

**T.S.X.GALICIA SALA CIV/PE
A CORUÑA**

SENTENCIA: 00053/2019

PLAZA DE GALICIA S/N

Teléfono: 981184876

Equipo/usuario: ■

Modelo: ■■■■■

N.I.G.: 36057 43 2 2017 0008461

Ref^a. - RPL RECURSO DE APELACION 0000037 /2019

S E N T E N C I A número 53

Ilmos. Sres. Magistrados:

Don Pablo A. Sande García - Ponente

Don Fernando Alañón Olmedo

D^a María del Carmen Núñez Fiaño

A Coruña, dos de octubre de dos mil diecinueve.

La Sala de lo Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia de Galicia, compuesta por los magistrados arriba expresados, vio en grado de apelación, Rollo 37/2019, el Procedimiento Abreviado seguido en la Sección 5^a de la Audiencia Provincial de Pontevedra, con sede en Vigo, (rollo número 29 de 2018), partiendo de la causa que con el número 1336/2017 tramitó el Juzgado de Instrucción número 7 de Vigo por delito de descubrimiento y/o revelación de secretos por funcionario público contra la acusada D^a ■■■■■ ■■■■■ ■■■■■ ■■■■■. Son partes en este recurso, como apelante la acusación particular ejercitada por D^a ■■■■■ ■■■■■ ■■■■■ ■■■■■ representada por el procurador D. Juan Lage Fernández-Cervera y defendida por la letrada D^a Gema Fernández Alonso, habiéndose adherido al mismo el Ministerio Fiscal, y como apelada la mencionada acusada y absuelta, representada por la procuradora D^a María Victoria Soñora Álvarez y defendida por la letrada D^a Rosa Iglesias Costas.

Es Magistrado Ponente el Ilmo. Sr. don Pablo A. Sande García.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO: La sentencia dictada con fecha quince de marzo de dos mil diecinueve por la Sección 5ª de la Audiencia Provincial de Pontevedra contiene los siguientes hechos probados:

"Probado y así se declara que en fechas comprendidas entre las 12:43 horas del día 11 de junio de 2012 y las 14:49 horas del día 2 de abril de 2014, la acusada ■■■■■■■■■■ ■■■■■■■■■■ ■■■■■■■■■■ ■■■■■■■■■■ mayor de edad y sin antecedentes penales, en su condición de personal estatutario del Servicio Galego de Saúde (Segas) y haciendo uso de su usuario y clave de acceso personal al sistema de almacenamiento de historias clínicas electrónicas (IANUS), del citado servicio público de salud, realizó desde su puesto de trabajo en la sección Admisiones del Hospital Xeral Cies sito en la ciudad de Vigo, un total de 68 accesos a la historia clínica electrónica de su hija ■■■■■■■■■■ ■■■■■■■■■■, mayor de edad.

No se ha acreditado que dichos accesos se realizaran por la acusada, sin consentimiento de su hija."

SEGUNDO: El fallo de la mencionada sentencia es como sigue:

"Debemos absolver y absolvemos a ■■■■■■■■■■ ■■■■■■■■■■ ■■■■■■■■■■ ■■■■■■■■■■ del delito del que venía acusada, declarando de oficio las costas del juicio."

TERCERO: La representación procesal de la acusación particular interpuso recurso de apelación contra la referida sentencia, el Ministerio Fiscal se adhirió íntegramente al recurso y la acusación particular lo impugnó.

CUARTO: Mediante providencia del pasado 28 de junio la Sala acordó que se formase el rollo correspondiente con testimonio de particulares de los autos, designándose como Magistrado Ponente al Ilmo. Sr. don Pablo A. Sande García.

QUINTO: La Sala, por providencia del pasado día 9 de julio, señaló el 4 de septiembre para deliberación, votación y fallo del recurso.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO: 1. El recurso de apelación de la acusación particular, al que ha mostrado su adhesión el Ministerio Fiscal, persigue la nulidad de la sentencia apelada -y no la condena de la acusada absuelta, según ésta presupone equivocadamente en la impugnación del recurso- ex artículo 792.2 LECRIM de acuerdo con las dos siguientes alegaciones: una, la encaminada a denunciar quebrantamiento de normas y garantías procesales con infracción de lo dispuesto en el artículo 24.1 CE, así como error en la apreciación de la prueba ex artículo 790.2 LECRIM en cuanto al apartamiento manifiesto de las máximas de la experiencia con vulneración de las reglas de distribución de la carga probatoria; en segundo lugar, la apelante, a su vez ex artículo 790.2 (último párrafo) LECRIM, insiste en denunciar error en la apreciación de la prueba, y en particular la omisión de razonamientos sobre pruebas de relevancia, así como falta de racionalidad en la motivación fáctica.

