

JUZGADO DE LO PENAL Nº 5 DE BILBAO **BILBOKO ZIGOR-ARLOKO 5 ZK.KO EPAITEGIA**

BUENOS AIRES 6, 3ª planta - C.P./PK: 48001
TELEFONO /TELEFONOA: 94-4016474
FAX / FAXA: 94-4016640

NIG PV / IZO EAE: 48.04.1-10/018818
NIG CGPJ / IZO BJKN: 48020.43.2-2010/0018818

CAUSA / AUZIA: Proced.abreviado / Prozedura laburtua 23/2016

Atestado nº/ Atestatu zk.:ER 163A
5-10 ER 16 - 2-10 ER 163D - 5-10 ER 163 A - 3-10 ER 163D - 5-10 - 5-10 ER 163A
Hecho denunciado/ Salatutako egitate:
Delitos sin especificar / Beste delitu batzuk

Juzgado Instructor / Instrukzioko Epaitegia:
Juzgado de Instrucción nº 10 de Bilbao / Bilboko Instrukzioko
10 zk.ko Epaitegia
Procedimiento abreviado / Prozedura laburtua 1954/2014

Contra/Kontra:
Abogado/a / Abokatua: IRATXE INES MENDIETA GONZALEZ
Procurador/a / Prokuradorea: GERMAN ORS SIMON

Contra/Kontra:
Abogado/a / Abokatua: JOANA MAGUREGUI SOMARRIBA
Procurador/a / Prokuradorea: GERMAN ORS SIMON

Acusador particular/Akusatzaile partikularra: SPRILUR SA
Abogado/a / Abokatua: JAVIER BERAMENDI ERASO
Procurador/a / Prokuradorea: ICIAR OTALORA ARIÑO
Acusador particular/Akusatzaile partikularra: SPRI S.A.
Abogado/a / Abokatua: JAVIER BERAMENDI ERASO
Procurador/a / Prokuradorea: ICIAR OTALORA ARIÑO

SENTENCIA N º 319/2016

En BILBAO (BIZKAIA), a siete de noviembre de dos mil dieciséis.

Vistos por la Ilma. Sra. D^a ARANTZAZU OTIÑANO SÁEZ, MAGISTRADA-JUEZ del Juzgado de lo Penal nº 5 de Bilbao, en Juicio Oral y Público los presentes autos de procedimiento abreviado nº 23/2016, derivado del procedimiento nº 1954/2014 del Juzgado de Instrucción Nº 10 de Bilbao, seguido por UN DELITO CONTRA LA INTIMIDAD contra con DNI nacido en Mendaro (Gipuzkoa) el 2 de enero de 1954, hijo de y de representado por el Procurador Sr. GERMAN ORS SIMÓN y defendido por la Letrada Sra. IRATXE MENDIETA GONZÁLEZ y contra con DNI nacido en Barakaldo (Bizkaia) el 23 de junio de 1971, hijo de , y de representado por el Procurador Sr. GERMAN ORS SIMÓN y defendido por la Letrada Sra. JOANA MAGUREGUI SOMARRIBA, siendo parte acusadora el Ministerio Fiscal, y como ACUSACIÓN PARTICULAR SOCIEDAD PARA LA PROMOCION Y RECONVERSION INDUSTRIAL SA - SPRI SA (SOCIEDAD PARA LA TRANSFORMACION COMPETITIVA) Y SPRILUR SA, representadas por la Procuradora Sra. ICIAR OTALORA ARIÑO y defendidas por el Letrado Sr.

JAVIER BERAMENDI ERASO, en virtud de las facultades que me han sido dadas por la Constitución dicto la siguiente Sentencia.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Las presentes diligencias fueron incoadas en virtud de atestado de la Ertzaintza por descubrimiento de secretos a través de internet por denuncia interpuesta por [redacted] en calidad de Director General de SPRI SA ante la Ertzaintza en fecha 29 de marzo de 2010.

Tras la tramitación legalmente prevista se adecuó el procedimiento al establecido en los arts. 780 y siguientes de la LECrim.

