

# TRIBUNAL SUPREMO

## Sala de lo Penal

### SENTENCIA

En Madrid, a 17 de junio de 2021.

Esta sala ha visto el recurso de casación por infracción de ley, interpuesto por la representación procesal de Epifanio, representado por la procuradora Dña. Magdalena Darder Balle, bajo la dirección letrada de D. Carlos Enrique Portalo Prada, contra la sentencia dictada por la Audiencia Provincial de Palma de Mallorca, Sección Segunda, núm. 160/2019, de fecha 3 de abril, que desestimó el recurso de apelación contra la sentencia núm.

16/2019, de fecha 15 de enero, dictada por el Juzgado de lo Penal núm. 7 de Palma de Mallorca, en la que fue condenado como autor de un delito de revelación de secretos y contra la intimidad, siendo parte el Ministerio Fiscal.

Ha sido ponente el Excmo. Sr. D. Manuel Marchena Gómez.

### ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- El Juzgado de lo Penal núm. 7 de Palma de Mallorca, dictó sentencia núm. 16/2019, de fecha 15 de enero, dimanante de diligencias previas-procedimiento abreviado núm. 303/2017, seguido en el Juzgado de Violencia sobre la Mujer núm. 1 de Palma de Mallorca, por delito de revelación de secretos, contra el acusado Epifanio, que contiene los siguientes hechos probados:

"Se declara probado que el acusado Epifanio (nacido el año 1972 y sin antecedentes penales), en fecha no determinada, durante los primeros meses del año 2017 publicó en la red social Facebook un documento firmado por una coordinadora de los Puntos de Trobada Familiar de Balears de fecha 6 de abril de 2016 donde aparecía que su expareja sentimental Miriam había estado residiendo en una casa de acogida durante los meses de diciembre de 2014 y enero de 2015, marchando de dicho lugar sin dejar reseña de su nueva residencia.

También ha publicado en la misma red social comentarios dirigidos al hijo que tienen en común tales como "guarro, mangante, mentiroso, te gustan las cosas ajenas, tu madre es muy puta, me oculta su domicilio, no tiene moralidad para criarte", y otros igualmente despectivos; e incluso también publicado parte de los vídeos de un juicio celebrado en fecha 11 de julio de 2017.

Todo ello con la finalidad de dañar, con su difusión indiscriminada a terceros, la imagen de quien había sido su pareja y con la que tenía un hijo (nacido el año 2002).

Miriam denunció estos hechos y se personó como Acusación Particular)".

SEGUNDO.- En la citada sentencia se dictó el siguiente pronunciamiento:

"FALLO: Que debo CONDENAR y CONDENO al acusado Epifanio como responsable de un delito de revelación de secretos y contra la intimidad precedentemente definido, sin la concurrencia de circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal a la pena de UN AÑO DE PRISIÓN, con la accesoria legal de inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena, y a la de DOCE MESES DE MULTA, con cuota diaria de cinco euros y responsabilidad personal subsidiaria de un día por cada dos cuotas no satisfechas; y al pago de las costas procesales".

TERCERO.- Contra la anterior sentencia se interpuso recurso de apelación por la representación procesal de Epifanio, dictándose sentencia por la Audiencia Provincial de Palma de Mallorca, Sección Segunda, núm 160/2019, de fecha 3 de abril, cuyo Fallo es el siguiente:

"FALLO: Debemos desestimar el recurso de apelación interpuesto por Epifanio contra la sentencia núm.

16/2019, dictada el 15.1.2019 por el Juzgado de lo Penal número siete de Palma que se confirma en todos sus términos".

CUARTO.- Notificada la sentencia a las partes, se preparó recurso de casación por infracción de ley por la representación procesal de Epifanio, que se tuvo por anunciado, remitiéndose a esta Sala Segunda del Tribunal Supremo las certificaciones necesarias para su sustanciación y resolución, formándose el correspondiente rollo y formalizándose el recurso.

QUINTO.- El recurso interpuesto por la representación del recurrente, lo basó en el siguiente motivo de casación:

Único.- Al amparo del art. 849.1 b) de la LECrim., se entiende la indebida aplicación del art. 197.2 del CP.