A partir del acreditado hecho de que la acusada realizó, desde su puesto de trabajo en la sección de admisiones de determinado hospital, un total de 68 accesos a la historia clínica electrónica de su hija durante algo menos de dos años, sirviéndose para ello de su usuario y clave de acceso personal al sistema de almacenamiento de historias clínicas electrónicas del "Servicio Galego de Saúde" (SERGAS), en la primera de dichas alegaciones la recurrente subraya en esencia -por lo que hace a la perseguida nulidad- que correspondía a la acusada (su madre) probar que su conducta había sido autorizada por ella, mediando en cada uno de los accesos intervención asistencial, ya que la carga probatoria le incumbía exclusivamente a la acusada por tratarse de un hecho impeditivo o excluyente del tipo de carácter positivo.

Entiende la recurrente, así pues, que es en la distribución de la carga de la prueba donde la Audiencia comete la infracción de las normas y garantías procesales al tener como "no acreditado" que los accesos de que se trata se realizaron por la acusada "sin consentimiento de su hija", atribuyendo de este modo los efectos negativos de tal vacío probatorio a la parte a la que no le corresponde soportarlos. En este sentido, la recurrente insiste -con apoyo en la jurisprudencia- que era a la acusada a quién le correspondía acreditar sin ningún género de dudas que accedió en sesenta y ocho ocasiones a la historia clínica de su hija contando con su autorización, extremo negado rotundamente por la perjudicada.

2. En la segunda de las alegaciones se traen a colación diferentes circunstancias que -a juicio de la recurrente- corroborarían el testimonio de la perjudicada tocante a que en ninguna ocasión, en ninguna de las 68, autorizó a la acusada para acceder a su historia clínica. Al respecto, menciona la recurrente la mala relación existente entre madre e hija, según se desprendería de las declaraciones de ambas y del informe médico forense ratificado en la vista oral; también, y en especial, la falta de correspondencia entre el número de accesos y el de las puntuales asistencias o intervenciones médicas que requirió la perjudicada del SERGAS, plasmadas en su historia clínica electrónica. Puntuales asistencias durante el período 2012-2014 que de ninguna manera pueden justificar el acceso a dicha historia clínica por la acusada hasta en sesenta y ocho ocasiones, ni mucho menos permiten deducir que esos accesos fueron todos y cada uno de ellos consentidos por su hija "al carecer de motivo clínico alguno". Otros datos vendrían igualmente a corroborar la declaración de la víctima negando cualquier tipo de autorización; entre ellos, la recurrente refiere los numerosos escritos que dirigió al SERGAS en los que denunció accesos indebidos a su historia clínica, incluido alguno en el que se facilitó el nombre de la

acusada. Corroboraciones periféricas todas ellas que, en fin, abundarían en el testimonio incriminatorio de la víctima, irrazonablemente omitidas por el Tribunal enjuiciador en la sentencia apelada, apoyada en una narración descriptiva e hipotética con abstracción de las máximas de experiencia.

SEGUNDO: 1. La Sala estima que la recurrente, en los términos del último apartado del artículo 790.2 LECRIM, aporta razones convincentes, esto es, justifica (tal y como se exige en el precitado precepto), los vicios en los que incurre la sentencia apelada determinantes de su nulidad por error en la valoración de la prueba y, en particular, por el apartamiento manifiesto de las máximas de experiencia, con vulneración de las reglas de distribución de la carga probatoria, y por la omisión de todo razonamiento sobre alguna de las pruebas practicadas.

En efecto, a la hora de centrarse en el punto discrepante y discordante habido en el juicio, a saber, si los accesos realizados por la acusada fueron o no autorizados por su hija, punto o extremo ciertamente fundamental dado el delito imputado (un delito continuado de descubrimiento de secretos relativo a la salud de la víctima, cometido por funcionario público, del artículo 198 en relación con el artículo 197.2 CP), la sentencia de la Audiencia objeto de impugnación sostiene que "nos encontramos únicamente con las versiones contradictorias de las partes" (la acusada "refiere que dichos accesos siempre fueron a petición de su hija y con su consentimiento", lo que niega ésta, quien refiere que "nunca solicitó a su madre que accediera a sus datos"), si bien concluye que "no constando" (sic) la falta de consentimiento de la hija (sin que se presente como "inverosímil" la existencia de "autorización" en los momentos en que existe relación con su madre), habrá que dar por probado que "no se ha acreditado" que los controvertidos accesos "se realizaron por la acusada sin consentimiento de su hija".