SEGUNDO.- El Ministerio Fiscal en trámite de calificación provisional estimó que los hechos eran constitutivos de un delito contra la intimidad previsto y penado en el art. 197.3 del Código Penal considerando responsables en concepto de autores a [redacted] y a [redacted] no concurriendo circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal solicitando la imposición a [redacted] de la pena de 18 meses de prisión e inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena y mitad de las costas y a [redacted] la pena de 9 meses de prisión e inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena y mitad de las costas.

La acusación particular constituida por SPRI SA y SPRILUR SA en trámite de calificación provisional estimó que los hechos eran constitutivos de un delito de descubrimiento y revelación de secretos de empresa previsto y penado en el art. 278.1 del Código Penal y alternativamente de un delito de revelación de secretos previsto y penado en el art. 197.1 del Código Penal considerando responsables en concepto de autores a [redacted] y a [redacted] no concurriendo circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal solicitando la imposición a cada uno de ellos por el delito de descubrimiento y revelación de secretos de empresa de la pena de 2 años y 6 meses de prisión e inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena y multa de 18 meses con una cuota diaria de 30 euros y alternativamente por el delito de descubrimiento y revelación de secretos del art. 197.1 del Código Penal la pena de 2 años de prisión e inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena y multa de 18 meses con una cuota diaria de 30 euros, y abono de las costas incluidas las de la acusación particular.

TERCERO.- Las defensas en el mismo trámite procedimental, mostraron su disconformidad con las conclusiones contenidas en los escritos de acusación, interesando la libre absolución de sus defendidos.

CUARTO.- Con fecha 24 y 25 de octubre de 2016 se celebró el acto del juicio, y, por la defensa de [redacted] se plantearon varias cuestiones previas, dándose traslado al Ministerio Fiscal, acusación particular y defensa d [redacted] desestimándose las mismas.

Y, tras practicarse las pruebas se concedió la palabra al Ministerio Fiscal, a la acusación particular y a las defensas de los encausados.

El Ministerio Fiscal modificó sus conclusiones en el siguiente sentido:

Conclusión quinta: se solicita para [redacted] la pena de 6 meses de prisión con la accesoria de inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo durante

el tiempo de la condena y abono de la mitad de las costas manteniendo la pena solicitada para

Elevando el resto a definitivas.

La acusación particular hace suyas las conclusiones definitivas del Ministerio Fiscal con los siguientes matices:

Conclusión quinta: se solicita para la pena de 6 meses de prisión con la accesoria de inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena y para la pena de 18 meses de prisión con la accesoria de inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena y abono de las costas de la acusación particular.

La defensa de se adhirió a las conclusiones del Ministerio Fiscal y de la acusación particular.

La defensa de ratificó sus conclusiones provisionales elevándolas a definitivas.

Exponiendo a continuación oralmente lo que estimaron procedente sobre la valoración de la prueba y la calificación jurídica de los hechos.

HECHOS PROBADOS

ÚNICO.-. Que , *mayor de edad y sin antecedentes penales*, en las fechas comprendidas entre el 15 de octubre de 2009 y el 28 de marzo de 2010, ambos inclusive, con la intención de invadir la intimidad ajena y de forma reiterada en el tiempo accedió sin haber sido previamente autorizado para ello al correo electrónico de utilizando para ello la contraseña de que conocía por motivos laborales.

Asimismo *mayor de edad y sin antecedentes penales*, de la misma forma que y de acuerdo con el mismo con la sola intención de atentar contra la intimidad ajena accedió al correo electrónico de el día 14 de marzo de 2010 sin contar con su autorización.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Por la defensa de) se plantearon una serie de **cuestiones previas** al inicio del acto del juicio.

Así solicita la suspensión del acto de la vista al amparo del art. 746.6 de la LECR para conformidad del encausado y por la ausencia del testigo agente de la Ertzaintza 15364. Se deniega la suspensión toda vez que al inicio del acto de la vista no consta conformidad alguna y por entender que aun cuando la declaración del agente de la Ertzaintza que no ha podido comparecer al acto del juicio fuera pertinente no resultaba necesaria en atención a la existencia y comparecencia de otros testigos con la misma razón de conocimiento que el agente 15364.

Asimismo señala que si hay conformidad del encausado desaparecería la prueba pericial de su defensa por lo que hace suya en ese acto la prueba pericial.

