

La trascendencia penal de la obtención y revelación de información confidencial en la denuncia de conductas ilícitas

Comentario a la Sentencia del Tribunal Supremo 778/2013 sobre el “caso de las prótesis
mamarias”

Ramon Ragués i Vallès

Universidad Pompeu Fabra

*Abstract**

En su Sentencia 778/2013 el Tribunal Supremo analiza la cuestión de si puede considerarse justificada la conducta del empleado que, con el propósito de denunciar actividades ilícitas de su empresa, obtiene y revela información confidencial relativa a la propia compañía y a terceras personas. La resolución resulta sumamente interesante al establecer las condiciones con las que potenciales denunciadores de irregularidades empresariales (whistleblowers) pueden incurrir en algún tipo de responsabilidad penal en Derecho español y plantea importantes cuestiones interpretativas relacionadas con los delitos de revelación de secretos, las causas de justificación y el error de prohibición.

Entscheidung Nr. 778/2013 des spanischen Obersten Gerichtshof kümmert sich um die Frage, ob die Handlung des Arbeiters, der vertraulichen Informationen seiner Firma und/oder Dritten aufdeckt, um Rechtsverstöße zu berichten, zu rechtfertigen ist. Das Urteil bestimmt die Bedingungen, unter denen potenzielle Whistleblowers nach spanischen Strafrecht verantwortlich sind und befasst sich auch mit kritischen Fragen in Bezug auf Verletzung von Privatgeheimnissen, Rechtfertigungsgründe und Verbotsirrtum.

Decision No. 778/2013 of the Spanish Supreme Court analyzes the possibility of justifying the action of the employee who obtains and discloses confidential information of his company and/or third parties with the purpose to report a legal violation. This important resolution establishes the conditions under which potential whistleblowers face to criminal responsibility according to Spanish Criminal Law and deals with critical legal questions regarding criminal violation of secrets, justification and mistake of law.

* La redacción del presente trabajo se enmarca en la ejecución del Proyecto I+D financiado por el Ministerio de Economía y Competitividad "La traslación de la teoría del delito al Derecho penal económico y de la empresa". Referencia: DER2013-41252-P.

Sumario

1. Introducción: un pronunciamiento especialmente relevante
2. Los hechos probados
3. La sentencia de la Audiencia Provincial de Valencia (Sección Primera) 323/2012, de 30 de mayo (ponente Melero Villacañas-Lagranja)
4. La sentencia del Tribunal Supremo 778/2013, de 22 de octubre (ponente Martínez Arrieta)
5. Valoración crítica
 - 5.1. Tipicidad de los hechos
 - 5.2. Posible carácter justificado de los actos de revelación
 - a) Acerca de la legítima defensa
 - b) Posible aplicación del estado de necesidad justificante
 - c) Cumplimiento de un deber
 - 5.3. Acerca del error de prohibición
6. Conclusiones
7. Bibliografía citada
8. Tabla de jurisprudencia citada

1. Introducción: un pronunciamiento especialmente relevante

¿Se expone a algún riesgo desde un punto de vista jurídico-penal quien, vulnerando sus deberes de confidencialidad, revela irregularidades en las que han incurrido otras personas y, en particular, su empresa? ¿Merece ser sancionado dicho sujeto si, para hacer más creíble su denuncia ante las autoridades, hace acopio de documentación confidencial que contiene datos reservados? La respuesta a semejantes preguntas tiene, sin duda, un especial interés para potenciales *whistleblowers*, es decir, aquellos sujetos que, en virtud de su actividad profesional, son conocedores de graves irregularidades cometidas en el seno de su empresa o administración y se plantean proceder a denunciarlas¹. En Derecho español no existe actualmente regulación *ad hoc* para estas actuaciones y su tratamiento jurídico depende de la posibilidad de aplicar a estos casos las figuras delictivas que el Código Penal dedica a la protección de secretos y las causas generales de exclusión de la antijuricidad y la culpabilidad, sin que hasta la fecha existieran pronunciamientos significativos sobre la materia por parte de los tribunales penales.

Precisamente por esta ausencia de precedentes tiene un especial interés la reciente *Sentencia del Tribunal Supremo 778/2013, de 22 de octubre (ponente Martínez Arrieta)*, a cuyo comentario se dedicarán las siguientes páginas. En dicha resolución se analiza un supuesto de hecho que, seguramente por vez primera, ha obligado a la Sala Segunda a responder a las preguntas iniciales: resumidamente, el caso lleva al Tribunal a pronunciarse acerca de la relevancia penal de

¹ Aunque la discusión acerca del uso con finalidades político-criminales del llamado *whistleblowing* y su tratamiento jurídico-penal es todavía incipiente en el debate en lengua española, en los últimos años ha sido objeto de intenso análisis en los países del *common law* y, de manera creciente, en la literatura alemana. Cfr. al respecto las abundantes referencias aportadas en RAGUÉS I VALLÈS, *Whistleblowing. Una aproximación desde el Derecho penal*, 2013, pássim.

la actuación de un empleado que, para denunciar actividades irregulares de su empresa, obtuvo previamente y reveló después datos altamente confidenciales de terceras personas que obraban en poder de su principal.

Para un ordenado análisis de las cuestiones que suscita este caso, en primer lugar (apartado 2) se expondrán los hechos considerados probados y se resumirá seguidamente la fundamentación jurídica de la sentencia dictada en primera instancia por la Audiencia Provincial de Valencia (3) y, a continuación, la posterior sentencia del Tribunal Supremo (4). Seguidamente se dedicará un extenso apartado (5) a valorar de manera crítica ambos pronunciamientos judiciales y a exponer la solución que se considera más adecuada tanto para este caso como para otros similares que puedan presentarse en el futuro. Por último, se resumirán las conclusiones alcanzadas (6).

2. Los hechos probados

Según se desprende de la sentencia dictada en primera instancia por la Audiencia Provincial de Valencia, en el mes de marzo de 2005 el acusado, cirujano plástico, mayor de edad y sin antecedentes penales, trabajó para la entidad médico-quirúrgica CORPORACIÓN DERMOESTÉTICA S.A.². En el contrato firmado con dicha empresa, *el facultativo se comprometió a no revelar durante la vigencia del vínculo contractual ni después de su finalización ninguna información confidencial referente a los clientes, operaciones, instalaciones, cuentas o finanzas de la compañía, y a actuar con la mayor diligencia para evitar la publicación o revelación de cualquier información referente a estas materias. No obstante, poco después de su contratación, y percatado por su actividad profesional de que alguna paciente tenía implantadas prótesis mamarias de una marca distinta a la que figuraba en la documentación de la empresa, el acusado procedió a obtener por sí mismo o a recabar de personal de la entidad las historias clínicas de clientes, tanto intervenidas quirúrgicamente por él mismo como por otros cirujanos, de forma que se hizo con copia de, al menos, doscientos noventa y seis documentos consistentes en comunicaciones entre acusado y la empresa que se referían a las irregularidades detectadas, documentación mercantil de las prótesis (albaranes, tarifas, procedimientos de uso de almacén, etc.), historias clínicas relativas a intervenciones quirúrgicas de pacientes e historiales de éstas (documentos internos que recogen información sobre la contratación del servicio médico, el tipo de prótesis implantadas y el importe facturado).*

Expuestos tales descubrimientos a sus superiores, y ante la falta de acuerdo sobre cómo resolver la situación, el facultativo cesó en su relación laboral el 13 de septiembre de 2006. Tras intentar presentar sin éxito el *dossier* con la documentación obtenida en la Fiscalía de la Audiencia Nacional, el 27 de octubre de 2006 lo *presentó en la Fiscalía del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Valenciana, junto con una denuncia* en la que se imputaba a los responsables de CORPORACIÓN DERMOESTÉTICA la comisión de delitos de estafa, contra la salud pública y relativos a los consumidores. El referido *dossier* fue presentado también en las Fiscalías de Castellón y de Albacete y en la *Conselleria* de Sanidad de Valencia.

² La exposición de los hechos se basa en la reproducción, con leves correcciones, de los hechos probados que figuran en la sentencia de la Audiencia Provincial de Valencia, así como en diversa información de naturaleza fáctica que aparece también en la fundamentación jurídica de dicha resolución.

A raíz de la denuncia ante la Fiscalía valenciana se incoaron diligencias de investigación y se interpuso por el Ministerio Fiscal una denuncia por delito de estafa contra directivos de la compañía, dando lugar a unas diligencias judiciales que, en fecha 7 de julio de 2011, *fueron archivadas por falta de indicios de criminalidad*. El motivo determinante del archivo fue, según se recoge en la sentencia dictada por la Audiencia Provincial en el posterior procedimiento contra el médico, que “el dato concreto de la marca a implantar no fue sustancial para la contratación llevada a cabo, ni tan siquiera por la supuesta diferencia de precio que pudiese existir entre una marca facturada y la finalmente implantada (...)”. En el momento del juicio, tanto la clínica como el acusado tenían abiertos en relación con estos hechos procedimientos administrativos sancionadores por diversas infracciones en materia de derechos del paciente.

En este primer procedimiento penal *no se acreditó tampoco, siquiera indiciariamente, que la implantación de las citadas prótesis entrañara riesgo alguno para las pacientes*. En tal sentido, se afirma en los fundamentos jurídicos de la sentencia de primera instancia que, “aunque el acusado afirme que se ha dedicado a investigar la bondad o malignidad de una y otra marca de prótesis mamaria no se ha aportado prueba objetiva alguna al respecto en el plenario que evidencie siquiera que tal investigación se llevaba a efecto por aquél antes de acceder a las historias médicas, que tal hecho tuviera una incidencia grave en la salud de las personas (se siguieron implantando dichas marcas) o si tenía el apoyo de alguna sociedad científica o si los resultados de la referida investigación han sido cotejados, discutidos o admitidos por alguna organización médica solvente, tanto más cuando lo que buscaba podía obtenerse legalmente mediante la oportuna denuncia”.

Según señala asimismo la sentencia dictada por la Audiencia Provincial en su fundamentación jurídica, el acusado reconoció en una declaración que, “por su condición de médico de la CORPORACIÓN, tuvo acceso a las historias médicas de pacientes y que, creyendo que la salud de los enfermos pudiera verse afectada por la organización y funcionamiento de CORPORACIÓN DERMOESTÉTICA, contactó con nueve o diez pacientes que le autorizaron a ello”. Añadió igualmente en dicha declaración “que ‘aportó (a Fiscalía) documentación referente a todas aquellas pacientes que, a su entender, podían estar afectadas por la irregularidad observada y que él no pudo hablar con todas’, que ‘la documentación va con todos los datos, con los nombres de las personas afectadas’, y que ‘operó a pacientes que habían sido intervenidas en el 2002 y se dio cuenta de ellas (irregularidades); y a partir de éstas lo puso en conocimiento de la empresa ... y que se va voluntariamente de la empresa al no cumplirse los protocolos con los que había acordado’. ‘Que la documentación la obtuvo con toda normalidad, trabajando en equipo y que no hubo ningún problema y la empresa facilitaba toda la documentación necesaria’” [sic].

Según se recoge también en la fundamentación jurídica de la resolución, el inicio de la recopilación de datos tanto de la empresa como de pacientes se produjo a raíz de la intervención quirúrgica que realizó a pacientes por problemas derivados de la implantación de prótesis mamarias, detectando que *dichas prótesis eran de la marca SEBBIN o SILIMED, cuando en el historial y en alguna factura observó que lo adquirido eran prótesis de la marca MAC GHAN de mayor precio y calidad*. Ante tal descubrimiento el acusado remitió a la empresa por *burofax* una exposición clara de cuál era el motivo de la comunicación: en caso de reclamación por la paciente, el cirujano

quedaba desprotegido, ya que éste implantaba las prótesis que el propio centro le proporcionaba desconociendo lo realmente contratado. Igualmente ponía de manifiesto que en la factura de las pacientes no figuraba el importe real que se le pagaba como honorarios, proponiendo la creación de una comisión médico-quirúrgica y la determinación de la cantidad total de pacientes afectadas que llevaran una prótesis diferente a la MAC GHAN para informarlas y realizar las oportunos controles.

Considera acreditado la Audiencia en la fundamentación jurídica de su resolución, que

“el acusado inicialmente no pretendía, en el momento de recopilar la documentación con que se hizo, denunciar a la entidad para la que trabajaba, sino que ésta aceptara sus condiciones para erradicar una serie de irregularidades que entendía afectaban a su propia responsabilidad como médico, desconocedor del tipo de prótesis contratadas y que según su parecer reportaba también un perjuicio económico en las pacientes por serles implantadas prótesis mamarias de diferente marca a la que figuraba en la facturación; siendo con bastante posterioridad y a raíz de que la empresa no atendiera a sus pretensiones, cuando procede a asesorarse jurídicamente (como reconoció) con su padre, abogado laboralista, y presentar su denuncia y dossier correspondiente en diferentes Fiscalías del Estado. El acusado llegó a manifestar en el plenario que recabó documentación de pacientes anteriormente operadas por otros cirujanos, para evitar que dijeran en CORPORACIÓN DERMOESTÉTICA que las irregularidades sólo ocurrieron durante su periodo de estancia en la misma, y que desde mayo a septiembre de 2006 siguió obteniendo documentos, a la espera de que se corrigieran las irregularidades y que la Sra. Elisa le envió un burofax en el que le recriminaba la obtención de la documentación”.

Tras culminar la correspondiente instrucción y celebrarse el juicio, el Ministerio Fiscal, en sus *conclusiones definitivas*, calificó los hechos como constitutivos de un delito de revelación de secretos que afectan a datos de carácter personal referidos a la salud (arts. 197.2 y 6 CP) con la concurrencia de un error vencible sobre la ilicitud del hecho delictivo; alternativamente la Fiscalía interesó que se apreciara la circunstancia eximente incompleta de cumplimiento de un deber (art. 20.7 en relación con 21 CP). Por su parte, la acusación particular ejercida por CORPORACIÓN DERMOESTÉTICA S.A., en sus conclusiones definitivas, calificó los hechos como constitutivos de dos delitos continuados de descubrimiento y revelación de secretos previstos en el art. 197.1 y 2 del Código Penal, concurriendo a su juicio la agravación de los puntos 3 y 5 del mismo precepto legal en relación con el art. 74 del Código Penal, y de un delito continuado de revelación de secretos del art. 199.2 en relación con el 74 del Código Penal. La pena solicitada fue de un año de prisión y accesorias en el caso del Fiscal y de cinco años y dos años y seis meses, respectivamente, en el caso de la acusación particular.