SEXTO.- Conferido traslado para instrucción, el Ministerio Fiscal en su escrito de fecha 19 de septiembre de 2019 interesa: "... que se dicte providencia de inadmisión de conformidad con lo establecido en el artículo 889 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, por no ajustarse su formulación a lo previsto en los artículos 847 bis y 849.1 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal y por carecer manifiestamente de interés casacional"; la Sala lo admitió a trámite, quedando conclusos los autos para señalamiento de fallo cuando por turno correspondiera.

SÉPTIMO.- Realizado el señalamiento, se celebró la deliberación y votación prevenida el día 19 de mayo de 2021.

## **FUNDAMENTOS DE DERECHO**

1.- La sentencia núm. 16/2019, 15 de enero, dictada por el Juzgado de lo Penal núm. 7 de Palma de Mallorca, condenó al acusado Epifanio como autor de un delito de revelación de secretos y contra la intimidad, sin la concurrencia de circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal a la pena de 1 año de prisión, con la accesoria legal de inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena, y a la de 12 meses de multa, con cuota diaria de 5 euros.

Interpuesto recurso de apelación, la Audiencia Provincial de Mallorca confirmó la resolución de instancia mediante la sentencia núm. 160/2019, 3 de abril.

Se promueve ahora recurso de casación por la representación legal del acusado. Se formaliza un único motivo, al amparo del art. 849.1.b) de la LECrim, por indebida aplicación del art. 197.2 del CP.

La línea argumental de la defensa descansa en distintas ideas.

De una parte, se alega que del relato de hechos probados no se desprende que se hubieran difundido datos de carácter personal que merezcan la consideración de secretos en sentido técnico, toda vez que el documento difundido a través de la red social Facebook no merece dicha consideración, al aportar un hecho que había tenido lugar tres años antes y que en ningún caso afecta a datos íntimos de la denunciante.

El precepto aplicado -se alega- no permite utilizar de manera extensiva la acción de usar, de tal modo que la acción de difundir -que es la que se atribuye al acusado- en ningún caso estaría comprendida en el tipo penal aplicado, ya que nunca estuvo orientada a obtener algún tipo de beneficio o provocar algún perjuicio a la demandante.

Por si fuera poco, la difusión del documento no merece la calificación de secreto. Es un documento que llegó al acusado por una vía legítima, y su contenido, en ningún caso, afecta a la intimidad de la denunciante, sobre todo por tratarse de hechos acaecidos tres años antes de su difusión.

2.- El supuesto sometido a nuestra consideración presenta ciertas dificultades derivadas de la amplitud de los términos en que el art. 197 del CP ha sido redactado y de la equívoca rúbrica que da nombre al Capítulo I - descubrimiento y revelación de secretos- del Título X - delitos contra la intimidad, el derecho a la propia imagen y la inviolabilidad del domicilio- del Libro II del CP. Esas dificultades se acrecientan, en este caso concreto, por la falta de riqueza descriptiva del factum proclamado en la instancia y validado en la apelación.

En principio, conviene hacer una precisión inicial. Y es que el relato de hechos probados da cuenta de la difusión de tres bloques de información y juicios de valor que fueron difundidos por Facebook: a) un documento firmado por una coordinadora de los Puntos de Trabada Familiar de Baleares de fecha 6 de abril de 2016 en que se reflejaba que su expareja sentimental, Miriam, habla estado residiendo en una casa de acogida durante los meses de diciembre de 2014 y enero de 2015, marchando de dicho lugar sin dejar reseña de su nueva residencia; b) unos comentarios dirigidos al hijo en común, también difundidos en la misma red, en los que textualmente se decía: "guarro, mangante, mentiroso, te gustan las cosas ajenas, tu madre es muy puta, me oculta su domicilio, no tiene moralidad para criarte"; y c) parte de los videos de un juicio celebrado en fecha 11 de julio de 2017.

Sólo las informaciones contenidas en el apartado a) son susceptibles de ser subsumidas en el art. 197.2 del CP. Los comentarios despectivos hacia el hijo común podrían haber tenido encaje en otros preceptos penales, pero no en el tipo mediante el que se justifica la condena de Epifanio. Y la publicación de "...parte de los vídeos de un juicio", sin otro detalle descriptivo que permita conocer la naturaleza de esta contienda jurisdiccional, su objeto, la existencia o no de alguna restricción al principio de publicidad, no permite, en principio, calificar esos hechos como un delito de descubrimiento y revelación de secretos.

Se trata, por tanto, de discernir si el apoderamiento y posterior difusión de la información sobre la estancia de la anterior pareja de Epifanio en una casa de acogida implicó una vulneración del derecho a la privacidad de la víctima.