Por la defensa de [redacted] se presentó escrito de defensa (folio 1475 y siguientes) en el que se proponían como medios de prueba “I. Interrogatorio de los acusados y de los testigos propuestos por el Ministerio Fiscal y en su caso por la acusación particular para el caso de que éste renunciara a ello” “II. Documental” “III. Piezas de convicción”. De manera que en el escrito de defensa no se adhiere ni a las pruebas solicitadas por la defensa de [redacted] (solo a las del Ministerio Fiscal y acusación particular) ni se adhiere a la prueba pericial ya no solo de la defensa sino tampoco del Ministerio Fiscal y acusación particular, no impugnándose en el escrito de defensa las periciales. Por la defensa de [redacted] se aportó prueba pericial en abril de 2016, pericial a la que no se adhirió la defensa de [redacted] ya que como se ha señalado en el escrito de defensa solo se adhirió a la prueba de las acusaciones y no a la prueba de la otra defensa y solo al interrogatorio de los encausados y testigos y no de los peritos, pericial a la que además no pudo adherirse cuando aún no había sido presentada y admitida. Una vez admitida la prueba pericial de la defensa de [redacted] por la defensa de [redacted] tampoco se adhirió a las periciales propuestas por las demás.

Posteriormente, tras una primera suspensión del señalamiento a juicio oral por renuncia del Letrado de la defensa de [redacted] y tras serle nombrado abogada del turno de oficio (no consta reconocido tampoco el derecho a justicia gratuita) la defensa de [redacted] mediante escrito con fecha de entrada 19 de julio de 2016, estando el juicio señalado para los días 24, 25 y 26 de octubre de 2016 se solicitó prueba adicional al escrito de defensa consistente en pericial a elaborar por los expertos de la Unidad de Policía Judicial del Cuerpo Nacional de Policía, Dirección General de la Policía en Madrid, Brigada de Investigación tecnológica BIT. Dicha prueba pericial anticipada fue denegada por providencia de fecha 3 de agosto de 2016 al constar ya en las actuaciones periciales y sin perjuicio de las aclaraciones que se pudieran solicitar en el plenario a los peritos “cuya declaración se solicite” o de aportar por la propia defensa informe pericial.

Si bien el art.786.2 de la LECr prevé la posibilidad de proponer prueba incluso al inicio del acto de la vista, tan solo cabe admitir aquellas pruebas que se propongan para “practicarse en el acto” es decir de aquellas pruebas que no supongan una suspensión del acto del juicio para poder practicarse.

Recuerda la sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid, sección 27, de 6 de marzo de 2006 que *“El precepto procesal citado admite que las partes puedan proponer nuevas pruebas para practicarse en el acto. De acuerdo con la reiterada interpretación jurisprudencial, el medio probatorio solicitado, en principio y salvo circunstancias excepcionalísimas, ha de ser factible de realizarse, sin más, en dicho acto oral. En el procedimiento abreviado, la suspensión prevenida en el art 745 debe acordarse solamente cuando existan motivos ajenos a la voluntad de las partes que justifiquen tanto la imposibilidad de practicar las pruebas en el acto como la de haberlas propuesto en el escrito de calificación y siempre que la denegación de la suspensión y consiguiente imposibilidad de práctica de la prueba de descargo propuesta en dicho acto pueda ocasionar material indefensión”*

La prueba pericial adicional se solicita como prueba anticipada en fecha 19 de julio de 2016 estando ya señalado el acto del juicio por lo que su admisión supondría necesariamente la suspensión del acto del juicio sine die teniendo en cuenta el tiempo que por la Policía Científica se tardaría en la elaboración del informe pericial solicitado, por lo que su petición sería extemporánea, cuando además pudo haberse solicitado dicha prueba en diversos momentos anteriores dejando la defensa pasar las diferentes oportunidades procesales que se le presentaron para proponer dicha prueba (sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid, Sección 29, de 29 de noviembre de 2012).