La acusación ejercida por una de las pacientes afectadas, también en sus conclusiones definitivas, consideró que los hechos constituían un delito de revelación de datos personales referidos a la salud del art. 197.2, 5 y 6 del Código Penal y de un delito del art. 199 del mismo texto legal por vulneración de secreto profesional, concurriendo la circunstancia de error vencible sobre ilicitud del hecho (art. 14.3 CP). La pena solicitada fue de cinco años de prisión por el primer delito y dos años y seis meses por el segundo. Finalmente, una última acusación particular, sostenida por otras seis pacientes, en igual trámite calificó los hechos enjuiciados como constitutivos de un delito de descubrimiento y revelación de secretos del art. 197.2, 3 y 4 CP en concurso ideal con un delito de descubrimiento y revelación de secretos previsto en el art. 199.2 CP, solicitando una

pena de cinco años de prisión. Por su parte, *la defensa del acusado estimó que los hechos no constituían delito alguno* imputable a su patrocinado, solicitando la libre absolución por la concurrencia de un error de prohibición invencible o, subsidiariamente, de las eximentes previstas en los arts. 20.4 y 20.7 CP, interesando alternativamente, y para el caso de no estimarse sus peticiones principales, que se apreciara la atenuante de dilaciones indebidas del art. 21.6 CP.

Según se explica en la fundamentación jurídica de la sentencia de la Audiencia Provincial, en el acto del juicio contra el médico *varias pacientes fueron llamadas a declarar como testigos*: algunas “ni siquiera conocían al acusado ni habían sido intervenidas por el mismo, siendo unánime el criterio de todas ellas de no haber prestado consentimiento de haber sabido el uso que se dieron a sus datos personales, aunque a preguntas de la defensa sobre si lo hubieran prestado de saber que la presentación del dossier en la *Conselleria* de Sanidad tenía como finalidad desvelar la responsabilidad y obtener mejoras de tratamiento a otras pacientes alguna respondiera afirmativamente, porque tal cuestión se plantea a nivel hipotético”.

Una de las mujeres afectadas “afirmó que no le sentó bien saber el uso dado a sus datos porque confió en los médicos y que lo llevaba bastante mal, porque se le habían hecho fotos, y estaba muy traumatizada por la gordura y psicológicamente le afectó, enterándose de lo sucedido por el Juzgado”. Otra “manifestó que en su historial había fotos de ella antes y después de la intervención y que se sometió a ella sin contárselo a nadie salvo a su marido y ahora lo sabe su familia desconociendo si alguien más también”. Una tercera añadió que “no lo hubiera consentido aun sabiendo para qué era; que fue revisada por el Dr. (...) y al saber el hecho le sentó muy mal y nunca más volvió a su consulta”. Y, finalmente, dos últimas pacientes declararon, respectivamente, “que este tema lo lleva mal porque no sabe si se han hechos copias ni quien las ha podido ver, ni qué pinta metida en los datos judiciales” y que “le sentó muy mal y con mucha rabia porque eran cosas íntimas que nadie debe saber”. Por el contrario, otra testigo “reconoció no haber dado consentimiento al acusado para obtener sus datos personales y sanitarios; pero le estaba agradecida por darle a conocer lo que estaba pasando a través del *dossier* recopilado”.

3. La sentencia de la Audiencia Provincial de Valencia (Sección Primera) 323/2012, de 30 de mayo (ponente Melero Villacañas-Lagranja)

En la fundamentación jurídica de la resolución dictada tras el acto del juicio, la Audiencia Provincial de Valencia se ocupa, en primer lugar, de determinar el tipo penal aplicable. Así, a la vista de la petición de las acusaciones, se centra de entrada tal cuestión en el art. 197.1 CP, un precepto que castiga con una pena de uno a cuatro años de prisión al que “*para descubrir los secretos o vulnerar la intimidad de otro, sin su consentimiento, se apodere de sus papeles, cartas, mensajes de correo electrónico o cualesquiera otros documentos o efectos personales o intercepte sus telecomunicaciones o utilice artificios técnicos de escucha, transmisión, grabación o reproducción del sonido o de la imagen, o de cualquier otra señal de comunicación*”.

En relación con este precepto señala en primer término el Tribunal que a su juicio es evidente el carácter secreto de la información recopilada por el acusado: así, argumenta la Sala que la Ley 1/2003 de 28 de enero de Asistencia Sanitaria, Derechos e Información al Paciente de la

Comunidad Valenciana establece que el paciente tiene derecho a la confidencialidad de los datos sobre su salud, sin que nadie sin su autorización pueda acceder a ellos, salvo en los casos previstos en la legislación vigente. El art. 23.1 de este texto legal dispone que *“las historias clínicas son documentos confidenciales propiedad de la administración sanitaria o entidad titular del centro sanitario cuando el médico trabaje por cuenta ajena y bajo la dependencia de un institución sanitaria. En caso contrario, la propiedad corresponde al médico que realiza la atención sanitaria”*.

Prosigue afirmando la Sala que el acceso a la historia clínica con fines judiciales

“se rige por lo dispuesto en la Ley Orgánica 15/1999 de Protección de Datos de Carácter Personal, en cuyo art. 11 (...) se dice que los datos de carácter personal objeto de tratamiento sólo podrán ser comunicados a tercero para el cumplimiento de fines directamente relacionados con las funciones legítimas del cedente y del cesionario con el previo consentimiento del interesado pero que el consentimiento no será necesario, entre otros supuestos, en caso de que la comunicación que deba efectuarse tenga por destinatario al Defensor del Pueblo, el Ministerio Fiscal o los Jueces o Tribunales o el Tribunal de Cuentas en el ejercicio de las funciones que tiene atribuidas; pero claro está cuando la información se recabe por éstos y se observe lo dispuesto en el citado art. 16.3: ‘El acceso a la historia clínica con estos fines, obliga a preservar los datos de identificación personal del paciente, separados de los de carácter clínico-asistencial, de manera que como regla general quede asegurado el anonimato, salvo que el propio paciente haya dado su consentimiento (...)’”³.

Según la Sala, *“igual necesidad de autorización para acceder a datos referentes a la salud se contiene en el art. 7.1 de la Ley 41/2002 de 14 de noviembre, reguladora de la Autonomía del Paciente y de derechos y obligaciones en materia de información y documentación. Por su parte los arts. 6.1 de la Ley General de Sanidad, los arts. 3.4 y 23.4 de la citada Ley 1/2003, el art. 16.6 de la Ley 41/2002 y el art. 31 del Código Deontológico⁴ se refieren al deber de guardar secreto por quien, en virtud de sus competencias (inherentes al ejercicio de la profesión de médico), tenga acceso a la historia clínica y el deber de reserva y sigilo y confidencialidad referido a datos sobre la salud de los pacientes, informaciones contenidas en sus historias clínicas”*.

Tras haber sentado las anteriores premisas (carácter inequívocamente confidencial de la información y deber de reserva del médico), el Tribunal pasa a analizar la relevancia de la conducta del acusado desde el momento en que, al intervenir quirúrgicamente a una paciente por encapsulación de prótesis mamaria implantada por otro cirujano, descubrió que la prótesis era de diferente marca a aquella que constaba en el contrato firmado por la paciente. Según la Audiencia:

“este descubrimiento, podría calificarse de ocasional y denunciado en todo por la paciente o con el consentimiento de ésta; pero lo que ocurre después no puede tildarse de accidental, porque lo que se produce es una labor de investigación y obtención de datos que se integran en historias médicas, ajenas a la actividad profesional del acusado, así como de datos que contenían los contratos y facturación que

³ El Tribunal alude al art. 16.3 de la Ley 41/2002, de 14 de noviembre, Básica Reguladora de la Autonomía del Paciente y de Derechos y Obligaciones en Materia de Información y Documentación Clínica. El segundo párrafo de este mismo precepto establece que *“Se exceptúan los supuestos de investigación de la autoridad judicial en los que se considere imprescindible la unificación de los datos identificativos con los clínicoasistenciales, en los cuales se estará a lo que dispongan los jueces y tribunales en el proceso correspondiente. El acceso a los datos y documentos de la historia clínica queda limitado estrictamente a los fines específicos de cada caso”*.

⁴ Cabe suponer que la Sala se refiere al Código de Deontología Médica del Consejo General de Colegios Oficiales de Médicos de 2011.

CORPORACIÓN DERMOESTÉTICA tenía depositados en archivos informáticos a cuyo acceso no estaba autorizado por la empresa, aunque se los facilitaran empleados de la misma. Cuando se emite el burofax de 29 de mayo de 2006 el acusado ya pone de manifiesto que la posesión de información con que cuenta sobre irregularidades de funcionamiento en el centro médico no es casual, sino fruto de su decisión de indagar la actuación de la empresa y las intervenciones quirúrgicas que en la misma se realizaban, recabando historias médicas e historiales administrativos para acreditar ante la propia CORPORACIÓN DERMOESTÉTICA que las propuestas que les hacía estaban fundamentadas, referidas a la necesidad de realizar una serie de protocolos o reformarlos, pago de sus servicios con cirujano en determinados casos, revisión indiscriminada de pacientes, etc.; pero nunca anuncia intención alguna de denunciar hecho delictivo alguno, sino su intención de resolver el contrato que le une a CORPORACIÓN DERMOESTÉTICA”.

Centrada la posible tipicidad de los hechos en el art. 197 CP, señala la Audiencia que es indudable que el acusado actuó con la clara intención de descubrir el tipo de implantes que llevaban las pacientes “para cotejar la información con la documentación administrativa de CORPORACIÓN DERMOESTÉTICA, comprobando si su marca correspondía a la que ésta facturó”. Sin embargo, a juicio de la Sala, “esto se llevó a cabo además sin discriminar pacientes, porque del dossier presentado con su denuncia (...) se deduce que también examinó y descubrió intervenciones estéticas y quirúrgicas de pacientes a las que no se les había implantado prótesis mamarias. Descubrir qué tipo de prótesis mamaria se ha implantado a una paciente que no está sometida a tratamiento o examen de un médico concreto afecta claramente a la intimidad de aquella”. En tal sentido se añade:

“El invocado acceso previo a la intimidad de las víctimas por su condición de médico no autoriza al recurrente a violar el derecho fundamental a la intimidad de sus pacientes. Se trata de un derecho básico del ser humano que proscribía la injerencia de quien su titular no desee en el ámbito de su personalísima privacidad, que no cabe entender renunciado por el hecho de ir a una consulta médica. Por ello mismo respecto al caso de autos, resulta sencillamente inadmisibles la alegación del acusado de que, por tratarse de un paciente, esté exento de la obligación constitucional y penal de respetar el bien jurídico protegido de su intimidad”⁵.

Prosigue el Tribunal:

“el hecho de someterse a los tratamientos médicos o intervenciones quirúrgicas que practican en CORPORACIÓN DERMOESTÉTICA, en muchos casos sin existencia de problema médico previo y que obedecen a la necesidad que tienen muchas personas de mejorar su apariencia física, no suelen comunicarse por las pacientes, tal como se evidenció con la prueba testifical, más que a un círculo muy reducido de personas. Desde luego no cabe pensar que se pueda presumir que tales hechos que afectan a la esfera más privada de la persona puedan ser objeto de descubrimiento por cualquier facultativo que, cualquiera que sea su motivación, los descubra en su historial médico y decida utilizarlo sin consentimiento de su titular, porque una cosa es el hecho objetivo de acceder al secreto mediante el apoderamiento de documentación médica o administrativa con intención de descubrirlo, y otra cosa es la motivación que impulse al sujeto activo a realizar dicha conducta, que en el presente caso y en un principio (cuando el acusado determina acceder a la documentación reservada) no cabe presumir que fuera de venganza, en atención al contenido del reiterado burofax remitido en mayo de 2006 a CORPORACIÓN DERMOESTÉTICA; pero tampoco cabe considerar justificación alguna de la conducta imputada en la alegación de Hipólito [*scil.* el acusado] de que pensaba que podría existir un riesgo para la salud de las pacientes relacionadas en su *dossier*, porque ese riesgo no obedecía a estudio previo alguno, las prótesis de las diferentes marcas utilizadas estaban homologadas a nivel internacional, y el acusado se

⁵ Cursiva en el original.

basó precisamente en la diferencia en la marca y precio de la prótesis que era implantada con respecto a la que se facturaba, alegando que la contratada de la marca MAC GHAN era de mayor calidad y con garantía vitalicia, cuando dicha garantía se refería al material y forma de fabricación de la prótesis y no a la exclusión de rechazo o problemas médicos en las pacientes, derivados de su implantación (...)” [sic].

Según los magistrados, “por lo que CORPORACIÓN DERMOESTÉTICA respecta como sujeto pasivo del delito tipificado en el art. 197.1 del Código Penal, y propietaria de la documentación de contabilidad, contratación con clientes, comunicaciones de la empresa, historias administrativas que incluyen datos referidos a las intervenciones estéticas, médicas y quirúrgicas de las pacientes, ajenas algunas a la implantación de prótesis mamarias, la conducta del acusado le reveló datos que son parte esencial de la intimidad de una empresa, porque ¿qué otro tipo de datos objetivos pueden ser más íntimos para una persona jurídica que desarrolle una actividad empresarial con ánimo de lucro, que los referentes a su actividad empresarial o económica?”. En tal sentido se concluye por la Sala que “se considera que la conducta de acceder sin autorización a datos que se encontraban en registros informáticos de CORPORACIÓN DERMOESTÉTICA o su utilización dentro de la empresa se subsume en el presente caso en el tipo previsto en el art. 197.1 del Código Penal, en cuanto el acusado obró en unidad de acción solicitando a terceros información que le fue facilitada sin objeciones y con un mismo propósito y ánimo delictivo: descubrir su contenido para demostrar irregularidades en el funcionamiento de CORPORACIÓN DERMOESTÉTICA S.A., y mejorar la situación (...)”.

En consecuencia, *el Tribunal sostiene que la conducta del acusado debe incardinarse en el art. 197.1 CP con carácter continuado*. Por el contrario, la Audiencia rechaza la aplicación del delito del art. 197.2 CP, que castiga a quien, “*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*”. Según se razona en la sentencia, la utilización de la información “dentro de la empresa en las reuniones e intercambio de burofax que mantuvo con aquéllas se realizó con ánimo de modificar distintas prácticas de funcionamiento derivadas de la constancia de marcas en la contratación con clientes diferentes a las de las prótesis realmente implantadas y ausencia de comunicación entre el departamento de contratación y los cirujanos; pero sin que haya quedado claro que el acusado actuara con un ánimo de perjudicar a aquélla o las pacientes cuyos datos constaban en los archivos informáticos, en cuanto él mismo podría resultar perjudicado al estar llevando a práctica intervenciones quirúrgicas en las condiciones que denunciaba”.