Y otra precisión resulta obligada. La sentencia de instancia ha calificado los hechos como constitutivos de un delito del art. 197.2 del CP, que castiga con la pena prisión de 1 a 4 años "...al 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. Iguales penas se impondrán a quien, sin estar autorizado, acceda por cualquier medio a los mismos y a quien los altere o utilice en perjuicio del titular de los datos o de un tercero".

Ni el Juzgado de lo Penal ni la Audiencia Provincial han valorado la posibilidad de que los hechos, en la medida en que esa información fue difundida en una red social, sean encajables en el art. 197.3 del CP, en el que se castiga con la pena de prisión de 2 a 5 años "...si se difunden, revelan o ceden a terceros los datos o hechos descubiertos o las imágenes captadas a que se refieren los números anteriores".

Elementales exigencias ligadas al principio acusatorio y a la singular naturaleza del recurso extraordinario de casación vetan cualquier posibilidad de agravar ahora la condena del recurrente.

2.1.- El art. 197 del CP, en su inabarcable amplitud y casuismo -defectos técnicos de constante presencia en las últimas reformas legislativas- dispensa tutela penal a derechos constitucionales de distinto y relevante valor axiológico. El ámbito de exclusión frente a los poderes públicos y frente a terceros que los apartados 1, 3 y 4 del art. 18 de la CE reconoce a cada ciudadano, impone la incriminación de aquellas conductas que menoscaban de forma intencionada ese reducto de privacidad garantizado por nuestro sistema constitucional. El art. 197 sanciona conductas que pueden afectar a la inviolabilidad de las comunicaciones, al derecho a la protección de datos -entendido éste como el derecho a controlar los datos automatizados que los demás conocen de nosotros, habeas data- y los derechos a la intimidad y a la propia imagen, preservando su integridad frente a la injustificada difusión de esos datos. Así lo hemos proclamado en distintos precedentes, de los que las SSTS 445/2015, 2 de julio; 1328/2009, 30 de diciembre; 114/2009, 12 de noviembre; 990/2012, 18 de octubre, entre otras muchas, no son sino elocuentes ejemplos).

En el caso que centra nuestra atención, el juicio histórico da cuenta de la difusión en la red de un documento oficial, emitido por una coordinadora de los Puntos de Encuentro Familiar de Baleares, en el que se hacía constar que la pareja sentimental del acusado, Miriam, había estado residiendo en una casa de acogida durante los meses de diciembre de 2014 y enero de 2015. Daba cuenta también que Miriam había abandonado dicho lugar sin dejar reseña de su nueva residencia.

La adecuada calificación de los hechos como constitutivos de un delito del art. 197.2 del CP -con el matiz antes apuntado, referido a la imposibilidad de agravar la conducta por la difusión de esa información- exige dar respuesta a si un documento de esa naturaleza, que ha sido remitido al acusado y, por tanto, obtenido sin necesidad de que aquél realice ningún acto de apoderamiento, puede tener cabida en la acción típica, tal y como está descrita en el precepto. Hemos de analizar también si ese documento es susceptible de ser asimilado al concepto de fichero, soporte informático, electrónico o telemático que exige el tipo objetivo.

Debemos, por último, ponderar si la respuesta penal a la difusión de esos datos necesariamente exige que se hallen incorporados a un registro automatizado o si, por el contrario, la protección penal se dispensa también a los archivos que todavía no automatizados.

2.1.1.- Respecto de la primera de las cuestiones, el significado del vocablo apoderarse puede ser fijado a partir de precedentes de esta misma Sala, que han desvinculado su entendimiento de la evocación de un desapoderamiento como el que es propio de las infracciones patrimoniales. Y es que, además de la referencia al acto de apoderamiento, el mismo precepto alude al acceso al dato por "... cualquier medio". Así lo hemos razonado al afirmar que el apoderamiento "...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" ( SSTS 1328/2009, 30 de diciembre; 553/2015, 6 de octubre; 319/2018, 28 de junio y 374/2020, 8 de julio).

El apoderamiento de documentos exigido en el art. 197 CP, por tanto, no puede considerarse estrictamente como el apoderamiento físico de los mismos. Basta con su aprehensión virtual, de manera que el sujeto activo del delito se haga con su contenido de cualquier forma técnica que permita su reproducción posterior, como, por ejemplo, mediante su fotografiado. 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 ello lo que lleva a entender 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 al titular de los datos o a un tercero (cfr. SSTS 803/2017, 11 de diciembre; 260/2021, 22 de marzo; 392/2020, 15 de julio y 312/2019, 17 de junio, entre otras).