El hecho de que la Letrada de la defensa se haya incorporado recientemente al procedimiento no supone que la inadmisión de la prueba propuesta de forma extemporánea cree indefensión al encausado. Tal y como señala la Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid, sección 23 de 18 de noviembre de 2013: *“Hay que recordar, de acuerdo con la doctrina del Tribunal Constitucional, que la indefensión se produce cuando se priva al justiciable de alguno de los instrumentos que el ordenamiento pone a su alcance para la defensa de sus derechos con el consiguiente perjuicio y de otra, que para que pueda estimarse una indefensión con relevancia constitucional que sitúe al interesado al margen de alegar y defender en el proceso sus derechos, no basta con una vulneración puramente formal sino que es necesario que con esa infracción formal se produzca ese efecto material de indefensión, un menoscabo real y efectivo del derecho de defensa.*

Pero además, y en segundo lugar, la privación o limitación del derecho de defensa ha de ser directamente atribuible al órgano judicial. Ni la Ley ni la doctrina del Tribunal Constitucional amparan la omisión voluntaria, la pasividad, ni tampoco, de existir la negligencia, impericia o el error. La ausencia de contradicción y defensa de alguna de las partes en el proceso que resulta de su actuación negligente no puede encontrar protección en el art. 24.1 CE; así ocurre cuando la parte que pudo defender sus derechos e intereses legítimos a través de los medios que el ordenamiento jurídico le ofrece no usó de ellos con la pericia técnica suficiente, o cuando la parte que invoca la indefensión coopere con la conducta a su producción, ya que la indefensión derivada de la inactividad o falta de diligencia exigible al lesionado, o causada por la voluntaria actuación desacertada, equivocada o errónea de dicha parte, resulta absolutamente irrelevante a los efectos constitucionales, porque el derecho a la tutela judicial efectiva no impone a los órganos judiciales la obligación de subsanar la deficiencia en que haya podido incurrir el planteamiento defensivo de la parte (En este sentido, STC 167/88, 101/89, 50/91, 64/92, 91/94, 280/94, 11/95.)”

“Si trasladamos al caso examinado esta doctrina, no es posible apreciar indefensión alguna, ni tampoco una infracción procesal grave generadora de esa supuesta indefensión, pues la causa de nulidad que se alega no tiene más base que el desacuerdo del actual letrado del apelante con la dirección técnica de la defensa del letrado anterior y ello, en modo alguno es imputable al órgano judicial, ni constitutivo de infracción procesal alguna.”

Ello además de considerarse prueba innecesaria en los términos en los que ha sido propuesta y constando en las actuaciones periciales elaboradas por Policía Científica y no expresamente impugnadas y habiendo sometido además la defensa a un extenso interrogatorio a uno de los peritos.

Denegada la prueba pericial anticipada, por la defensa se siguió sin solicitar la declaración de los peritos judiciales y al inicio del acto del juicio se siguió sin solicitarse como prueba propia, y no consta expresamente ni en el escrito de defensa, ni al inicio del acto del juicio ni siquiera en su informe una impugnación expresa de las periciales de los peritos de la Policía Científica de la Ertzaintza, por lo que en el momento en el que se renunció por las partes a su declaración la defensa ya no podía adherirse a una prueba que no había propuesto y que había sido renunciada por quienes sí la habían propuesto, no habiéndose además impugnado la pericial (STS 1623/2012 de 22/03/2012)

Tampoco se aportó pericial de parte, no constando que el encausado tenga reconocido derecho a la justicia gratuita, lo cual tampoco supondría un derecho absoluto a obtener una segunda prueba pericial de Policía Científica existiendo ya una pericial de la Policía Científica de la Ertzaintza.

La Ley 1/1996, de 10 enero 1996 regula la Asistencia Jurídica Gratuita y en su Exposición de Motivos manifiesta que al objeto de remover los obstáculos que impiden que los ciudadanos más desprotegidos accedan a la tutela judicial efectiva en condiciones de igualdad, la Ley opera una notable transformación en el contenido material del derecho a la asistencia jurídica gratuita, configurándolo de forma más amplia. En ese sentido, afirma que frente a los beneficios hasta ahora recogidos por la Ley de Enjuiciamiento Civil, el nuevo sistema configura un derecho más completo y por tanto más garantizador de la igualdad de las partes en el proceso, eliminando onerosidades excesivas que no son sino negaciones prácticas de aquélla; así pues, a los beneficios ya consagrados por nuestro ordenamiento jurídico como propios del derecho a la asistencia jurídica gratuita, la Ley añade nuevas prestaciones tales como el asesoramiento y la orientación previos a la iniciación del proceso –lo cual ha de evitar en numerosas ocasiones litigios artificiales tan costosos en todos los sentidos para la Justicia–, la asistencia pericial en el mismo y la reducción sustancial del coste para la obtención de escrituras y documentos notariales y de aquellos documentos emanados de los Registros Públicos, que puedan ser precisos para las partes en el proceso.