Seguidamente se pronuncia la sentencia acerca de la alegación por parte de algunas acusaciones de la posible concurrencia de un *error de prohibición vencible* en la realización de la conducta típica descrita. En tal sentido, señala la Audiencia que

“en cuanto a la conciencia de la ilicitud el propio método utilizado para acceder a los datos de las pacientes, como son el tipo de intervención a que fueron sometidas, el de las prótesis mamarias que se les implantaron, datos personales para su localización y contactar con las mismas, etc., y para acceder a datos de la empresa, como facturación, contratación, correspondencia y comunicaciones, el propio acusado reconoce que conocía la legislación y cláusulas de su contrato que le imponían el deber de secreto, confidencialidad y reserva del contenido de dichas historias clínicas y que carecía de contraseña para entrar en los archivos informáticos de la empresa y que, pese a ello, optó por acceder a su contenido en la

creencia de que se podía estar cometiendo con las irregularidades detectadas en un primer caso de forma causal, un delito de estafa y contra la salud pública, cuando debió denunciar en tal caso sus sospechas pero no realizar una investigación que le estaba proscrita”.

A juicio de la Audiencia, “parece evidente que cualquier persona sabe que el acceso a las comunicaciones íntimas y personales de otra afecta a su intimidad, e igualmente, que la esfera más íntima del sujeto está protegida por la ley de la invasión de terceros no autorizados. Asimismo es notorio que las cuestiones relativas a la salud de la persona constituyen parte del núcleo del concepto de intimidad”. Según el Tribunal, era evidente también que la relación contractual que unía al acusado con la empresa le autorizaba el acceso a los secretos de la misma. Por ello, prosigue el Tribunal, “no puede aceptarse la alegación del desconocimiento de la ilicitud. Todo ello revela el conocimiento de la antijuricidad de su conducta que vulneraba su deber de secreto profesional y la concurrencia del dolo en su proceder. El acusado sabía que actuando de la forma en que lo hizo invadía la intimidad de las personas o de la entidad jurídica para la que trabajaba, de forma que su intención final no era relevante respecto del dolo”.

Ahora bien, según los magistrados,

“teniendo esto en cuenta, la creencia de estar obrando de forma justificada porque se consideraba que se estaban produciendo fraudes en la actividad mercantil de la empresa y posibles perjuicios en la salud de las pacientes a quienes se implantaban prótesis mamarias de marca distinta a la que se facturaba y el deber de denunciar que se recoge en el art. 262 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, puede considerarse un error vencible en este caso, que no elimina el dolo dejando una responsabilidad culposa atípica, sino sólo un factor que disminuye la reprochabilidad del autor del hecho, reflejándose esta en la duración de la pena. Porque el error de prohibición evitable deja subsistente el cuadro global de un hecho delictivo doloso, pero crea la posibilidad de aplicar una pena atenuada debido a una culpabilidad disminuida. El error de prohibición en que el acusado parece haber incurrido era evitable, tuvo razones para pensar en la antijuricidad de su conducta y pudo esclarecer las posibles dudas que tuviera sobre la concreta situación jurídica a la que se enfrenta, especialmente en supuestos como el enjuiciado referido a actividades especialmente reguladas (...)”.

Así, en virtud de estos razonamientos el Tribunal *decide apreciar en beneficio del acusado un error de prohibición vencible* referido no al carácter ilícito general de su comportamiento, sino a su carácter justificado en el caso concreto.

Por el contrario, *en la imputación al médico por parte de algunas acusaciones de un delito de revelación de secretos ajenos del art. 199 CP*⁶ considera la Sala que, si bien la conducta del acusado reunía las exigencias de este tipo penal, *debía apreciarse la concurrencia de un error de prohibición en este caso invencible*, argumentando a tal efecto que “el error producido en el acusado, en cuanto a la licitud del dossier obtenido como medio de prueba válido para la perseguibilidad de los delitos denunciados en este caso es invencible e inevitable cuando el sujeto se ha visto apoyado por representantes del Ministerio Fiscal”. Citando doctrina del Tribunal Supremo sostiene la

⁶ Art. 199 CP: “1. El que revelare secretos ajenos, de los que tenga conocimiento por razón de su oficio o sus relaciones laborales, será castigado con la pena de prisión de uno a tres años y multa de seis a doce meses. 2. El profesional que, con incumplimiento de su obligación de sigilo o reserva, divulgue los secretos de otra persona, será castigado con la pena de prisión de uno a cuatro años, multa de doce a veinticuatro meses e inhabilitación especial para dicha profesión por tiempo de dos a seis años”.

Audiencia que “para apreciar cualquier tipo de error jurídico ha de atenderse a las circunstancias objetivas y a las subjetivas del agente, sus condiciones psicológicas y de cultura así como a las posibilidades de recibir instrucción y asesoramiento o de acudir a medios que permitan conocer la trascendencia jurídica de su obra, así como la naturaleza del hecho delictivo y sus características. El acusado, desde el punto de vista de sus conocimientos como profesional de la medicina, recabó asesoramiento jurídico por lo que estaba convencido de que actuaba dentro de la legalidad y procede absolverle del delito previsto y penado en el art. 199 del Código Penal que se le imputa”.

En cambio, el Tribunal considera que “no concurren las circunstancias eximentes del art. 20.4.º y 7.º del Código Penal de haber obrado el acusado en defensa de personas y derechos ajenos y por cumplimiento de un deber ni la eximente incompleta del art. 21.1.ª del mismo Texto Legal”. Según la Sala, *no cabe apreciar legítima defensa* porque “en el presente caso ni la presunta agresión a los derechos de las pacientes, de estar justificada, afectaría a su patrimonio o al rechazo, encapsulación u otros problemas derivados de las prótesis implantadas (de curso legal) y que se son [sic] susceptibles de producirse en cualquier caso, sean de una u otra marca, por lo que no se trataría de una agresión que requiriera de actuación inmediata del acusado que esperó durante meses a presentar la denuncia”. Y, en cuanto al *cumplimiento de un deber*, considera la Audiencia que “no estaría tampoco justificada la conducta del mismo que procedió a descubrir los secretos de las historias clínicas y de la empresa sin consentimiento de sus titulares, por entender que este procedimiento no es racionalmente necesario para la persecución del delito, cuya denuncia hubiera dado lugar a la toma de declaración de pacientes y de personal responsable de CORPORACIÓN DERMOESTÉTICA en el procedimiento judicial correspondiente. Respecto al cumplimiento de un deber por parte del acusado, su actuación no obedeció a su función como médico, y en cuanto al deber de denunciar los medios empleados no han sido racionalmente proporcionados”.

Por todo ello, la Audiencia decidió condenar al acusado como autor de un delito de apoderamiento y revelación de secretos con la concurrencia de un error de prohibición vencible a una pena de un año y tres meses de prisión y a indemnizar a las pacientes afectadas en la cantidad respectiva de 3.000 euros, absolviéndole de las restantes imputaciones. Un pronunciamiento que, como se expone a continuación, sería recurrido en casación tanto por la defensa del médico, con el apoyo del Ministerio Fiscal, como por la empresa, propiciando la correspondiente resolución de la Sala Segunda del Tribunal Supremo que es objeto central del presente trabajo.

4. La sentencia del Tribunal Supremo 778/2013, de 22 de octubre (ponente Martínez Arrieta)

Tras resumir los hechos probados en los mismos términos en los que han sido expuestos en páginas anteriores, empieza matizando en su sentencia el Tribunal Supremo que “la Sala conoce la trascendencia de lo que constituye el sustrato del hecho probado. La alteración de la calidad de las prótesis objeto de los implantes que en su día pudieron parecer irrelevantes, hoy, transcurrido

un tiempo, se han [sic] revelado como un importante problema sanitario”⁷. Con esta afirmación inicial los Magistrados parecen dar a entender que sí podía haber existido en el caso analizado un riesgo para la salud de las mujeres pese a haberse negado tajantemente tal circunstancia, como se ha expuesto, por parte de la Audiencia Provincial y sin que se produzca ninguna modificación en el relato fáctico por parte de la Sala Segunda. Sea como fuere, en esta primera consideración parece advertirse una cierta predisposición del Tribunal a valorar de manera favorable la conducta del acusado, a quien, según da a entender la Sala, el tiempo parecería haber dado la razón acerca de la necesidad de investigar estas actuaciones.

Pasando a analizar la calificación de los hechos *el Tribunal considera que la subsunción típica llevada a cabo por la Audiencia fue correcta*, por cuanto la resolución impugnada “refiere una conducta del acusado dirigida al descubrimiento de los secretos de las personas afectadas que se concreta en las historias clínicas y de la empresa”. No obstante, la sentencia de casación considera oportuno realizar una puntualización a partir de la distinta naturaleza de la documentación descubierta:

“de una parte, los historiales de los pacientes respecto a los que el acusado interviene médicamente. En este supuesto no hay descubrimiento de secreto en la medida en que el médico que interviene es el que elabora la historia clínica y su contenido no era secreto para él. Por el contrario, aquellos otros historiales en los que el acusado, médico cirujano, no ha intervenido profesionalmente, su contenido sí es secreto y su descubrimiento rellena la tipicidad. Por lo tanto, la conducta típica de descubrir ha de relacionarse sólo respecto a los historiales médicos en los que el acusado no ha intervenido profesionalmente. Como quiera que el hecho probado refiere que acopió 296 documentos, referidos ‘tanto a intervenciones quirúrgicas por él como por otros cirujanos’, esta distinción carece de relevancia penal en el caso pues son varios los documentos sobre los que se realizó una conducta de descubrimiento de secretos”.

Pasando a analizar la posible concurrencia de eximentes, *la aplicación al caso de un error de prohibición vencible a juicio del Tribunal no puede aceptarse*: “de una parte porque el examen sobre la situación de riesgo debe ser realizado ‘ex ante’, no tras las periciales realizadas en la causa que se abre tras la denuncia. Además, el acusado era médico especialista en cirugía estética y tiene conocimientos suficientes para calibrar ese riesgo. Por otra parte, el tribunal de instancia mezcla dos institutos distintos, pues utiliza el término justificación, que hace referencia a causa excluyente de la antijuricidad, y sin embargo aplica un error de prohibición, calificado de vencible, que va referido al conocimiento de la antijuricidad”. Añade la Sala Segunda que

“el tribunal, por otra parte, ha absuelto a este acusado, del delito de revelación de secretos, art. 199 Cp, al entender que obró con error de prohibición invencible porque se asesoró y fue apoyado en su pretensión por el Ministerio fiscal. Tampoco este argumento de la sentencia es plausible. No se trata de un error de prohibición sino de una justificación de su conducta por el cumplimiento de un deber, art. 20.7 del Código

⁷ En esta frase el Tribunal parece aludir al grave problema de salud que ha supuesto en los últimos años la comercialización fraudulenta de prótesis mamarias fabricadas con materiales no homologados por la compañía francesa POLY IMPLANTS PROTHÈSE (PIP), que ha dado lugar a diversos procedimientos que en Francia han culminado con condenas penales. En todo caso, ninguna relación parece guardar este fraude con el supuesto aquí comentado o, cuando menos, tal relación no aparece en ningún momento en los hechos de las sentencias aquí comentadas. Puede obtenerse información periodística sobre el “caso PIP” en: <<http://www.elmundo.es/elmundosalud/2013/04/17/mujer/1366187798.html>>, <http://sociedad.elpais.com/sociedad/2013/12/10/actualidad/1386672919_269868.html> o <http://sociedad.elpais.com/sociedad/2014/05/16/actualidad/1400269077_366585.html>. Con todo, algunos informes recientes de la Unión Europea han negado los riesgos a la salud asociados a tales prótesis: cfr. al respecto <http://sociedad.elpais.com/sociedad/2014/05/16/actualidad/1400269077_366585.html>.

penal. La conducta de poner en conocimiento de la autoridad competente para la depuración de lo que entiende son hechos delictivos no es revelar secretos, sino cumplir con la obligación impuesta en el art. 259 y ss. de la Ley de enjuiciamiento criminal, el deber de denunciar impuesto legalmente y con especial intensidad al médico (art. 262 de la Ley de enjuiciamiento criminal). Pues bien, si la revelación de un hecho, a través de una denuncia ante una fiscalía, es un hecho justificado, se plantea el problema de resolver si la previa recepción de datos precisos para esa denuncia aparece, o no, también amparada en la justificación que hemos declarado concurre en el denunciante”.

Continúa el Tribunal:

“Esta Sala, en situaciones fácticas similares ha declarado la tipicidad (STS 18.10.2012⁸). En esta Sentencia dijimos que el descubrimiento de secretos no se justifica, por la concurrencia de móviles que, en su caso, pudieran ser valorados positivamente. En el caso objeto de nuestra consideración el acusado y condenado en la sentencia, creyó, razonablemente, que existía un peligro para la salud de pacientes intervenidas en la Clínica, que se había cometido un delito de estafa y otro contra los derechos de los consumidores, de los que él mismo podría ser responsable por su intervención profesional. En esa situación, que participa también de la defensa legítima, el recurrente realiza una conducta típica para defenderse de una imputación probable y para fortalecer con datos una denuncia cuya revelación ha sido justificada en el cumplimiento de un deber y que se realiza para prevenir una situación de peligro para la salud. En otros términos, el recurrente tiene un conocimiento de la situación de antijuridicidad en la que se sitúa la empresa para la que trabaja y ante el riesgo cierto de que esa situación repercuta en su contra, y con la finalidad de actuar por la salud de los pacientes de la clínica decide acopiar la información precisa para su denuncia ante los órganos que tienen la capacidad de corregir la situación de antijuridicidad en lo que él no ha participado, pero le afecta”.