Se ha dicho, con razón, que la minuciosa descripción del tipo previsto en el art. 197.2 del CP, que habla de apoderarse, utilizar, modificar, acceder o alterar datos reservados, en realidad, puede ser reconducida a un único vocablo, a saber, la "utilización" de esos datos. Y es que quien se apodera, modifica, accede o altera, no hace otra cosa que utilizar esos datos. Si bien se mira, la información contenida muy difícilmente podrá ser apoderada pues en la mayoría de las ocasiones tendrá una realidad inmaterial y difícilmente apoderable.

El juicio histórico no precisa el modo en el que el acusado tuvo acceso a ese documento. Pero lo que está fuera de cualquier duda es que accedió a él y, a la vista de su contenido, lo utilizó mediante su difusión en la red social de Facebook con el fin de erosionar la privacidad de su expareja que, años atrás, había tenido que recurrir a los servicios sociales para encontrar un lugar en el que pernoctar. En el FJ 1.º de la sentencia de instancia se admite como posibilidad, aunque no se afirma como hecho probado, que esos datos pudieron haber sido obtenidos de forma legítima "... al parecer por un informe adjunto a una providencia que se le notificó)". Pero como ahí se razona, "...para nada afecta al contenido personal, íntimo y reservado de un episodio de la vida de la denunciante, y acusadora".

La utilización de ese documento mediante su digitalización, con el fin de ser incorporado a una red social en la que todo queda automatizado, despeja cualquier duda acerca de la significación típica de la acción de apoderamiento y utilización atribuidos al acusado.

2.1.2.- La subsunción de los hechos en el art. 197.2 del CP exige constatar que el contenido de ese documento tiene la naturaleza de "dato reservado de carácter personal o familiar".

A juicio de la defensa, la tipicidad debería quedar excluida a la vista del carácter no secreto de esos datos y del hecho de haber sido conocidos varios años atrás.

Sin embargo, el art. 197.2 del CP no subordina su aplicación a que la información difundida en perjuicio de la víctima sea de reciente conocimiento. De ahí que las afirmaciones que relativizan el alcance de los hechos, porque tuvieron lugar hace más de tres años, no pueden tener acogida.

Tampoco puede la Sala identificarse con el razonamiento de la defensa -expuesto con pulcritud técnica- que condiciona la tipicidad al carácter secreto de los datos que son objeto de utilización y difusión. Es cierto -como hemos apuntado supra- que una interpretación sistemática del art. 197.2 del CP, conectada a la rúbrica del capítulo en el que ese precepto se incardina, que habla del descubrimiento y revelación de secretos, podría restringir el ámbito del injusto a aquella información que cuidadosamente se oculta. Pero no es así. El epígrafe dato reservado de carácter personal es un concepto normativo que ha de interpretarse conforme a la legislación protectora de ese derecho de nueva generación consolidado al amparo del art. 18.4 de la CE, esto es, el derecho a la autodeterminación informativa, o lo que es lo mismo, el derecho a conocer y controlar lo que los demás conocen de uno mismo, derecho que adquiere especial pujanza cuando la información que nos afecta se incorpora -en la mayoría de las ocasiones, de forma irreversible- a una red social.

De ahí que el concepto de "datos personales" no pueda ser identificado a efectos penales como "dato secreto".

De hecho, el art. 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 por el que se deroga la Directiva 95/46/CE,

define el dato personal como "toda información sobre una persona física identificada o identificable". Y añade que "se considerará persona física identificable toda persona cuya identidad pueda determinarse, directa o indirectamente, en particular mediante un identificador, como por ejemplo un nombre, un número de identificación, datos de localización, un identificador en línea o uno o varios elementos propios de la identidad física, fisiológica, genética, psíquica, económica, cultural o social de dicha persona".