La traducción de lo anterior, en lo que atañe a la prueba pericial, se recoge en su apartado 6: “Asistencia pericial gratuita en el proceso a cargo del personal técnico adscrito a los órganos jurisdiccionales, o, en su defecto, a cargo de funcionarios, organismos o servicios técnicos dependientes de las Administraciones públicas.

Excepcionalmente y cuando por inexistencia de técnicos en la materia de que se trate, no fuere posible la asistencia pericial de peritos dependientes de los órganos jurisdiccionales o de las Administraciones públicas, ésta se llevará a cabo, si el Juez o el Tribunal lo estima pertinente, en resolución motivada, a cargo de peritos designados de acuerdo a lo que se establece en las leyes procesales, entre los técnicos privados que correspondan.”

En el presente caso constan ya en las actuaciones periciales elaboradas por la Policía Científica de la Ertzaintza solicitándose por la defensa un segundo informe pericial de Policía Científica.

Es doctrina constitucional (STC 243/2000 de 16 de octubre) que no se puede afirmar la existencia de un hipotético derecho de las partes a realizar una actividad probatoria ilimitada, sino que sólo les atribuye el derecho a la recepción y práctica de las que sean pertinentes (al respecto, SSTC 1/1996, de 15 de enero, F. 2, y 96/2000, de 10 de abril, F. 2) y que siendo un derecho de configuración legal su ejercicio habrá de acomodarse a las exigencias del proceso y a las normas legales que lo regulan (SSTC 45/1996, de 25 de marzo, F. 3; 187/1996, de 25 de noviembre, F. 2, y 190/1997, de 10 de noviembre, F. 2, y ATC 219/1999, de 17 de septiembre).

La Sala II del Tribunal Supremo (STS núm. 1247/2004) ha indicado que como requisitos materiales, la prueba ha de ser pertinente, esto es, relacionada con el objeto del juicio y con las cuestiones sometidas a debate en el mismo; ha de ser relevante, de forma que tenga potencialidad para modificar de alguna forma importante el sentido del fallo, a cuyo efecto el Tribunal puede tener en cuenta el resto de las pruebas de que dispone (STS núm. 1591/2001, de 10 de diciembre y STS núm. 976/2002, de 24 de mayo); ha de ser necesaria, es decir, que tenga utilidad para los intereses de defensa de quien la propone, de modo que su omisión le cause indefensión, (STS núm. 128/1999, de 5 de marzo); y ha de ser posible, en atención a las circunstancias que rodean su práctica.

Por tanto, no existe un derecho incondicionado a la admisión y practica de una segunda prueba pericial sobre la base de la reglamentación de la justicia gratuita, sino que los criterios de admisión deberán ser los generales.

En ese sentido la Sentencia Tribunal Supremo núm. 317/2008, de 27 mayo avala la no practica de una prueba pericial indicando la innecesariedad de su repetición a la vista de que los extremos solicitados ya estaban contemplados en la primera.

De manera que cuando se solicita una segunda prueba pericial, la parte proponente, aunque se le haya reconocido el derecho a la justicia gratuita (algo que se deberá acreditar) deberá justificar debidamente su necesidad.

Asimismo solicita que si el encausado ha llegado a una conformidad sea citado como testigo. Ahora bien comparece como encausado toda vez que contra el mismo se ha formulado acusación, abierto juicio oral y no se ha dictado sentencia firme por lo que no cabe que el mismo comparezca como testigo.

Finalmente se solicita la suspensión del juicio para “reorganizar la prueba” y se solicita que declare al final del juicio tras practicarse la prueba, acordándose que el encausado declare, si lo desea toda vez que le asiste su derecho a no declarar, al inicio de la vista y disponiendo del derecho a última palabra tras la práctica de la totalidad de la prueba.