Concluye el Tribunal Supremo:

“En la situación fáctica descrita la conducta del acusado es típica del descubrimiento de secretos pues nada puede justificar la agresión a la intimidad de los pacientes, documentada en unos historiales clínicos que gozan de especial protección jurídica (Ley General de Sanidad, ley 14/1986; Real Decreto 63/1995 - derecho a la confidencialidad-; Ley Orgánica de Protección de Datos LO 15/1999; y Ley reguladora de la autonomía del paciente, Ley 41/2002, de 14 de noviembre). Ahora bien, el acusado, nos dice el relato fáctico, se asesora y actúa en la creencia de que su deber de denunciar los hechos, estos sí justificados, le faculta a su descubrimiento para formular la denuncia, y lo hace también en defensa de su posible responsabilidad, pues ha sido el médico que ha intervenido profesionalmente. Además, ha intentado remediarla y la empresa no le ha dado solución. Ese error es de prohibición lo consideramos invencible, pues el acusado se asesoró, acudiendo a fuentes de su máxima solvencia para desvanecer el error, y actuó

⁸ Se trata del caso de una enfermera que entró en la base de datos informática del hospital en el que trabajaba para conocer el historial psiquiátrico de la nueva pareja de su ex cuñado y proporcionó dicha información a su hermana, que a su vez la empleó en un procedimiento civil de modificación de medidas cautelares. La enfermera fue condenada por un delito de descubrimiento y revelación de secretos con la atenuante muy cualificada análoga al arrebato u obcecación por creer que sus sobrinos se encontraban en una situación de riesgo. En su resolución el Tribunal Supremo rechazó aplicar a los hechos tanto el estado de necesidad justificante como apreciar un error de tipo invencible. En particular, respecto del estado de necesidad manifestó la Sala Segunda que “el hecho de que la recurrente actuara para ayudar a los menores, en la creencia de que éstos pudieran sufrir algún daño, no justifica su conducta. Especialmente no justifica que ésta vulnerara el derecho a la intimidad de la perjudicada, consagrado en el artículo 18 de la Constitución. Pues, como decíamos en la STS 872/2001, la única excepción a la invasión ajena de esos espacios íntimos y exclusivos del ser humano, cuya impenetrabilidad por terceros se establece ‘erga omnes’, la constituye la autorización judicial que, además, debe estar rigurosamente fundamentada, y motivada en graves y poderosas razones de interés público que justifiquen el sacrificio del derecho y la prevalencia del interés común. Pero en ningún caso podrá dejarse la restricción del derecho fundamental al arbitrio de un particular y menos aún cuando se dirige a la satisfacción de un interés privado”.

en defensa de su propio derecho al ejercicio de su profesión sin el temor de una responsabilidad exigible, y en la creencia, errónea, de que la denuncia que formulaba requería una previa indagación de los hechos. El argumento que emplea el tribunal para declarar vencible el error ya hemos dicho que no es plausible. El acusado debió limitarse a denunciar dejando a los institutos de persecución penal que actuaran en la finalidad que le es propia”.

Tras estos argumentos señala el Tribunal que *procede acordar la absolución del acusado de delito por el que había sido condenado*. Una decisión que, conviene subrayarlo por la importancia que tiene para la resolución del caso, *se basa en la consideración como justificada por cumplimiento del deber de denuncia sólo del acto de revelación, pero no del apoderamiento previo de información, ya que, en opinión de la Sala, dicho deber no obliga a llevar a cabo ninguna indagación, sino simplemente a informar a las autoridades para que sean éstas quienes investiguen*. Respecto de dicho apoderamiento sí se admite, en cambio, la invencibilidad del error de prohibición que la Audiencia había rechazado.

Como consecuencia ineludible derivada de las anteriores afirmaciones, el Tribunal *rechaza con una breve argumentación el recurso de la empresa*, que había impugnado la calificación jurídica de la Audiencia e interesado la condena de acuerdo con modalidades típicas del delito de apoderamiento y revelación de secretos que entrañaban penas más severas. Al responder a la petición de la acusación de CORPORACIÓN DERMOESTÉTICA de que el acusado fuera condenado también por un delito de revelación del art. 199 CP, razona literalmente la Sala Segunda que el acusado “no realiza la acción típica de divulgar a terceros secretos con incumplimiento del deber de sigilo a que está obligado, pues el recurrente cumplió con la obligación legal de denunciar unos hechos de los que, tuvo conocimiento por su actividad profesional, art. 262 de la Ley Procesal penal, al denunciar unos hechos que entendió eran constitutivos de delito y lo hizo tras asesorarse de su obligación y deber de actuar en la forma en que lo hizo”.

Finalmente añade el Tribunal que, “declarada la concurrencia de un error de prohibición, la absolución es procedente subsistiendo la responsabilidad civil declarada en la Sentencia en observancia del art. 118.2 del Código penal. Ahora bien en este concreto aspecto hemos de ponderar la responsabilidad civil derivada del descubrimiento proporcionado a la gravedad de los hechos. El daño que se indemniza es un daño moral en cuya cuantificación hemos de tener en cuenta que el error de prohibición que hemos calificado de invencible, participa en un aspecto no tangencial de las causas de justificación de la legítima defensa y del cumplimiento de un deber. Además, que el acusado al que se reprocha la conducta actuó en defensa de la salud de las indemnizadas, creyendo estar amparado en su actuación, lo que permite proporcionar la consecuencia jurídica al hecho. Esta proporcionalidad hace que estimemos procedente la responsabilidad civil de 1.000 euros para cada afectada”.

5. Valoración crítica

Los hechos que motivan las dos resoluciones expuestas y los respectivos pronunciamientos judiciales, contradictorios entre sí, probablemente hayan suscitado también en el lector

valoraciones contrapuestas. Así, si se centra la atención en la conducta del acusado, sorprende que alguien que decide denunciar graves irregularidades realmente cometidas por su empresa y hacerlo nada menos que ante la Fiscalía, pueda acabar siendo penalmente condenado a una pena de prisión. Sin embargo, la procedencia del castigo parece más adecuada si se piensa en las mujeres afectadas por el comportamiento del facultativo: después de todo, las pacientes se encontraron con que, además de haber sido víctimas de una conducta aparentemente irregular por parte de una clínica cuyos servicios habían contratado y sufragado, acabaron viendo expuestos datos relativos a su intimidad, como el hecho de haberse sometido por razones estéticas a una intervención quirúrgica teniendo que declarar en público sobre tal circunstancia. Finalmente, desde el punto de vista de los intereses de la empresa puede parecer intolerable el perjuicio causado a su posible prestigio con la denuncia de un antiguo empleado que, por lo demás, no acabaría llevando a ninguna sanción, sino a un simple archivo por falta de relevancia penal.

Sea como fuere, lo cierto es que el caso en cuestión presenta interesantes elementos ya no sólo desde un punto de vista estrictamente dogmático, sino también político-criminal, en la medida en que *esta decisión puede contribuir a fijar el marco jurídico aplicable a aquellos sujetos que, en un futuro, decidan denunciar conductas ilícitas de las que tengan conocimiento y al hacerlo vulneren deberes de confidencialidad contraídos con respecto a su principal o vigentes respecto de terceras personas.* Para abordar todas las dudas que plantea el presente caso en las páginas siguientes se procederá a su análisis de acuerdo con el orden propio de la teoría del delito, esto es, se analizará en primer lugar si conductas como la llevada a cabo por el acusado merecen la consideración de típicas con arreglo al Derecho español vigente (5.1), si se las puede considerar típicas pero justificadas (5.2), o si, por último, cabe apreciar un error de prohibición, ya sea vencible o invencible (5.3), como decidió finalmente el Tribunal Supremo.

5.1. Tipicidad de los hechos

Un primer elemento de la anterior resolución que puede plantear ciertas dudas es el propio carácter típico de la conducta del acusado. Aunque en este punto exista plena coincidencia entre la decisión de la Audiencia y la del Tribunal Supremo, cabe abrir dos interrogantes en relación con la posibilidad de aplicar a tales hechos el delito de descubrimiento y revelación de secretos: i) ¿puede hablarse de la existencia de un secreto merecedor de protección penal respecto de información sobre las ilegalidades cometidas por otra persona?; ii) ¿cabe sostener la posibilidad de que exista un comportamiento penalmente relevante de revelación en la cesión a las autoridades de dicha información?

i) Cuando una información es compartida entre varias personas, ya sea porque éstas la conocen o bien porque tienen acceso legítimo a ella, la posibilidad de considerarla como secreta desde un punto de vista jurídico presupone que el titular de dicha información tiene una *expectativa respaldada por el ordenamiento jurídico de que no será revelada por los demás sujetos que la comparten.* Sin embargo, dicha expectativa, que puede basarse en la imposición de obligaciones legales o en la existencia de compromisos de reserva reconocidos por el Derecho, no parece que haya de contar con el respaldo del Derecho penal con independencia de la clase de información de que se trate,

sino sólo en relación con aquella información que, de alguna manera, se vincule con intereses merecedores de protección penal. Así, la expectativa que puede tener el paciente de una clínica respecto del secreto de su historial médico merece ser reconocida y reforzada con la sanción penal en la medida en que es necesaria para un adecuado ejercicio de su derecho fundamental a la intimidad. O, en otro contexto, se protege por ejemplo el llamado secreto de empresa por considerarse conveniente para proteger bienes jurídicos como el patrimonio u otros intereses colectivos como la competitividad empresarial.

Sin embargo, ¿tiene sentido proteger con el apoyo de la pena la expectativa que pueda tener el responsable de infracciones legales –tal vez incluso delictivas– de no acabar siendo denunciado por quien tiene conocimiento de ellas? La respuesta a semejante cuestión tiene que ser necesariamente negativa por razones tanto *sistemáticas* como *teleológicas*. En el primer sentido cabe esgrimir el argumento según el cual *sería contradictorio que la legislación procesal impusiera deberes de denuncia a quien tiene conocimiento de un hecho delictivo* (art. 259, 262 y 264 LECrim) *y, a la vez, sancionara a quien cumple con dicho deber*; y en el segundo cabe añadir que la sanción penal de quien revela información sobre irregularidades ajenas parece carecer de sentido por la sencilla *imposibilidad de encontrar en tales casos un interés merecedor de protección*: el hecho de haber cometido un delito no es algo que forme parte de la intimidad de las personas, sino un acto con incuestionable trascendencia pública⁹.

En la praxis judicial española un buen ejemplo en tal sentido es el caso del *whistleblower* franco-italiano *Hervé Falciani*, que reveló a las autoridades de diversos países la identidad de numerosos titulares de cuentas en el banco suizo del que era empleado cuyos fondos eran de dudosa legalidad. Según la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional, tal conducta no podía considerarse penalmente relevante en España y dar lugar a la correspondiente extradición porque “en nuestro derecho, el secreto no es un valor o un bien en sí mismo que merezca en sí y por sí mismo ser protegido, sino como elemento puramente instrumental para proteger lo que son auténticos bienes jurídicos merecedores de protección, tales como son la intimidad, la libre competencia, el secreto de empresa, la seguridad del Estado, etc., por ello *resulta un elemento imprescindible la*

⁹ Se coincide en este punto con las apreciaciones de ESTRADA CUADRAS, «Violación de secretos empresariales», en ORTIZ DE URBINA GIMENO (coord.), *Penal Económico y de la Empresa: 2011-2012*, 2011, p. 530; CARRASCO ANDRINO, *La protección penal del secreto de empresa*, 1998, pp. 276-278; FERNÁNDEZ SÁNCHEZ, *Protección penal del secreto de empresa*, 2000, p. 278; y RODRÍGUEZ YAGÜE, «La protección de los delatores por el ordenamiento español: aspectos sustantivos y materiales», en ARROYO ZAPATERO/NIETO MARTÍN (coords.), *Fraude y corrupción en el Derecho penal económico europeo. Eurodelitos de corrupción y fraude*, 2006, p. 17: “en un Estado de Derecho el alcance de la protección de la intimidad del sujeto no puede ser tal que absorba y ampare la comisión de un hecho delictivo”. En la doctrina laboralista cfr. CUEVA PUENTE, «Derechos fundamentales y obligación de secreto en las relaciones de trabajo», en BORRAJO DACRUZ (dir.), *Trabajo y libertades públicas*, 1999, p. 362. En Alemania niega que pueda existir un secreto de empresa amparado jurídicamente respecto de actividades ilícitas RÜTZEL, «Illegale Unternehmensgeheimnisse?», *GRUR*, 1995, p. 561, lo que le permite sostener a este autor que, cuando un empleado revela la existencia de tales actuaciones, si éstas ya han finalizado, realiza un comportamiento carente de tipicidad. Sin embargo, este mismo autor señala que en su país el tema no está exento de debate al existir autores que entienden que la cuestión debe resolverse más bien en la antijuricidad o culpabilidad (ibídem, p. 557, con las oportunas referencias), a diferencia de lo que sucede en los Estados Unidos, donde no se cuestiona que la revelación de actos ilícitos no puede acarrear ningún perjuicio. Para una visión panorámica acerca de la protección penal del secreto de empresa en Alemania cfr. KIETHE/HOHMANN, «Der strafrechtliche Schutz von Geschäfts- und Betriebsgeheimnissen», *NStZ*, 2006, pp. 185-191: estos autores exigen para tal protección que concurra un *legítimo* interés económico respecto de la información. Ver igualmente SCHEMMELE/RUHMANNSEDER/WITZIGMANN, *Hinweisgebersysteme. Implementierung in Unternehmen*, 2012, p. 92.

*licitud de aquella información que se encuentra amparada bajo el secreto*¹⁰. En realidad, conviene matizar, esta licitud no debe predicarse tanto del acto de informar en sí cuanto de aquellos hechos de los que se informa.

Las anteriores afirmaciones podrían llevar, de entrada, a entender que en un caso como el aquí analizado no existe conducta típica alguna, por cuanto *las irregularidades cometidas por la empresa en la implantación de las prótesis mamarias, ya sean de naturaleza patrimonial (engaño a las pacientes acerca de la calidad y precio de los implantes) o personal (riesgo para las clientes por la mala calidad del producto) no generaban para aquella ningún tipo de expectativa de reserva merecedora de protección penal*. Desde luego, tal afirmación sería correcta si la información obtenida y cedida a terceros se hubiera referido en exclusiva a la actividad ilícita realizada y sólo hubiera frustrado las expectativas de reserva que *de facto* pudiera albergar el sujeto infractor; sin embargo, en el presente caso concurrían también expectativas de reserva de terceras personas –las pacientes– que no habían incurrido en irregularidad alguna y que con el acto de revelación vieron afectada de manera sensible su intimidad.