Desde esta perspectiva, es indudable que una información referida a lo que se ha llamado la "historia social" de una persona, en la que se recogen datos que, siendo ciertos, no tienen por qué ser objeto de acceso y conocimiento público en contra de la voluntad de la interesada, puede tener plena cabida en el concepto normativo de dato reservado de carácter personal. No se olvide que los datos que se contienen en el historial de asistencia social de una persona pueden ser incluso datos susceptibles de precipitar una imagen que se proyecta sobre el círculo de la privacidad de cualquier ciudadano. Pueden afectar a la salud, a sus circunstancias familiares o, en fin, a su nivel de pobreza que justifica el ingreso en una casa de acogida. En definitiva, banalizar el impacto que en la privacidad de una persona puede producir la incorporación de esos datos a una red social, con el argumento de que no son secretos o que fueron conocidos hace ya varios años, supondría desproteger a la interesada del derecho que le confiere el art. 18.4 de la CE.

2.1.3.- Que la acción ejecutada lo fue "en perjuicio" de la víctima se explica en el FJ 1.º de la sentencia de instancia, validada en la apelación dictada por la Audiencia Provincial de Córdoba: "...que la finalidad de la difusión de ese dato era la de perjudicar a la mujer no ofrece ninguna duda; el resto de las referencias que a la misma hizo el autor en la misma red social así lo evidencia, y que efectivamente se produjo el perjuicio lo acredita la expresiva, e indignada, explicación de la mujer al enterarse de esa difusión porque el hijo ( Benigno , el que habían tenido en común) se lo enseñó ya que sus compañeros de colegio se lo pusieron de manifiesto, y en el texto difundido por el acusado se pedía que a quien le llegara que lo compartiera; lógicamente se sintió humillada".

2.1.4.- Tampoco se resiente la tipicidad por el hecho de que el acceso y consiguiente utilización de esa información no se obtuviera directamente de un archivo automatizado.

Y es que la vigente LO 3/2018, 5 de diciembre abarca en su ámbito de protección tanto a los ficheros automatizados como a aquellos otros que no tienen este carácter, al ajustar su formato a un esquema convencional, no informatizado. En efecto, el art. 2 incluye la defensa de ese derecho frente a "...cualquier tratamiento total o parcialmente automatizado de datos personales, así como al tratamiento no automatizado de datos personales contenidos o destinados a ser incluidos en un fichero".

Esta idea estaba ya presente en la redacción inicial del art. 15/1999, 13 de diciembre, de Protección de Datos de Carácter Personal, en cuyo art. 3, entre las definiciones, entendía por fichero "todo conjunto organizado de datos de carácter personal, cualquiera que fuera la forma o modalidad de su creación, almacenamiento, organización y acceso".

En el presente caso, además, se dan distintas circunstancias que obligan a excluir cualquier duda al respecto.

De entrada, es más que previsible que el documento al que tuvo acceso el acusado y que utilizó mediante su difusión en la red estuviera incorporado a un registro o fichero automatizado. De hecho, permitió conocer, varios años después, no sólo la estancia prolongada de Miriam en una casa de acogida, sino las fechas exactas de su paso por ese centro de asistencia y el momento y razón de su abandono. Pero, al margen de la altísima probabilidad de que así fuera, lo cierto es que el acusado digitalizó ese documento, condición indispensable para su acceso a la web. Y con su inclusión en

Facebook autorizó el conocimiento y utilización de esos datos por todas aquellas empresas interesadas en la minería de datos y que hacen del conocimiento del perfil de cada ciudadano una fuente de riqueza.

Por todo lo expuesto, el motivo ha de ser desestimado ( art. 885.1 LECrim).

3.- La desestimación del recurso conlleva la condena en costas, en los términos establecidos en el art. 901 de la LECrim.

## **F A L L O**

Por todo lo expuesto, en nombre del Rey y por la autoridad que le confiere la Constitución, esta sala ha decidido Que debemos declarar y declaramos NO HABER LUGAR al recurso de casación, interpuesto por la representación legal de Epifanio contra la sentencia núm. 160/2019, 3 de abril, dictada por la Audiencia Provincial de Mallorca, que desestimó el recurso de apelación promovido contra la sentencia núm. 16/2019, dictada por el Juzgado de lo Penal núm. 7 de Palma de Mallorca, fechada el 15 de enero de 2019, que condenó al recurrente como autor de un delito de revelación de secretos.

Condenamos al recurrente al pago de las costas causadas.

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.