SEGUNDO.- A tales **hechos probados** se llega en base a las pruebas efectuadas en el acto del juicio bajo los principios de inmediación, publicidad, contradicción y oralidad y las obrantes en autos y teniendo en cuenta además que por aplicación del principio acusatorio sólo son objeto de enjuiciamiento los hechos que han sido objeto de acusación, ya que si bien la prueba se ha practicado respecto de los hechos contenidos en los escritos de conclusiones provisionales, el enjuiciamiento ha de delimitarse tras la modificación de sus conclusiones provisionales por la acusación particular adhiriéndose a las conclusiones definitivas del

Ministerio Fiscal, a los hechos contenidos en la conclusión primera del escrito de acusación del Ministerio Fiscal.

Así [redacted] declara en el acto del juicio que fue Director General de Sprilur SA perteneciente a la Sociedad para la Promoción y Reconversión Industrial SA (SPRI SA) hasta aproximadamente marzo de 2008 y que mantenía con [redacted] una relación laboral y personal porque eran amigos. Manifiesta que por su cargo tenía acceso a las claves de usuarios y que estando ya fuera de la empresa y usando la clave entró en la cuenta de correo electrónico de [redacted] y que cedió las claves a [redacted] quien las usó, señalando que [redacted] no les dio permiso ni conocía que estaban usando las claves. Asimismo reconoce que las cuentas [redacted] y [redacted] son cuentas de correo de su titularidad.

Por su parte [redacted] niega haber accedido al correo electrónico de [redacted] el día 14 de marzo de 2010. [redacted] declara en el acto del juicio que desde 1998 hasta que se marchó de Sprilur, SA trabajaron “codo con codo”, que el declarante era la persona de confianza de [redacted] cuando trabajaba con él, que cesó en el cargo en Sprilur SA y a la fecha de los hechos el declarante trabajaba en el departamento Comercial con responsabilidad de comercialización sobre todo en Araba y mantenía amistad con [redacted] que [redacted] le propuso una participación pequeña en una empresa de telefonía que nunca tuvo actividad y fue apoderado en una empresa de [redacted] para un momento concreto. [redacted] manifiesta que tiene acceso a internet en su domicilio con Jazztel y wifi con contraseña, que en casa usaban la conexión el declarante, su mujer, el hijo de su mujer y otras personas que iban a su casa, que se usaba prácticamente a diario. [redacted] afirma que el día 14 de marzo de 2010 no accedió al correo electrónico de [redacted], que no entró en la cuenta de [redacted] desde su domicilio ni el 14 de marzo de 2010 ni nunca, que no conocía las claves de acceso a esa cuenta y [redacted] nunca se las ha facilitado, no pudiendo dar una explicación a porqué consta una entrada al correo de [redacted] y reenvío a la cuenta de [redacted] ese día desde su conexión, manifestando que él no lo ha hecho pero manifiesta asimismo que no recuerda que esa día utilizara la conexión a internet un tercero, habiendo manifestado en su declaración en fase de instrucción (folios 874 y 875) que “las contraseñas de su correo de casa jamás las ha facilitado a terceras personas o ha permitido su utilización”, matizando en el plenario que no ha facilitado el acceso a internet a nadie extraño, pero si alguien ha ido a cenar sí le puede haber facilitado la clave de acceso.

Consta acreditado que el acceso a la cuenta de correo [redacted] asignada a [redacted] sin la autorización del mismo no se realizó desde la propia red de Spri SA sino desde el exterior por internet (sistema Citrix) utilizando su nombre de usuario y contraseña, los cuales le habían sido asignados desde el inicio sin que el mismo los hubiera cambiado y siendo el nombre de usuario y contraseña inicialmente asignados el nombre del empleado y las iniciales de nombre y apellidos. Así [redacted] ha declarado como testigo en el plenario manifestando que en el año 2010 era Director Técnico de la sociedad Sprilur SA y titular de la cuenta de correo [redacted] que es una cuenta de correo electrónico corporativo del trabajo y el nombre de usuario y contraseña lo asignó el área informática de Spri que les puso las cuentas de correo y claves muy básicas, que podía acceder a su cuenta de correo electrónico desde fuera de la empresa, que había una herramienta para acceder remotamente al correo pero el declarante