En tal sentido conviene tener presente *la necesidad de no confundir la información con los soportes documentales en los que ésta se asienta*¹¹. En la práctica no es infrecuente que en el acto de revelación no sólo se hagan públicos documentos que contengan información acerca del hecho ilícito, sino también otros datos del propio infractor o de terceros respecto de los que sí quepa mantener legítimamente una expectativa de reserva. Por poner un ejemplo: un historial médico puede registrar el tipo de prótesis implantada a una paciente –y permitir con ello acreditar un determinado fraude– pero también contener datos sobre la salud de dicha paciente, sobre su decisión de haberse decidido operar por razones estéticas o, incluso, fotografías de partes íntimas de su cuerpo. Ello significa que, para evitar la tipicidad de los actos de descubrimiento y revelación, el sujeto que aporta información *tiene que limitar el objeto de su actuación a aquellos datos –y sus respectivos soportes documentales– que se centran estrictamente en la irregularidad denunciada*, lo que en la práctica no siempre es sencillo¹².

¹⁰ Auto de 8 de mayo de 2013 (ponente De Prada Solaesa) (cursiva añadida). En esta resolución se cita la STS de 12 de mayo de 2008 (ponente Monterde Ferrer), en la que *obiter dictum* se sostiene que desde un punto de vista jurídico-penal sólo cabe hablar de secreto respecto de actividades legales.

¹¹ La cuestión planteada tiene una gran trascendencia –que aquí sólo puede apuntarse– desde un punto de vista procesal y, en particular, probatorio. En todo caso, si se sostiene que la revelación de información acerca de irregularidades nunca puede ser típica se disipa cualquier duda acerca de la posible ilicitud de dicha prueba.

¹² Especialmente interesante al respecto la Sentencia de la Audiencia Provincial de Ciudad Real de 8 de marzo de 2012 (ponente Astray Chacón), relativa al caso de la denuncia de una trabajadora ante la Inspección de Trabajo por irregularidades cometidas por su antigua empresa: “interpretados desde la óptica más favorables a la acusada, y partiendo de un eventual ánimo de comunicar a la autoridad laboral la infracción que entendía cometida, ha de entenderse desde luego atípica la mera denuncia o comunicación de los hechos, más no la entrega concreta de los documentos que tuvo conocimiento por razón de su relación laboral. Y ello en mayor medida en cuanto son gratuitos, es decir, van más allá de tal pretensión de acreditación del ilícito administrativo, que partiría de la distinción entre lo que es un letrado colaborador de un despacho, y lo que es una relación laboral, sino que suponen la transmisión de datos que no solo no justifican el ilícito que pretende, sino que revelan otros totalmente innecesarios a tal fin, especialmente las fotocopias del libro de facturas del año dos mil dos, en el que se revelan los cargos por trabajadores, préstamos, telecomunicaciones, bases de datos, revistas jurídicas, gastos de suministro, leasing...y un largo etcétera”.

Esta última circunstancia permite sostener que en el presente caso se produjo una conducta que tiene como objeto información *secreta* en el sentido en el que utiliza este adjetivo el art. 197 del Código Penal vigente. Ello por cuanto el médico no se limitó a apoderarse y revelar información acerca de las irregularidades en las que pudiera haber incurrido la clínica, sino que en la elaboración y posterior entrega de su *dossier* además *descubrió y reveló datos acerca de las pacientes, cuya expectativa de que no se divulgaría tal información debe considerarse legítima y*, al afectar al núcleo duro de su intimidad, merecedora de protección penal.

ii) En lo que respecta a la segunda cuestión planteada, en el presente caso el comportamiento del sujeto se consideró tanto por la Audiencia Provincial como por el Tribunal Supremo como constitutivo de un acto de apoderamiento y también de revelación. En cuanto a la primera conducta (*apoderamiento*), cabe cuestionar su aplicación a los hechos descritos por cuanto la información a la que accedió el sujeto era custodiada por su propia empresa y le fue transmitida por personas que tenían acceso legítimo a ella. Puede parecer dudoso que quien pertenece a una determinada organización cometa un acto típico de apoderamiento ilícito cuando accede a información que aquélla custodia –o le pertenece– que tiene a su libre alcance o que le es facilitada por otros empleados.

Sin embargo, en el presente caso resulta aplicable el art. 23.1 de la Ley 1/2003, de Derechos e Información del Paciente de la Comunidad Valenciana, citado por la Audiencia, que dispone que *“las historias clínicas son documentos confidenciales propiedad de la administración sanitaria o entidad titular del centro sanitario cuando el médico trabaje por cuenta ajena y bajo la dependencia de una institución sanitaria”*, a la vez que el art. 24.1, que autoriza a acceder a tales historiales sólo a *“profesionales asistenciales del centro implicados en el diagnóstico o el tratamiento del enfermo”*. Como acertadamente distingue el Tribunal Supremo en su sentencia, en el presente caso el médico acusado accedió a historiales de pacientes a las que había tratado, pero también a los de otras con las que no había tenido ninguna relación, concurriendo en tal supuesto una intromisión ilegítima en su intimidad que puede considerarse como un acto de *“apoderamiento de documentos personales”*. En el caso de los pacientes ajenos –o de otra información reservada de la empresa– el mero apoderamiento de la información ya fue típico, mientras que la eventual tipicidad respecto de los historiales propios depende de la realización de ulteriores actos de revelación.

Precisamente en lo que a la *revelación* respecta, ya sea en los términos del art. 197.4 o 199 CP, la cuestión que se plantea y que tiene especial trascendencia en los casos de denuncia de irregularidades *es si cabe apreciar tal conducta cuando la información se transmite a funcionarios o autoridades, como jueces, fiscales o policías, que tienen deberes de confidencialidad* con respecto a los datos que les son transmitidos. En tal sentido podría entenderse –partiendo de un concepto muy normativizado de revelación– que quien comunica una determinada información secreta a las autoridades competentes realiza una conducta, ya no justificada, sino radicalmente atípica, por no concurrir en tal conducta un acto que suponga revelación o difusión entendidas éstas como quebrantamiento del deber de guardar secreto, ya que la información se transmite a funcionarios o autoridades que, a su vez, tienen también deberes de confidencialidad.

Ante tal posibilidad interpretativa conviene matizar, sin embargo, que por más que la policía, fiscales o jueces –y también los abogados o procuradores que intervienen en un procedimiento penal– tengan deberes de reserva, la práctica demuestra con incontables ejemplos que *cuando una determinada información se aporta a un procedimiento judicial existe un riesgo claro de que ésta acabe trascendiendo en mayor o menor medida*. De hecho, aunque nadie revele ilegítimamente dicha información, la mera circunstancia de que ésta se aporte a un procedimiento en el que puedan estar comparecidas numerosas partes procesales con sus respectivos abogados y procuradores, además de los funcionarios judiciales, ya supone que un número importante de personas tendrá conocimiento de la información aportada, lo que en sí mismo ya supone un menoscabo de las legítimas expectativas de reserva que pudiera tener el afectado¹³.

En este último sentido debe entenderse que *la comunicación de información a estos funcionarios por parte de quien tiene deberes de confidencialidad no puede dejar de considerarse como acto de revelación*¹⁴: la muestra más evidente de ello es el hecho, en el presente caso, de que la denuncia presentada por el facultativo obligara a las pacientes a declarar ante un juez acerca de aspectos de su más estricta intimidad, que numerosos funcionarios y otros profesionales pudieran acceder a sus historias clínicas y que su intervención quirúrgica acabara siendo conocida por parte de terceras personas que inicialmente querían ser dejadas al margen de su conocimiento. Por otra parte, cabe añadir que los deberes de confidencialidad que puedan existir durante la fase de instrucción se desvanecen tan pronto como se alcanza el momento del juicio oral, un acto de naturaleza eminentemente pública.

En resumen: *debe coincidir tanto con la Audiencia Provincial como con el Tribunal Supremo en que el comportamiento llevado a cabo por el acusado en el caso estudiado merece la consideración de típico*, tanto en el apoderamiento de información de pacientes de otros médicos como en la entrega de la documentación a la Fiscalía y otros organismos públicos. Sentada esta premisa, procede analizar a continuación si, dadas las circunstancias del caso, cabe considerar dicho comportamiento como justificado.

5.2. Posible carácter justificado de los actos de revelación

Diversas son las causas de justificación cuya posible aplicación cabe plantearse en relación con el presente caso: algunas de ellas, como la legítima defensa o el cumplimiento de un deber, son mencionadas en las resoluciones comentadas; otras, como el estado de necesidad, no son objeto de mención directa pero, por las razones que se expondrán, pueden desempeñar un importante papel para abordar el tratamiento jurídico que merecen supuestos con una estructura similar a la del caso analizado.

a) Acerca de la legítima defensa

¹³ Aunque haciendo básicamente referencia al procedimiento civil, SUÑOL LUCEA, *El secreto empresarial. Un estudio del artículo 13 de la Ley de Competencia Desleal*, 2009, p. 218 y ss., alude también a la deficiente protección de los secretos de empresa en el proceso penal español.

¹⁴ Se coincide en este punto con la Sentencia de la Audiencia Provincial de Sevilla de 4 de febrero de 2009 (ponente Jiménez Mantecón), en la que se considera que existe un acto de difusión típica de unos documentos confidenciales obtenidos de manera ilícita aun cuando éstos “no salieron del ámbito judicial”.

La eventual aplicación al presente caso de la legítima defensa (art. 20.4 CP) como causa de justificación de la conducta del médico respecto de las pacientes –*legítima defensa de terceros*– debe ser descartada sin necesidad de una argumentación demasiado extensa. En efecto, parece claro que *no concurren en los hechos descritos algunos de los elementos básicos que exige la apreciación de esta causa de justificación*: así, no puede considerarse que la implantación de unas prótesis mamarias tiempo atrás sea una agresión ilegítima todavía *actual*, ni tampoco que la revelación de la información sea el medio racional más adecuado para repeler dicha agresión, bastando con pensar a tal efecto en que con tal fin el sujeto podía haber contactado simplemente con las pacientes y haber dejado en manos de estas últimas la decisión sobre si se consideraban o no perjudicadas y querían denunciar a la clínica.

Cuestión distinta es si puede aplicarse la legítima defensa en atención al hecho de que el acusado obtuviera la documentación citada con el ánimo de protegerse frente a posibles reclamaciones que contra su persona pudieran eventualmente dirigir algunas pacientes. Es decir, como *legítima defensa propia* y no de terceros, una tesis a la que en la sentencia del Tribunal Supremo se da cierta trascendencia –aunque sin conferirle finalmente efecto eximente– al señalar la Sala que situaciones como las descritas “participan también de la legítima defensa” o añadir que “el acusado actuó en defensa de su propio derecho al ejercicio de su profesión sin el temor de una responsabilidad exigible”. Sin embargo, con la vigente regulación española en tales casos parece muy complicado poder sostener que concurre esta eximente, entre otras razones porque *ni una futura e hipotética reclamación judicial basada en hechos reales puede ser considerada una agresión ilegítima, ni ésta puede todavía ser considerada actual*. En consecuencia, y aceptando que el sujeto obró en cierta manera con ánimo defensivo, parece que tal circunstancia deberá tratar de reconducirse hacia otras causas de justificación.

b) Posible aplicación del estado de necesidad justificante

En lo que respecta a la posible aplicación con efectos justificantes de la figura del *estado de necesidad* (art. 20.5 CP), cabe diferenciar, de entrada, entre *dos situaciones posibles*, en función de si se entiende que la actividad de la clínica consistente en implantar prótesis distintas de las comprometidas supuso: i) una conducta inocua e irrelevante penalmente y/o una conducta constitutiva de un delito patrimonial, concretamente una estafa; o ii) un comportamiento potencialmente peligroso para la salud de las pacientes¹⁵. Asimismo procede abordar aquí la cuestión antes apuntada de si cabe la justificación del apoderamiento de información para obtener pruebas con las que defenderse de posibles reclamaciones futuras.

i) El estado de necesidad justificante *en modo alguno podrá apreciarse en caso de que se considere que la implantación de prótesis distintas de las comprometidas fue una conducta inocua y penalmente irrelevante*

¹⁵ Como ya se ha expuesto *supra*, sobre este particular la sentencia del Tribunal Supremo es ciertamente ambigua, pues si bien no declara expresamente acreditada –en contra de lo declarado probado por la Audiencia en su resolución– la existencia de riesgo para la salud de las mujeres, en un pasaje un tanto oscuro afirma: “la Sala conoce la trascendencia de lo que constituye el sustrato del hecho probado. La alteración de la calidad de las prótesis objeto de los implantes que en su día pudieron parecer irrelevantes, hoy, transcurrido un tiempo, se han [sic] revelado como un importante problema sanitario”. No queda claro si el Tribunal se refiere al hecho más o menor notorio de los problemas de salud que han generado estos implantes en otros casos, o bien si sostiene la existencia de peligro en el caso concreto.

o, a lo sumo, constitutiva de un delito de estafa. En efecto, en ambos casos falta desde un buen principio la pendencia de un determinado mal para ciertos intereses que permita hablar de la concurrencia de una situación de necesidad: en el primero por razones evidentes y en el segundo porque, aunque se entendiera que las mujeres fueron estafadas cuando se les implantó una prótesis de peor calidad que la contratada, se trataría de un delito consumado y agotado en sus efectos patrimoniales, que en todo caso debería denunciarse (lo que, como se expondrá *infra* remitiría a la causa de justificación del cumplimiento de un deber), pero ya no podría impedirse mediante la realización de conducta típica alguna.

ii) Una situación distinta se presentaría en el caso de que pudiera entenderse que, a raíz de la implantación de las prótesis de baja calidad, *la salud de las mujeres quedó expuesta a una situación de riesgo para su salud. En tal hipótesis, no existe duda de que se cumplirían los requisitos esenciales de esta causa de justificación*, por tratarse de un mal futuro lo bastante grave como para justificar la actuación del facultativo de apoderarse de documentos con información íntima de las afectadas. Aun tratándose de un estado de necesidad agresivo, en el que las personas perjudicadas por la acción de salvaguarda no tendrían responsabilidad alguna en la creación de riesgo para el interés salvado, *se cumpliría la habitual exigencia de que en tales casos el interés que pretende protegerse prepondera esencialmente respecto del interés lesionado*¹⁶, por cuanto es evidente que la vida o la salud tienen un valor mucho mayor que la intimidad.