### **VOTO PARTICULAR QUE FORMULA EL EXCMO. SR. MAGISTRADO D. ANTONIO DEL MORAL GARCÍA A LA SENTENCIA RECAÍDA EN EL RECURSO DE CASACIÓN N.º 3157/2019.**

I.- Quizás esté equivocado -como tantas veces-. No obstante, pero intuyo que cualquiera, especialmente el lego en derecho, que se asome a la causa a la que pone punto final la sentencia de la que disiento, sentirá un desconcierto semejante al que me asalta. De los plurales y variados mensajes difundidos a través de redes sociales por el acusado en términos intolerables (otra cosa es que alcancen o no entidad para dar vida a infracciones penales contra el honor precisadas, además, de unos requisitos especiales de perseguibilidad), solo uno es objeto de condena: el menos ofensivo. Las gruesas descalificaciones dirigidas simultáneamente contra la expareja y el hijo común menor han dado lugar a un pronunciamiento absolutorio en la instancia, no impugnado. Los restantes -no menos reprochables- fueron desdeñados por las acusaciones con criterio probablemente acertado. No superaron la criba realizada para separar lo atípico de lo penalmente relevante. Los hechos sancionados son precisamente los menos difamatorios (en realidad, no lo son). No hay objetivamente razón para sentir menoscabada la dignidad ni un ápice por haberse visto obligada a alojarse un corto periodo en una casa de acogida. Ninguna indignidad cabe anudar a esa realidad; aunque se entiende bien que es dato con ligazón estrechísima con la privacidad y por ello blindado por la tutela de ese bien jurídico.

Pero causa perplejidad que se condene a un año de prisión por publicitar eso; y, sin embargo, las acusaciones hayan pasado por alto los graves insultos e incluso la proclamada acusación de ser autora de delitos (denuncias falsas), difundidos de igual forma. Es difícil de explicar que la ley penal, entre esas conductas, solo fije su atención en la intuitivamente menos ofensiva. Ese desajuste emplaza a plantearse si es correcto ese resultado interpretativo; o, por el contrario, debe descartarse la relevancia penal de esa acción. Que sea reprobable -incluso muy reprobable- no ha de comportar inexorablemente la punibilidad.

## II.

Los resultados poco comprensibles de una supuesta solución legal, pueden ser consecuencia de una deficiente legislación; pero también de una incorrecta interpretación.

En este caso la perplejidad y lo paradójico (por comparación) de la valoración jurídico-penal del conjunto de hechos denunciados hay que anotarlos en mi opinión en el debe, no de la ley (desde luego, preñada de carencias y defectos: es un lugar común, tópico por repetido, calificar el art. 197 CP de galimatías), sino de la exégesis asumida por la sentencia de la que me atrevo a discrepar, pese a su magnífica construcción y, todavía superiores y envidiables, manejo tanto del lenguaje como de la técnica jurídica en una materia tan compleja regida por una legislación cambiante y plural.

En mi estimación los hechos enjuiciados no son típicos. El bienintencionado deseo de reprobar una conducta que nadie puede aplaudir ensancha en demasía el ámbito de lo punible, provocando una extensión con riesgos de futuro. No será sencillo argumentar por qué otros casos, en lo esencial semejantes, no son suficientes para activar el derecho penal (difusión de datos reservados obtenidos lícitamente en soportes digitales).

No es deseable una eventual pancriminalización del mundo de las redes sociales, realidad que, constituyendo campo bien abonado para generar daños y perjuicios, reporta muchos más benéficos efectos en tantos órdenes (comunicaciones interpersonales, difusión de informaciones...). Conviene no introducir excesivos elementos penalizadores en un universo que podría verse coartado o constreñido de forma socialmente perjudicial, en una perspectiva global.

## III.

Fallan, a mi juicio, elementos imprescindibles de la tipicidad aplicada ( art. 197.2 CP): un acceso o apoderamiento ilícito del dato reservado que, además, debe extraerse de un fichero. En el caso:

a) El dato se obtiene legítimamente.

b) El dato no se obtiene de un fichero.

El art. 197 no reprime todo ataque a la intimidad (difusión ilegítima de datos asociados a la privacidad). Solo aquellos vinculados al habeas data ( art. 18 CE).

El acusado se limitó a difundir una certificación proporcionada (sin él reclamarla) por un juzgado. Provenía de un expediente judicial en el que era parte (según la hipótesis que presenta el hecho probado como probable, aunque no la tenga por acreditada).