2. Entendemos que este proceder de la Audiencia vulnera flagrantemente las reglas de la distribución de la carga de la prueba y por lo mismo los parámetros de su valoración recogidos en el último párrafo del artículo 790.2 LECRIM, entre los que se encuentran el de racionalidad probatoria y el de acatamiento de las máximas de experiencia. No discutimos, ni está en discusión, que el alcance exculpatorio de las alegaciones, excusas o coartadas afirmadas por la acusada pertenece al ámbito de la valoración de la prueba que compete en exclusiva al Tribunal que la presencia, el cual, en consecuencia ha de ser el que aceptará o rechazará, de modo razonado, la versión de los hechos que ofrezca el acusado (por todas, STSJG 3/2019, de 14 de enero), pero esa necesaria explicación razonada en el caso enjuiciado brilla por su ausencia, seguramente porque no se produjo tal versión exculpatoria o porque la que fue tenida por tal se agota en sí misma (la acusada se limitó a afirmar que los accesos fueron consentidos por la víctima); amén sobre todo de que la sentencia de la Audiencia, aunque pudiera presuponer correctamente que la presunción de inocencia exige partir de la inocencia de la acusada respecto a los hechos delictivos de los que se le acusa, no se percata de que la propia presunción de inocencia en absoluto obliga a dar por sentada la veracidad de las afirmaciones de la acusada, pues la carga de la prueba de los hechos exculpatorios naturalmente que recae sobre la defensa (STSJG 44/2019, de 3 de julio, con cita de las clásicas STC 372/1993, 45 y 49/1997, y 13/2014, así como las SSTS 704 Y 892/2016, de 14 de septiembre y 25 de noviembre, y 533/2017, de 11 de julio).

Así pues, la Audiencia, al hacer recaer sobre la víctima las consecuencias de la ausencia probatoria de un hecho negativo tal cual que no autorizó los accesos de que se trata, no solo no respetó la carga probatoria en torno a los hechos exculpatorios, sino que, por añadidura, le causó indefensión al desestimar la pretensión acusatoria en base a la inversión

de dicha carga probatoria; indefensión todavía más acentuada, si cabe, a poco que se repare en que la afirmación exculpatoria de la acusada se agotó -como ya dijimos- en sí misma y en el contexto de un tipo penal -el del artículo 197.2 CP- en el que la "autorización" del titular de la intimidad o libertad informática protegida (el *habeas data* invocado con reiteración por la doctrina jurisprudencial y de los autores), cobra una relevancia no desdeñable toda vez que, como es sabido, concurriendo autorización de la persona afectada (de "consentimiento inequívoco" hablaba el artículo 6.1 LOPD/1999, vigente en el momento de los hechos), la conducta dejaría de ser típica.

3. Resaltamos, para acabar y atendiendo a la segunda de las alegaciones formuladas, que la Audiencia orilló por completo al menos una corroboración periférica significativa de carácter objetivo de la declaración de la víctima, a saber, la constatable falta de correspondencia entre el considerable número de accesos realizados (68) por la acusada a la historia clínica electrónica de la víctima y las puntuales asistencias médicas que ésta requirió del SERGAS durante el periodo de tiempo en el que tuvieron lugar dichos accesos (entre el 11 de junio de 2012 y el 2 de abril de 2014).

Falta notoria de correspondencia entre el número de los documentados accesos de la acusada y el de los a su vez documentados servicios asistenciales que precisó la víctima sobre la que la Audiencia omitió todo razonamiento, ya fuese para concluir que la declaración de la víctima aparece o no corroborada a su luz, ya fuese para valorar si el ánimo de exculpación de la acusada es contrario o no a las reglas de la lógica elemental o de la común experiencia, o si su versión es o no inverosímil por su propio contenido.

TERCERO: La anulación de la sentencia absolutoria dictada por la Audiencia implica la devolución de las actuaciones al

órgano que la dictó para que, por exigencia del principio de imparcialidad, tenga lugar un nuevo enjuiciamiento de la causa con nueva composición del órgano de primera instancia (argumento ex párrafo segundo del artículo 792.2 LECRIM).

CUARTO: Las costas procesales del recurso se declaran de oficio ex artículo 240.1º LECRIM.

En atención a lo expuesto, en nombre de S. M. el Rey y por la autoridad conferida por el pueblo español,

F A L L A M O S

1º.- Estimar el recurso de apelación -al que se adhirió el Ministerio Fiscal- interpuesto por la representación procesal de la acusación particular ejercitada por D^a ██████████ ██████████ ██████████ ██████████ contra la sentencia dictada el 15 de marzo de 2019 por la Sección 5ª de la Audiencia Provincial de Pontevedra, con sede en Vigo, en el Procedimiento Abreviado 29/18, y en consecuencia anulamos dicha sentencia, con devolución de las actuaciones a la mencionada Sección para un nuevo enjuiciamiento de la causa con nueva composición de dicho órgano.

2º.- Declarar de oficio las costas procesales del recurso.

Notifíquese esta sentencia a las partes haciéndoles saber que contra ella pueden interponer recurso de casación ante la Sala Segunda del Tribunal Supremo, preparándolo en esta Sala de lo Civil y Penal dentro de los cinco días siguientes al de la última notificación que se haga de la misma, incluida la del acusado en su persona.

Así se acuerda y firma.

PUBLICACIÓN.- Leída y publicada fue la anterior sentencia en el día de su fecha, por el Ilmo. Sr. Magistrado-Ponente que la suscribe, en la Sala de Audiencia de este Tribunal. Doy fe.