En todo caso, el requisito que podría plantear alguna duda para sostener la plena justificación sería la *necesidad del concreto medio empleado*, una exigencia que, aunque no aparece formulada explícitamente en la literalidad del art. 20.5 CP, se considera inherente a la presente causa de justificación por la doctrina y la jurisprudencia ampliamente mayoritarias¹⁷. Según suele afirmarse, *sólo cabe considerar justificado un determinado comportamiento típico por estado de necesidad si la lesión (típicamente relevante) de un determinado interés es la vía menos lesiva al alcance del sujeto para evitar la lesión del bien jurídico amenazado por un determinado mal*. O, dicho a la inversa, no puede considerarse justificada una conducta si con ella se causa un mal innecesario para salvaguardar un determinado bien jurídico en peligro. Así, en el presente caso cabría sostener que el acusado podría haber recurrido a medios de evitación de posibles males futuros en la salud de las pacientes que no pasaban necesariamente por la revelación no consentida de información íntima, como, por ejemplo, la comunicación de lo sucedido a las propias afectadas para que fueran éstas quienes decidieran cómo proceder. En la valoración de tal elemento habría que ponderar, en todo caso, la viabilidad de dichas denuncias individualizadas en función del número de afectadas, la disponibilidad de la información de contacto por parte del acusado etc.;

¹⁶ Cfr. JAKOBS, PG, 2ª ed., 1995, p. 520, quien señala que en los casos de estado de necesidad agresivo el interés salvaguardado debe preponderar esencialmente sobre el menoscabado, mientras que en los supuestos de estado de necesidad defensivo esta proporción se invierte. Cfr. igualmente las consideraciones de STRATENWERTH, PG, t. I, 2005, p. 212; ERB, MüKo, 2003, § 34, nm. 145; NEUMANN, NK, 2005, § 34, nm. 58 y ss.; y GARCÍA CAVERO, PG, 2ª ed., 2012, p. 595.

¹⁷ Sobre esta exigencia en Derecho alemán cfr. ROXIN, AT, t. I, 4ª ed., 2006, § 16, nm. 23 y ss.: “el medio empleado para hacer frente al peligro ha de ser adecuado y el más benigno entre los diversos medios que pueda haber disponibles, es decir, el menos lesivo para bienes jurídicos ajenos (...) es necesaria toda acción en estado de necesidad que no pueda ser sustituida por una menos dañosa”. Por su parte JAKOBS, PG, 2ª ed., 1995, p. 503, señala que “la intervención debe ser, además, el medio más leve para eliminar el daño”. Cfr. igualmente ERB, MüKo, 2003, § 34, nm. 91 y ss.; y BALDÓ LAVILLA, Estado de necesidad y legítima defensa, 1994, p. 151 y ss.

y, en última instancia, dicha causa de justificación siempre podría haberse apreciado como eximente incompleta.

En resumen: *el estado de necesidad justificante podría haberse apreciado –ya sea como eximente completa o incompleta– en el caso de que la implantación de las prótesis hubiera generado un riesgo para la salud de las pacientes.* Por el contrario, no procede aplicar dicha causa de justificación en caso de considerarse que la actividad de la clínica sólo resultó perjudicial para el patrimonio de las afectadas. Dado que la Audiencia Provincial no consideró probada la concurrencia del primer peligro resulta coherente su decisión de no apreciar la presente eximente.

En relación con el estado de necesidad, finalmente, queda analizar la *posibilidad de aplicar esta causa de justificación a propósito de las circunstancias –ya expuesta supra– de que el médico se apoderase de diversa información para defenderse ante futuras reclamaciones* tanto de la clínica como de las pacientes. En el caso de las pacientes la vulneración de su intimidad –en tanto que actuación realizada en estado de necesidad agresivo– difícilmente podría superar el filtro de la proporcionalidad, pues la pretensión de proteger los propios intereses –patrimoniales o profesionales– no puede justificar tamaña vulneración de la intimidad. Además, una eventual reclamación por parte de las perjudicadas sería una conducta plenamente lícita, que excluye cualquier posibilidad de reacción justificada.

Cuestión distinta, en cambio, es la posibilidad de considerar justificada la conducta de apoderamiento respecto de documentación de la propia empresa para protegerse ante posibles reclamaciones futuras de ésta. En caso de que dichas reclamaciones carecieran de fundamento –y, en consecuencia, pudieran considerarse como un auténtico “mal” por parte de quien las padece– cabría apreciar un estado de necesidad defensivo, unos supuestos para cuya justificación la doctrina entiende que basta *con que no exista una excesiva desproporción* entre mal causado y evitado¹⁸.

En el presente supuesto, a la voluntad del sujeto de salvaguardar sus intereses profesionales y patrimoniales ante una posible demanda futura se uniría el interés colectivo en la justicia y corrección de las sentencias judiciales, lo que podría justificar la conducta –típica de acuerdo con el art. 197 CP– de hacer acopio de documentación vulneradora de la “intimidad” de la empresa. Ciertamente, a tal conclusión cabe replicarle que procesalmente existen vías lícitas para la obtención de información que permiten cuestionar la necesidad del concreto medio empleado; sin embargo, el tiempo que necesariamente deberá transcurrir si se opta por esta vía y el hecho de que el titular de los documentos sea puesto sobre aviso comporta un evidente riesgo de desaparición de pruebas, lo que invita a considerar justificados ciertos actos de apoderamiento típico, especialmente cuando las pruebas consisten en documentos a los que sólo se podrá acceder a través del sujeto que puede verse perjudicado mediante su entrega.

Otra posible vía a explorar en este contexto sería la del *ejercicio legítimo del derecho de defensa* (art. 20.7 en relación con art. 24 CE)¹⁹, que habilitaría al sujeto a hacerse con aquellas pruebas que en el

¹⁸ Cfr. *supra* nota 17.

¹⁹ Vía empleada en la Sentencia de la Audiencia Provincial de Ciudad Real de 28 de abril de 2005 (ponente Astray Chacón) en el caso de un sujeto que empleó documentación médica a la que había accedido ilegítimamente para defenderse de una reclamación civil injustificada en un procedimiento penal por lesiones. Con todo, en un pasaje

futuro podrían servirle para una defensa procesal efectiva. No en vano, y aunque no se haya invocado expresamente esta eximente en el supuesto analizado, en los casos ciertamente análogos de trabajadores en vías de ser despedidos de modo improcedente existen diversos precedentes en los que los tribunales no han conferido relevancia penal a los comportamientos (penalmente relevantes desde el punto de vista del art. 197 CP) consistentes en hacer acopio de pruebas para fundamentar una futura demanda laboral contra la empresa²⁰, siempre que dicha documentación no fuera innecesaria para la prueba de la improcedencia del despido²¹. Sin embargo, el hecho de que los límites a dicha causa de justificación –entre los que obviamente se encuentra la intimidad ajena– no se hallen en absoluto precisados en el Código ni en la jurisprudencia, obliga a reproducir las ponderaciones ya expuestas realizadas a propósito del estado de necesidad.

c) Cumplimiento de un deber

En el caso de que se entienda que la actividad realizada por la clínica sólo puede ser considerada un fraude patrimonial, cabe plantear la aplicación a los hechos de la eximente de cumplimiento de un deber y, más concretamente, del deber de denuncia previsto en la Ley de Enjuiciamiento Criminal española. Así, el art. 259 LECrim dispone que *“el que presenciare la perpetración de cualquier delito público está obligado a ponerlo inmediatamente en conocimiento del Juez de instrucción, de Paz, Comarcal o Municipal, o Funcionario fiscal más próximo al sitio en que se hallare, bajo la multa de 25 a 250 pesetas”*²². Esta previsión, pensada para los testigos directos del hecho, se complementa con el art. 264 LECrim, que dispone, sin asignación de sanción alguna, que *“el que por cualquier medio diferente de los mencionados tuviere conocimiento de la perpetración de algún delito de los que deben*

de la sentencia el Tribunal parece subjetivizar las razones de la exención, afirmando que *“la Juzgadora fundamenta se estime como atenuante cualificada, al entender que el acusado pudo por otros medios defenderse de dicha acusación, solicitando al Juzgado la Historia Clínica, pero no es menos cierto que el modo de articular adecuadamente su defensa y el uso de los medios de prueba válidos en derecho quedan de alguna manera al asesoramiento de su letrado, quien reconoció en el acto del Juicio que no preguntó por el origen y determinó su presentación ante las graves acusaciones que existían frente a su cliente. Por ello, estima la Sala, que no cabe exigir otro actuar a la persona lega que pretende defenderse frente al agravamiento por el denunciante de las dolencias causadas por las lesiones, por lo que ha de estimarse la eximente en el grado de completa”*.

²⁰ Así, por ejemplo, en el Auto de la Audiencia Provincial de Madrid (ponente Hervás Ortiz) de 18 de junio de 2012, se decidió archivar el procedimiento por posible delito de descubrimiento y revelación de secretos seguido contra el empleado que hizo acopio de documentación reservada –como mensajes de correo electrónico– para defenderse en un pleito laboral. Sin embargo, la razón aducida por la Sala para negar la relevancia penal del hecho no se enmarca en el ámbito de la antijuricidad, sino más bien de la tipicidad, al afirmar, como argumento determinante a favor del sobreseimiento, que *“la aportación por el hoy imputado, en el limitado ámbito de un proceso laboral y con la finalidad de defender y probar derechos laborales propios, de esa documentación –en la que constaban determinados datos personales de otros trabajadores de la empresa y cuyos datos ya eran conocidos con anterioridad tanto por el imputado, como consecuencia de su relación laboral, como por la mercantil hoy apelante, al tratarse de trabajadores que en ella prestaban servicios o con los que se relacionaba– no puede entenderse que sea conducta que colme las exigencias típicas, tanto objetivas como subjetivas, de los delitos de revelación de secretos”*. El hecho de que el Tribunal tenga que aludir a *“la finalidad de defender y probar derechos laborales propios”* demuestra que, como aquí se entiende, seguramente el ámbito más adecuado para tratar estas cuestiones habría sido la justificación y no el tipo subjetivo.

²¹ Así, en la Sentencia de la Audiencia Provincial de Sevilla de 4 de febrero de 2009 (ponente Jiménez Mantecón) se condena a una empleada por haberse apoderado para interponer una demanda por despido improcedente, que prosperó, de información *“absolutamente innecesaria”* relativa a aspectos privados de la vida del administrador.

²² El texto del precepto coincide prácticamente con el inicial de 1882. En 1955 se incrementó la multa, que inicialmente era de 5 a 50 pesetas. Según HERNÁNDEZ HERNÁNDEZ, Comentario al Libro II de la Ley de Enjuiciamiento Criminal en CONDE-PUMPIDO FERREIRO (dir.), *Enjuiciamiento Criminal. Ley y legislación complementaria*, t. I, 1998, p. 1076, la sanción prevista en el art. 259 LECrim tiene la naturaleza de corrección disciplinaria aun cuando el texto del precepto no lo diga expresamente.

perseguirse de oficio, deberá denunciarlo al Ministerio fiscal, al Tribunal competente o al Juez de instrucción o municipal, o funcionario de policía, sin que se entienda obligado por esto a probar los hechos denunciados ni a formalizar querrela". Por fin, el art. 262 LECrim establece que *"los que por razón de sus cargos, profesiones u oficios tuvieren noticia de algún delito público, estarán obligados a denunciarlo inmediatamente al Ministerio fiscal, al Tribunal competente, al Juez de instrucción y, en su defecto, al municipal o al funcionario de policía más próximo al sitio, si se tratare de un delito flagrante"*, añadiendo que *"los que no cumpliesen esta obligación incurrirán en la multa señalada en el artículo 259, que se impondrá disciplinariamente"*²³.

A diferencia de la regulación, bastante pormenorizada, que se dispensa al estado de necesidad, el Código Penal español se limita a proclamar en su art. 20.7, sin ofrecer más detalles, el carácter eximente de obrar *"en cumplimiento de un deber"*, lo que obliga al intérprete a acudir a la doctrina y a la jurisprudencia para precisar el alcance de esta causa de justificación. En lo que respecta a la jurisprudencia española sobre la materia conviene advertir, de entrada, cómo la interpretación de esta eximente está fuertemente condicionada por el hecho de que *en la práctica la inmensa mayoría de los casos en los que se pretende su aplicación sean supuestos de uso de la fuerza física por parte de agentes de policía*, lo que tiene como consecuencia el que los tribunales –entre ellos la Sala Segunda del Tribunal Supremo– exijan para su apreciación la concurrencia de determinados requisitos (como la condición de funcionario en el ejercicio de sus funciones del sujeto activo) o establezcan exigencias (como el hecho de que la conducta típica realizada siempre entrañe uso de la violencia) que en modo alguno se desprenden del escueto tenor literal del art. 20.7 CP²⁴.

Ello obliga a extraer los requisitos genéricos de esta causa de justificación tratando de eliminar de la doctrina judicial aquello que pertenece a las circunstancias accidentales de los casos concretos resueltos, con el objetivo de determinar el alcance justificante en general de esta eximente y abarcar otros deberes jurídicos²⁵. Esta labor permite determinar como *exigencias generales para esta causa de justificación* las siguientes: 1) Que el sujeto esté, en virtud de su cargo o condición, *obligado jurídicamente a comportarse* de una determinada manera; 2) Que dicha actuación –típica y, por tanto, lesiva para un determinado bien jurídico– sea el *único recurso al alcance del sujeto* para cumplir con su obligación y que se lleve a cabo de la *manera menos lesiva* posible; 3) Que *no exista una gran desproporción* entre los objetivos que se pretenden con el cumplimiento de la obligación y el daño que se causa para su cumplimiento. Adicionalmente, algunos Tribunales añaden la

²³ Sobre el deber de denuncia derivado de los deberes profesionales cfr. TORRES ROSELL, *La denuncia en el proceso penal*, 1991, p. 73.

²⁴ Y, sin embargo, como señala CEREZO MIR, *PG*, t. III, 2ª ed., 1998, p. 63, "los supuestos comprendidos en esta causa de justificación son innumerables, pues el cumplimiento de cualquier deber jurídico o el ejercicio legítimo de cualquier derecho, dimanantes de los preceptos de cualquier sector del ordenamiento jurídico pueden dar lugar a su aplicación".

²⁵ En relación con esta cuestión MIR PUIG, *PG*, 9ª ed., 2011, p. 491, duda de la existencia de deberes justificantes que no emanen de un cargo y, específicamente, cuestiona que el cumplimiento del deber de denuncia pueda eliminar la antijuricidad. Sin embargo, tal afirmación parece sostenerse en el hecho de que, según el propio autor, la invocación del eventual carácter justificante de tal deber sólo tiene sentido en el caso de conductas típicas de injurias, pero sin tenerse en cuenta su posible invocación en casos de revelación de información respecto de la que existen expectativas de reserva respaldadas penalmente. En cambio, LUZÓN PEÑA, *PG*, 2ª ed., 2012, p. 475, admite la existencia de deberes justificantes referidos a cargos, pero también a "ciudadanos o particulares".

exigencia de un (discutible) elemento subjetivo, consistente en que el sujeto obre de buena fe y no impulsado por móviles como la venganza²⁶.