Sorprende que no se haya aplicado el párrafo 3 del art. 197 (difusión). Eso lleva a concluir que el delito ( art. 197.2 CP) se había producido ya antes de la difusión, lo que resulta incomprensible. Si prescindimos de la difusión, ¿cuándo se consumó el delito? ¿cuándo se produjo el "apoderamiento" o "acceso" típico? Indirectamente, esa deficiencia de la sentencia de instancia que se apunta en la de casación y que constituye una herencia irrechazable de las pretensiones acusatorias refuerza mi estimación: se huye de una penalidad objetivamente desproporcionada, pero que será ineludible en casos asimilables al presente, nada infrecuentes.

Un recorrido aleatorio por algunas redes sociales confirmaría esta apreciación descubriendo indicios de delito del art. 197, según la interpretación de la mayoría, en multitud de mensajes colgados en las redes. Bien es cierto que sin denuncia no cabe la persecución penal.

La certificación que es elevada a la consideración de objeto del delito (se excluye la denuncia interpuesta por la perjudicada ante los Mossos d'Esquadra también colgada en la red: ¿eso no es dato?), llegó de forma legal y oficial a conocimiento y posesión del acusado, según apunta como hipótesis más beneficiosa el hecho probado. Faltaría un acceso ilegítimo que, por otra parte, es in casu difícilmente imaginable.

#### IV.

El dato -la información, para ser más expresivos- no se extrae de un fichero (es indiferente, como explica bien la sentencia, que fuese automatizado o no). Fichero es un conjunto organizado de información (vid. LO 15/1999, de 13 de diciembre vigente en el momento de los hechos). No lo es un procedimiento judicial. Así lo afirmó la STS 586/2016, de 4 de julio:

"... Centrándonos en la primera de ellas -la obtención de una fotocopia obrante en unas diligencias previas ya sobreseídas- y en su posible subsunción en el art. 197.2 del CP, recordemos que en este precepto se castiga al 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".

Descartado que esas diligencias documentadas conforme al formato convencional puedan identificarse con un soporte informático, electrónico o telemático, resta por conocer si pueden ser etiquetadas como un fichero.

Anticipemos que la tutela del derecho a la autodeterminación informativa o, lo que es lo mismo, el derecho a conocer y controlar lo que los demás conocen de nosotros mismos, se extiende en determinados supuestos a ficheros operados con arreglo a un modelo convencional ( art. 2.2.a). Pero por más artesanal que sea el sistema de acceso a esos datos, la posibilidad de su tratamiento constituye un presupuesto sine qua non.

De hecho, el ámbito de aplicación de la LO 15/1999 se circunscribe "... a los datos de carácter personal registrados en soporte físico, que los haga susceptibles de tratamiento".

Pues bien, tiene razón el recurrente cuando aduce que un expediente judicial, de cuyo contenido se obtiene la fotocopia de un certificado, no es encajable en el concepto de fichero. En efecto, el art. 3.b de la LO 15/1999, 13 de diciembre, contiene una definición auténtica de lo que por fichero ha de entenderse. Para el legislador fichero es " todo conjunto organizado de datos de carácter personal, cualquiera que fuere la forma o modalidad de su creación, almacenamiento, organización y acceso". Y más recientemente, conforme al art.

4.6 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 por el que se deroga la Directiva 95/46/CE, fichero es " todo conjunto estructurado de datos personales, accesibles con arreglo a criterios determinados, ya sea centralizado, descentralizado o repartido de forma funcional o geográfica".

Más allá del apoyo normativo que proporcionan esos dos preceptos, la sentencia de esta Sala (STS 553/2015, 6 de octubre), dictada en este mismo procedimiento, añadió una segunda exigencia a efectos penales para la catalogación como fichero de un conjunto de documentos en los que se contienen datos, a saber, "... que se trate de un conjunto organizado de información relativa a una generalidad de personas". Así se desprendería del art. 3.b de la LO 15/1999. De ahí que el expediente en el que se recogen los actos procesales practicados en la fase de investigación de un proceso penal, no puede reputarse fichero a efectos del juicio de tipicidad que ofrece el art. 197.2 del CP. En ese

expediente, desde luego, no faltan datos reservados de carácter personal que pueden afectar al imputado o a terceros que, por una u otra circunstancia, han sido identificados para el esclarecimiento del hecho. Y la hoja histórico-penal, por supuesto, es un dato personal susceptible de protección (cfr. art. 3 LO 15/1999, 13 de diciembre). Pero ese dato personal, obtenido mediante el encargo de fotocopiar el documento en el que se contiene, no está integrado en un fichero, ni informático, ni telemático.

La necesidad de condicionar la defensa penal del derecho de autodeterminación informativa a los datos que constan en un fichero es, por tanto, consecuencia obligada del tenor literal del art. 197.2, a su vez, coherente con la naturaleza jurídica del bien jurídico tutelado en aquel precepto". (énfasis añadido).

No basta con que estemos ante información reservada o afectante a la intimidad. El art. 197 CP no castiga todo atentado a la privacidad; solo el que está vinculado al derecho a la autodeterminación informativa. Ese derecho de nueva generación no coincide con la intimidad. No es coextenso; tiene sus especificidades ( SSTC 254/1993, de 20 de julio y 254/2000, de 30 de noviembre).

Si el acusado hubiese difundido una carta personal, repleta de datos personales conectados con la intimidad y muy sensibles, remitida privadamente por la denunciante, no habría delito. No se entiende por qué se activa el derecho penal cuando se trata de otro documento al que ha accedido con plena legitimidad; ni por qué, en este caso, si se difunde mediante su digitalización, según parece insinuar la sentencia, sí sería delito; y no lo sería si se publicase en un periódico o se repartiesen fotocopias del documento. Y es que falla la conexión con el mundo del tratamiento de datos que preside la tipicidad del art. 197.2 CP, con cierta resonancia del art. 18.4 CE.

Es irrelevante que originariamente los datos pudiesen obrar en un fichero, si no se obtienen de ahí.

V.

La STS 487 /2011 de 30 de mayo, insinúa una concepción de lo que se entiende por apoderamiento o acceso que no coincide con la más vaporosa y poco definida de la sentencia mayoritaria. Tanto el apoderamiento como el acceso (conductas típicas), sea cual sea el alcance, más o menos espiritualizado, que se les quiera conferir, evocan siempre una conducta activa: alguien se apodera o accede. Recibir una comunicación (de forma pasiva) no puede equipararse a "apoderarse" ni a "acceder".

Rechazaba ese precedente la tipicidad de la conducta consistente en obtener mediante engaño más escrituras públicas de la excónyuge para luego incorporarla a un procedimiento judicial:

"... cierto es que el Fiscal apoya el motivo, aunque, razona, y razona bien: porque entiende que, en rigor, no hubo apoderamiento. Señala que se dio, sin duda, una cierta relajación de los mecanismos de control que deben funcionar en una notaría, que tendrían que haber operado con eficacia incluso frente a quien era empleado del Colegio Notarial. Pero el prevalimiento de esta calidad y ese defecto de funcionamiento, en el plano conceptual, no autorizan a hablar de apoderamiento. Un vocablo cuyo campo semántico comprende las conductas consistentes en coger o hacerse con algo mediante el empleo de fuerza. Lo que, trasladado analógicamente al terreno en que aquí se opera, implicaría vencer algún tipo de resistencia, como la impresa en la predisposición de alguna medida o cautela adoptada, precisamente, para evitar el conocimiento por otras personas de datos o informaciones que el directamente interesado buscara preservar. En este sentido, aquí el acusado habría obtenido algo con astucia, pero sin necesidad de poner en práctica una conducta calificable de apoderamiento".

(Una anotación marginal: en tal resolución de una forma u otra, tuvimos intervención varios de los que componemos ahora la Sala. Quien firma este voto particular representaba el Ministerio Público

en aquel asunto).

VI.

La filosofía que inspira la redacción del art. 197 CP enlaza con la protección de los datos archivados en ficheros; no con la digitalización posterior de los mismos. Esta es conducta indiferente para el art. 197.2. Y para el art. 197.3, también: constituirá únicamente uno de los muchos mecanismos pensables de difusión.

Si la información no se obtiene de un fichero al que se accede por iniciativa propia, sino que se recibe, debe resultar irrelevante que se digitalice luego.

Si se interpreta en el sentido postulado por la sentencia mayoritaria el art. 197 todo lo publicado en la red que pueda tener alguna mínima vinculación con la intimidad será susceptible de atraer esta tipicidad, en cuanto se detecte un perjuicio para alguien. Sea cual sea su origen, todo quedará convertido en dato protegido por el art.

197: cualquier mensaje, cualquier fotografía, cualquier composición.

En mi opinión debiera haberse estimado el recurso dictándose una sentencia absolutoria, dejando a salvo la tutela que en otros órdenes jurisdiccionales pudiera impetrar la perjudicada, injustamente atacada en su intimidad y fama.