El requisito de la desproporción no parece que deba interpretarse en los mismos términos en los que suele concebirse la exigencia de proporcionalidad en el estado de necesidad justificante: de otro modo, por ejemplo, aquellos casos en los que la policía se ve obligada a utilizar un grado moderado de fuerza física para garantizar el cumplimiento de la legalidad no podrían quedar nunca justificados, al resultar difícil sostener que ciertos menoscabos de un bien personalísimo como la integridad física no son un mal mayor que una afectación a menudo difusa a bienes jurídicos colectivos tales como el orden público. En el cumplimiento de un deber se trata, más bien, de evitar situaciones de grave desproporción en las que es preferible la perturbación del orden público que la lesión del bien jurídico personal, lo que seguramente se explica porque en la ponderación de los intereses en conflicto haya que añadir, del lado de la balanza del bien que trata de preservarse, el evidente interés público en que se cumpla aquello que la ley dispone²⁷.

Todos estos requisitos parecen concurrir, en principio, en aquellos casos en los que un sujeto vulnera su deber (jurídico-penal) de confidencialidad para cumplir con su obligación legal de denunciar ante las autoridades hechos delictivos de los que haya tenido conocimiento aun cuando éstos ya hayan finalizado. Ello permite considerar justificadas conductas que es dudoso que quedasen abarcadas por el estado de necesidad justificante pues, como afirma MIR PUIG, cuando el cumplimiento de un deber recae sobre un infractor del Derecho su ejercicio permite, si es necesario, lesionar intereses de aquél en sí más importantes que los que se defiendan, “porque además está en juego la afirmación del Derecho por encima de lo injusto”²⁸.

Sólo en los casos de *extrema desproporción* podría negarse la justificación de la conducta de denunciar²⁹. Tal situación se daría en aquellos supuestos, ciertamente poco frecuentes, en los que *la denuncia de un hecho ya finalizado y sin riesgo de reiteración supusiera la lesión o puesta en peligro de bienes jurídicos personales de primer orden*, como la vida o la integridad física. Tal sería el caso, por citar un ejemplo, en que el acto de denuncia se realizara de tal modo que con él se hiciera pública la identidad de personas amenazadas por organizaciones criminales poniendo en grave riesgo su

²⁶ Así la ya citada *supra* Sentencia de la Audiencia Provincial de Ciudad Real de 8 de marzo de 2012 (ponente Astray Chacón) en la que se afirma que “el principio de buena fe y lealtad que ha de presidir las relaciones laborales no alcanza al deber de silencio ante irregularidades, máxime si constituyen ilícitos penales, pero también predicable de las irregularidades laborales que pudieran cometerse en la empresa. Pero igualmente la buena fe implica que para que dicha exención pueda entenderse concurrente el ánimo que ha de guiar al denunciante ha de ser justamente la denuncia de la irregularidad que entiende que sea cometida, y que al menos subjetivamente se entienda real, aunque luego se acreditase no concurriera, pero no ampara las denuncias que con conocimiento de su ausencia de irregularidad, o con los suficientes datos que inferirían no se podía ignorar su licitud, se producen por otros móviles bien diferentes, como la venganza o represalia tras un despido o una denuncia”.

²⁷ En tal sentido conviene tener presente lo que indica ROXIN, *AT*, t. 1, 4ª ed., 2006, § 16, nm. 27 y ss., cuando afirma que, a los efectos de justificar una conducta, no basta con ponderar los concretos bienes afectados, sino que se tiene que proceder a una ponderación de intereses más amplia.

²⁸ MIR PUIG, *PG*, 9ª ed., 2011, p. 494 (cursiva en el original). Señala este mismo autor (ibídem, p. 459), que “en los casos de ejercicio de un deber se permite ir más allá del estado de necesidad –no hace falta respetar el límite exacto de que el mal causa no sea mayor que el que se trata de evitar-, pero sin que pueda desaparecer la proporcionalidad”.

²⁹ Como afirma MIR PUIG, *PG*, 9ª ed., 2011, p. 494, deben quedar fuera del radio de acción de la eximente “las lesiones claramente desproporcionadas atendida incluso esta función de tutela del orden jurídico”.

vida, una situación que en todo caso es difícil que se plantee si el sujeto presenta la denuncia ante las autoridades, como le exige la propia causa de justificación.

En este último sentido, conviene tener presente que, aunque esta causa de justificación pueda aplicarse a algunas situaciones que no quedan plenamente abarcadas por el estado de necesidad justificante, *su alcance está fuertemente limitado por los propios preceptos que establecen la existencia del deber mismo*. Así, debe recordarse, la obligación de denunciar sólo alcanza en España a delitos públicos (art. 259 LECrim) o, en otras palabras, infracciones penales que deben perseguirse de oficio (art. 264 LECrim), quedando al margen del deber jurídico tanto los llamados delitos semipúblicos –en los que es necesaria la denuncia del agraviado– como las infracciones administrativas. Además, es necesario que dicho deber se cumpla –según los preceptos de la Ley de Enjuiciamiento Criminal– comunicando los hechos a determinadas autoridades, de tal modo que quedan por completo fuera del radio de acción del art. 20.7 CP los casos de revelación a los medios de comunicación o a personas que no sean aquellos funcionarios o autoridades que tienen el específico deber de promover la persecución de los delitos. Por último, es necesario también –en los mismos términos que en el estado de necesidad justificante– que se respeten las exigencias propias de la necesidad del medio empleado, en particular, que no se revele información respecto de la cual exista una expectativa legítima de reserva y cuya exposición sea innecesaria para hacer llegar la *notitia criminis* a las autoridades.

La mayoría de estos requisitos parecen concurrir en el presente caso, al haberse denunciado ante la Fiscalía a resultas de hechos conocidos en el ejercicio de la profesión (art. 262 LECrim), ser la estafa un delito público y no haberse causado un resultado desproporcionadamente lesivo con la realización de la conducta debida. En tal sentido conviene tener en cuenta que, además de satisfacer el interés público en el descubrimiento y sanción de los delitos, con el acto de denuncia el acusado otorgó a las víctimas la posibilidad de verse resarcidas por el daño patrimonial que se les había causado con lo que parecía a todas luces una estafa. El hecho de que finalmente se entendiera que no concurría delito alguno y se archivaran las diligencias no obsta a considerar que *ex ante* el acusado –como también la Fiscalía– tuviera sólidos motivos para entender que se había cometido un delito patrimonial perseguible de oficio.

Sin embargo, el principal punto problemático para la justificación plena del presente caso viene dado por el hecho, recogido en las sentencias ya descritas, de que el acusado no solamente se limitara a denunciar lo que conocía, *sino que iniciara una auténtica investigación por su propia cuenta haciendo acopio de numerosa documentación de clientes del centro médico que ni tan siquiera habían sido atendidas por él*. En tal sentido, cabe recordar que, como se ha expuesto, la Ley de Enjuiciamiento Criminal impone la obligación de informar a las autoridades de aquello que el sujeto denunciante conoce, pero *no parece que imponga el deber de realizar activamente una investigación*, ni tampoco de recopilar material probatorio³⁰. De hecho, los preceptos reproducidos *supra* no sólo no imponen de modo explícito la obligación al denunciante de aportar las pruebas que pueda tener del hecho

³⁰ En tal sentido afirma ROMEO CASABONA, *Los delitos de descubrimiento y revelación de secretos*, 2004, pp. 133-134, que el deber de denuncia no abarca las vulneraciones de secretos que el denunciante pueda llevar a cabo en la búsqueda de pruebas del hecho denunciado, al no ser su obligación la de investigar, sino simplemente de poner en conocimiento de las autoridades aquello que conoce.

del que informa, sino que el art. 264 LECrim establece expresamente que el sujeto denunciante no tiene ninguna obligación de probar aquello que denuncia.

¿Cabe entender entonces que el sujeto que vulnera la intimidad ajena en busca de pruebas de un delito no puede en ningún caso esgrimir en su descargo el haber obrado en cumplimiento de su deber de denuncia? Desde luego una interpretación meramente gramatical de los preceptos en cuestión parece llevar a sostener que en tales casos existe un claro exceso que impide la justificación completa del hecho, en la medida en que el sujeto lesiona un interés legítimo -la intimidad de las pacientes- sin que tal lesión le venga impuesta por el cumplimiento de los deberes previstos en la Ley de Enjuiciamiento Criminal, que, como se ha expuesto, *sólo le obligan a informar de aquello que conoce y reservan los deberes de investigación para los funcionarios competentes*. Si el deber de denuncia de los particulares se interpreta simplemente como un mero deber de comunicación de aquella información con la que se cuenta es evidente que cualquier acto de investigación resulta innecesario para cumplir tal obligación y, en consecuencia, debe quedar fuera del alcance de la causa de justificación plena.

Ciertamente pueden existir situaciones en las que *efectuar una denuncia sin un previo aseguramiento de las pruebas que la avalen entrañe diversos peligros*: por un lado, riesgo de que el sujeto denunciado, conociendo su condición de tal, haga desaparecer dichas pruebas frustrando el interés de la Administración de Justicia en sancionar el hecho y el de las víctimas en verse resarcidas; y, por otro, la posibilidad de que la denuncia acabe volviéndose en contra del denunciante en forma de imputación de un delito de acusación y denuncia falsa. ¿Tiene sentido imponer a alguien el deber de denunciar sin permitirle adoptar cautelas elementales que garanticen el éxito de la propia denuncia y que le protejan de posibles consecuencias negativas del cumplimiento de su obligación? A tal pregunta, que supone trasladar de nuevo la cuestión hacia el terreno de ponderaciones propias del estado de necesidad, cabe responder negativamente si, realizando la oportuna ponderación, se entiende que los males que se conjuran permitiendo la obtención y el aseguramiento de las pruebas en modo alguno compensan el daño ocasionado a la intimidad de las víctimas.

Sin embargo, con tal conclusión se estaría pasando por alto un dato importante: desde el mismo momento en que, en casos como el presente, el ordenamiento impone al sujeto el deber de denuncia *la afectación a la intimidad de las víctimas es algo ya inevitable si, como cabe esperar, los funcionarios competentes cumplen de manera diligente con sus deberes de investigación*. En efecto, en caso de presentación de denuncia lo procedente, y al mismo tiempo lo más previsible, en el supuesto analizado habría sido que la autoridad judicial o sus agentes recabaran del centro médico los historiales y éstos acabarían incorporados igualmente a la causa judicial, siendo el efecto sobre la intimidad de las pacientes el mismo que en el caso de aportación por el propio denunciante. En consecuencia, no se trata de ponderar la intimidad lesionada con los restantes intereses jurídicos en liza, sino de plantearse si, *una vez que el cumplimiento del deber de denuncia va a comportar necesariamente un sacrificio de la intimidad, cabe facultar al denunciante para que actúe de tal manera que se minimicen los riesgos que una denuncia poco fundada puede tener para las víctimas, para él mismo o para la Administración de Justicia*.

Ello podría llevar a sostener que el carácter justificante del cumplimiento de un deber de denuncia debe mantenerse respecto de aquellas conductas de obtención de pruebas que comporten la vulneración de deberes de confidencialidad pero con las que, en primer lugar, se pretenda conferir verosimilitud a la denuncia y, además, se busque asegurar dichas pruebas frente a posibles riesgos de desaparición o destrucción. En otras palabras: aquellas acciones con las que pretenda asegurarse el éxito de la denuncia que el sujeto está obligado a presentar. Sin embargo, en la correspondiente ponderación los riesgos de semejante conclusión no pueden pasarse por alto, pues con ella *se estaría facultando a los particulares para entrometerse en la libertad ajena con la simple apreciación de un cierto riesgo genérico de destrucción o manipulación de pruebas*. Partiendo de tal premisa, habría que aceptar, por ejemplo, que sin autorización judicial alguna cualquier ciudadano pudiera irrumpir en un domicilio ajeno o entrar en un ordenador de otra persona siempre que se constatará un riesgo más o menos abstracto de desaparición de las posibles pruebas de un delito.

En el caso de pruebas de delitos graves cabría plantearse si tal actuación podría llegar a justificarse en estado de necesidad si no fuera porque el ordenamiento jurídico ya cuenta con medios expresamente previstos para alcanzar el mismo efecto que se pretende, es decir, asegurar las pruebas minimizando el riesgo de destrucción³¹. Así, la denuncia del facultativo ante las autoridades debería haber llevado, previsiblemente, a acordar la entrada y registro en la clínica previa declaración como secretas de las actuaciones a fin de conjurar el riesgo de destrucción o manipulación de pruebas. *Estando prevista esta vía perfectamente lícita y en principio igualmente efectiva, de ninguna manera puede considerarse justificada la actuación de quien decide por su propia cuenta y riesgo entrometerse en el núcleo duro de la intimidad ajena* aun cuando actúe con la voluntad de colaborar con las autoridades³². Tal vez cabría plantease una solución distinta si el sujeto intentara presentar una primera denuncia y no fuera creído por los agentes de la autoridad, pero este no es el supuesto que aquí se está analizando. Desde luego, el vigente ordenamiento prevé ciertos supuestos en los que los particulares pueden asumir funciones cuasipoliciales como, por ejemplo, cuando se trata de practicar una detención. Sin embargo, tales habilitaciones resultan tan sumamente excepcionales que parecen requerir una previsión legal expresa y una urgencia en la actuación que no existe en relación con las lesiones de la intimidad ajena.

Lo anterior *no significa, sin embargo, que en el presente caso no existan numerosas circunstancias a favor del acusado* que permitan sostener que su conducta se encuentra muy cercana a la plena justificación. Así, el hecho de que con su tarea de recopilación de pruebas el médico hiciera más verosímil su denuncia y minimizara posibles riesgos de destrucción que pudieran frustrar las

³¹ Al respecto cfr., con las referencias adicionales oportunas, las consideraciones de TOMÁS-VALIENTE LANUZA, *El efecto oclusivo entre causas de justificación*, 2009, pp. 30-31, cuando señala que es doctrina mayoritaria la que entiende que “la existencia de una norma procesal o administrativa específicamente dedicada a regular la actuación estatal en cuestión muestra que el legislador ya se ha planteado el conflicto de intereses subyacente al supuesto (así, por ejemplo, ya ha sopesado los derechos del investigado o detenido frente al interés estatal en el progreso de una investigación) y le ha otorgado una determinada respuesta”.

³² Ciertamente autores como ROXIN, *AT*, t. I, 4ª ed., 2006, § 16, nm. 46, admiten que el principio de que los conflictos de intereses resueltos de manera específica por el legislador no deber remitirse a las causas de justificación genéricas puede encontrar excepciones cuando concurre un peligro “exorbitante y atípico que no se ha tenido en cuenta en la ponderación de la regulación legal especial”. Sin embargo, no parece que tamaño riesgo concurra en el presente caso.

expectativas de resarcimiento de las víctimas o le pusieran a él mismo en el trance de ser denunciado por acusación y denuncia falsa son elementos a ponderar junto con la circunstancia de que, aun cuando el acusado hubiera seguido el cauce judicial previsto legalmente, muy probablemente la intimidación de las víctimas habría acabado viéndose afectada en los mismos términos pues sus historiales habrían acabado incorporados de todos modos a un procedimiento judicial. Tales circunstancias *debían haber dado lugar, sin duda alguna, a que se apreciara en beneficio del acusado una eximente incompleta en relación con el cumplimiento de un deber y/o el estado de necesidad justificante*. La ausencia de tan sensible atenuación tanto en la sentencia de la Audiencia Provincial como del Tribunal Supremo es, claramente, el aspecto más cuestionable de ambas resoluciones, especialmente si se tiene en cuenta que, acertadamente, el segundo pronunciamiento justifica la moderación del *quantum* de la responsabilidad civil aludiendo a que los hechos participaban “de manera no tangencial” de la concurrencia de dicha eximente.

5.3. Acerca del error de prohibición

Por las razones que acaban de exponerse debe coincidir con las sentencias analizadas en que el comportamiento del acusado no puede considerarse plenamente ajustado a Derecho, por lo que tiene pleno sentido plantearse la posible concurrencia de un error de prohibición que excluya la culpabilidad. La complejidad jurídica que ofrece el presente caso y el hecho de que el acusado no fuera jurista hacen creíble la alegación de que pudiera haber errado acerca de la licitud de su conducta. En tal sentido, conviene recordar –por más que alguna jurisprudencia tanto del Tribunal Supremo como del Constitucional se manifieste en sentido contrario– que en el sistema procesal español no debe ser al acusado a quien incumbe la carga de la prueba del error de prohibición, sino a lo sumo la carga de su alegación y aportación de algunos indicios que la hagan verosímil. Así, mientras para lograr la condena la acusación debe convencer al juez de que el sujeto obró con conocimiento de la antijuricidad, para alcanzar la absolución le debería bastar a la defensa con hacer dudar al órgano enjuiciador acerca de tal circunstancia³³.

En el presente caso se advierte un dato fáctico que plantea algunas dudas en relación con la posibilidad de apreciar el error de prohibición en el acto de apoderamiento inicial de información. Así, y según consta en la sentencia de la Audiencia Provincial, en la fase de obtención de la información, previa a la negociación con la empresa, el acusado no contaba con ningún tipo de asesoramiento legal, que no recabó hasta más adelante cuando, ante la imposibilidad de llegar a un acuerdo con la empresa, se planteó la posibilidad de denunciar. El hecho de que la confidencialidad de los historiales médicos forme parte de los conocimientos legales básicos de cualquier médico, unido a la circunstancia de que en un momento posterior el acusado sí considerase necesario recabar asesoramiento legal, invitan a pensar que en este momento previo el acusado pudiera haber obrado con conocimiento de la posibilidad de estar vulnerando algún tipo de prohibición, si bien es cierto que, por otra parte, no existen indicios

³³ Acerca de esta cuestión cfr. CUERDA RIEZU, «La prueba de las eximentes en el proceso penal ¿obligación de la defensa o de la acusación?», *InDret*, (2), 2014, pássim, quien alude (p. 12) al voto particular formulado por tres magistrados a la STC 169/2004, de 6 de octubre, afirmando que “es la culpabilidad la que debe demostrarse, no la inocencia y, mientras no se haga, al acusado se le presume inocente, correspondiendo a la acusación la carga constitucional de aportar pruebas de la culpabilidad del imputado y bastándole al juzgador para absolver con dudar razonablemente sobre la suficiencia de la prueba de cargo para la condena”.

claros que permitan sostener que dicho acusado no se representara –dadas las circunstancias excepcionales concurrentes– que su conducta podía estar justificada por la existencia de un deber de denuncia. Una situación de duda que, habiendo sido alegada por la defensa, parece razonable resolver en beneficio del acusado al no constar que las acusaciones hubieran aportado prueba suficiente que desvirtúe tal alegación.

Aceptada la situación de error, *resulta en cambio más dudosa la cuestión de su vencibilidad*. Parece claramente que el error debería considerarse invencible si la conducta de revelación hubiera sido llevada a cabo –como sostiene la Audiencia Provincial de Valencia– existiendo la previa garantía por parte de representantes del Ministerio Fiscal de que dicho comportamiento era plenamente legal; y otro tanto cabría afirmar –aunque tal extremo no queda claro en la sentencia– si los actos de apoderamiento de información hubieran sido llevados a cabo a instancias de la Fiscalía. Por el contrario, la tesis de la vencibilidad parece imponerse si los primeros actos de apoderamiento se hubieran llevado a cabo sin previa consulta: en tal caso, cabría haber exigido al acusado, *antes de realizar una conducta con riesgos jurídicos evidentes, el asesoramiento que, en cambio, sí recabó en el momento de proceder a la revelación*. En este sentido la conclusión alcanzada por la Audiencia Provincial resulta analíticamente mucho más precisa que la decisión del Tribunal Supremo de tratar el conjunto de actividades realizado por el sujeto –tanto actos de descubrimiento como de revelación– como una sola unidad. Por otra parte, la conclusión del Tribunal Supremo parece contradecir su propia jurisprudencia, mucho más exigente por lo general cuando se trata de reconocer la invencibilidad de estos errores cuando, más allá de casos excepcionales de socialización exótica, el sujeto actúa sin recabar asesoramiento legal alguno pese a moverse en ámbitos fuertemente regulados³⁴.

6. Conclusiones

1.^a El deber de denuncia previsto en la Ley de Enjuiciamiento Criminal no faculta a los ciudadanos a realizar investigaciones que entrañen una vulneración grave de la intimidad de otras personas. Por ello, en el supuesto analizado debe coincidir tanto con la Audiencia Provincial como con el Tribunal Supremo en que la conducta del médico acusado fue antijurídica.

2.^a Sin embargo, ambas resoluciones pasan por alto el contexto y las circunstancias cuasi justificantes que concurren en los hechos estudiados y, que, en buena lógica, deberían haber llevado a apreciar en beneficio del acusado una eximente incompleta de cumplimiento de un deber y/o estado de necesidad con un importante efecto atenuatorio.

³⁴ Cfr. entre otras la STS de 28 de febrero de 1992 (ponente Bacigalupo Zapater), en la que se niega la invencibilidad en un caso en el que “nada impidió al autor informarse en fuentes confiables de conocimiento jurídico (p. ej. pudo, antes de actuar, consultar a un abogado, a los funcionarios que trabaron el embargo, etc.)”. La STS 1077/1996, de 26 de diciembre (ponente Bacigalupo Zapater) en la que se añade que “La doctrina discrepa sobre los criterios que son aplicables a estos efectos, pero en términos generales se puede considerar que la opinión dominante aprecia la existencia de tales razones cuando el autor ha tenido alguna duda sobre la antijuridicidad y, cuando no la ha tenido, siempre que desarrolle su actividad en un ámbito en el que sabe de la existencia de regulaciones jurídicas específicas o cuando es consciente de que su conducta produce daños a la generalidad o individuos”. Cfr. igualmente la STS de 20 de enero de 1992 (ponente De Vega Ruiz). Sobre la vencibilidad del error en el caso de sujetos que ejercen roles profesionales específicos cfr. CÓRDOBA, *La evitabilidad del error de prohibición*, 2012, esp. p. 352.

3.^a No puede compartirse la conclusión del Tribunal Supremo acerca de la existencia de un error de prohibición invencible en la actuación del acusado, por cuanto cabe exigirle a cualquier médico –perfecto conocedor del carácter altamente confidencial de los historiales clínicos– que antes de apoderarse de información reservada de pacientes ajenos, aunque sea con un fin loable, recabe asesoramiento jurídico sobre la licitud de tal proceder. La tesis de la vencibilidad, sostenida por la Audiencia respecto de las conductas de apoderamiento, parece mucho más adecuada a las circunstancias del caso.

7. Bibliografía citada

BALDÓ LAVILLA (1994), *Estado de necesidad y legítima defensa*, Bosch, Barcelona.

CARRASCO ANDRINO (1998), *La protección penal del secreto de empresa*, CEDECS, Barcelona.

CEREZO MIR (1998), *Curso de Derecho Penal español, Parte general (PG)*, t. III, 2^a ed., Tecnos, Madrid.

CÓRDOBA (2012), *La evitabilidad del error de prohibición*, Marcial Pons, Madrid-Barcelona-Buenos Aires.

CUERDA RIEZU (2014), «La prueba de las eximentes en el proceso penal ¿obligación de la defensa o de la acusación?», *InDret*, (2).

CUEVA PUENTE (1999), «Derechos fundamentales y obligación de secreto en las relaciones de trabajo», en BORRAJO DACRUZ (dir.), *Trabajo y libertades públicas*, La Ley, Madrid, pp. 353-370.

ERB (2003), § 34, en AAVV, *Münchener Kommentar zum Strafgesetzbuch (MüKo)*, C. H. Beck, Múnich.

ESTRADA CUADRAS (2011), «Violación de secretos empresariales», en ORTIZ DE URBINA GIMENO (coord.), *Penal Económico y de la Empresa: 2011-2012*, Francis Lefebvre, Madrid, pp. 527-546.

FERNÁNDEZ SÁNCHEZ (2000), *Protección penal del secreto de empresa*, Colex, Madrid.

GARCÍA CAVERO (2012), *Derecho penal. Parte general (PG)*, 2^a ed., Jurista, Lima.

HERNÁNDEZ HERNÁNDEZ (1998), Comentario al Libro II de la Ley de Enjuiciamiento Criminal en CONDE-PUMPIDO FERREIRO (dir.), *Enjuiciamiento Criminal. Ley y legislación complementaria*, t. I, Trivium, Madrid.

JAKOBS (1995), *Derecho penal. Parte general. Fundamentos y teoría de la imputación (PG)* (trad. de CUELLO CONTRERAS y SERRANO GONZÁLEZ DE MURILLO), 2^a ed., Marcial Pons, Madrid.

KIETHE/HOHMANN (2006), «Der strafrechtliche Schutz von Geschäfts- und Betriebsgeheimnissen», *Neue Zeitschrift für Strafrecht (NStZ)*, pp. 185-191.

LUZÓN PEÑA (2012), *Lecciones de Derecho penal. Parte general (PG)*, 2^a ed., Tirant lo Blanch, Valencia.

MIR PUIG (2011), *Derecho penal. Parte general (PG)*, 9ª ed., Reppertor, Barcelona.

NEUMANN (2005), § 34, en KINDHÄUSER/NEUMANN/PAEFFGEN (eds.), *Nomos Kommentar zum Strafgesetzbuch (NK)*, 2ª ed, Nomos, Baden-Baden.

RAGUÉS I VALLÈS (2013), *Whistleblowing. Una aproximación desde el Derecho penal*, Marcial Pons, Madrid-Barcelona-Buenos Aires-Sao Paulo.

RODRÍGUEZ YAGÜE (2006), «La protección de los delatores por el ordenamiento español: aspectos sustantivos y materiales», en ARROYO ZAPATERO/NIETO MARTÍN (coords.), *Fraude y corrupción en el Derecho penal económico europeo. Eurodelitos de corrupción y fraude*, Universidad de Castilla-La Mancha, Cuenca (se cita el texto disponible en http://portal.uclm.es/descargas/idp_docs/doctrinas/proteccion%20de%20delatores_aspectos%20sustanti%20vos.pdf).

ROMEO CASABONA (2004), *Los delitos de descubrimiento y revelación de secretos*, Tirant lo Blanch, Valencia.

ROXIN (2006), *Strafrecht. Allgemeiner Teil (AT)*, t. I (*Grundlagen. Der Aufbau der Verbrechenslehre*), 4ª ed., C. H. Beck, Múnich.

RÜTZEL (1995), «Illegale Unternehmensgeheimnisse?», *Gewerblicher Rechtsschutz und Urheberrecht (GRUR)*, pp. 557-561.

SCHEMMEL/RUHMANNSEDER/WITZIGMANN (2012), *Hinweisgebersysteme. Implementierung in Unternehmen*, C. F. Müller, Heidelberg.

STRATENWERTH (2005), *Derecho penal. Parte general (PG)*, t. 1 (*El hecho punible*) (trad. de CANCIO MELIÁ y SANCINETTI), Civitas, Cizur Menor.

SUÑOL LUCEA (2009), *El secreto empresarial. Un estudio del artículo 13 de la Ley de Competencia Desleal*, Civitas, Madrid.

TOMÁS-VALIENTE LANUZA (2009), *El efecto oclusivo entre causas de justificación*, Comares, Granada.

TORRES ROSELL (1991), *La denuncia en el proceso penal*, Montecorvo, Madrid.

8. Tabla de jurisprudencia citada

<i>Tribunal, Sala y Fecha</i>	<i>Referencia</i>	<i>Magistrado Ponente</i>
STC, Pleno, 6.10.2004	169/2004	Vicente Conde Martín de Hijas
STS, 2ª, 20.01.1992	-	José Augusto De Vega Ruiz
STS, 2ª, 28.02.1992	-	Enrique Bacigalupo Zapater
STS, 2ª, 26.12.1996	1077/1996	Enrique Bacigalupo Zapater

STS, 2ª, 12.05.2008	285/2008	Francisco Monterde Ferrer
STS, 2ª, 22.10.2013	778/2013	Andrés Martínez Arrieta
AAN, 8.05.2013	-	José Ricardo Juan De Prada Solaesa
SAP- Ciudad Real, Secc. 1ª, 28.04.2005	47/2005	María Pilar Astray Chacón
SAP-Ciudad Real, Secc. 1ª, 8.03.2012	40/2012	María Pilar Astray Chacón
AAP-Madrid, Secc. 4ª, 18.06.2012	363/2012	José Joaquín Hervás Ortiz
SAP-Sevilla, Secc. 7ª, 4.02.2009	54/2009	Esperanza Jiménez Mantecón
SAP-Valencia, Secc. 1ª, 30.05.2012	323/2012	María del Carmen Melero Villacañas-Lagranja