la usaba poco o ninguna vez, que aunque el acceso remoto podía tener una cierta complejidad si no lo usaba no era por esa razón sino porque no necesitaba esa herramienta fuera del trabajo. Manifiesta el testigo que él no facilitó la clave de su correo electrónico a nadie (igual a su secretaria en alguna ocasión y para algo puntual) y que no facilitó sus claves ni a [redacted] ni a [redacted] pero que eran claves usuales (no cambió las adjudicadas inicialmente) y que él no ha autorizado a [redacted] ni a [redacted] a entrar en su cuenta de correo electrónico ni siquiera por motivos laborales. El testigo señala que un lunes (15 de marzo de 2010) a primera hora al incorporarse a su puesto de trabajo vio en la bandeja de enviados que figuraba que el día anterior, domingo, sobre las diez y media u once de la noche, había mandado un correo a una cuenta en cuya nomenclatura figuraba "[redacted]" y el declarante no había mandado ese correo el día anterior ni por conexión remota, que alguien había cogido un correo electrónico y lo había reenviado a una cuenta en cuya nomenclatura figuraba "[redacted]". Que ese correo en concreto (el del día 14 de marzo de 2010) era anecdótico, que era un comentario sobre una pequeña promoción privada vecina y los precios, pero sin relevancia para la empresa. Que el declarante no ha sido el autor de los envíos de correos a las direcciones de correo [redacted] y [redacted] no conociendo ninguna de esas tres direcciones de correo. El testigo señala que lo puso en conocimiento de la dirección de Sprilur.

El testigo [redacted], Director General de Spri, SA manifiesta que tuvo conocimiento del hecho a través de Sprilur y de [redacted] que dijo que habían entrado en su ordenador, que Spri SA y Sprilur SA están en el mismo edificio y comparten servicios informáticos y se encargó a los servicios informáticos que investigaran aportando al interponer la denuncia (folio 7 y siguientes, denuncia de 29 de marzo de 2010) la investigación interna y del colaborador de NEXTEL (anexos a los folios 49 y siguientes).

El testigo [redacted], responsable de informática de la empresa, declara que [redacted] comentó que en la carpeta de enviados de su correo había un correo electrónico que él no había enviado, que en la carpeta de enviados había un correo enviado a una dirección donde ponía "[redacted]", hicieron comprobaciones en el sistema para comprobar que ese correo se había mandado, desde dónde y qué sistema se había utilizado, que primero hicieron las comprobaciones internas en el sistema y después llamaron a Nextel. Se comprobó que ese concreto correo se había mandado usando un sistema de acceso al correo electrónico desde el exterior, que con ese sistema había habido una conexión y se había mandado el correo. Señala que posteriormente se hicieron otros estudios con más detalle, que se filtró por la dirección de correo a la que se había enviado y había dos o tres cuentas de correo electrónico en las que se había utilizado el mismo sistema y Nextel hizo una búsqueda más exhaustiva con las cuentas que les dijeron que querían buscar. Señala el testigo que en todos los casos se había accedido a la cuenta de forma remota para lo cual es preciso conocer la dirección de correo, la clave y contraseña. El testigo señala que no se hizo volcado de la totalidad de la información sino solo de parte y facilitaron los datos a la Ertzaintza que es la que realizó el análisis, manifestando que antes de facilitar los datos a la Ertzaintza no se alteraron los servidores.

El testigo [redacted] trabajador de Nextel que daba soporte informático a Sprilur, declara que le comunicaron que tenían sospechas de que ciertos correos electrónicos habían salido de la organización ya que el usuario decía que no los había mandado y encontró ciertos accesos al correo electrónico que se corresponden en el tiempo con los envíos, que era un

acceso remoto, desde fuera de la empresa, y entregó a _____ los resultados de su investigación. En cuanto a la posibilidad de alteración de datos que cuestiona la defensa a través de su interrogatorio el testigo explica que el tráfico pasa por tres servidores, que los tres servidores eran coincidentes y en caso de alteración se tendrían que alterar los tres servidores y que un usuario en general no sabría alterar los registros del servidor. Que en dos accesos quedó registrada la IP desde donde se produjo el acceso, que era un acceso exterior como si el usuario fuera _____ y que esa IP la da el propio sistema.

El agente de la Ertzaintza 11125, tras ratificarse en las diligencias en las que ha intervenido, declara que realizó el estudio inicial de los soportes digitales que aportó la empresa, extraídos directamente de los servidores al DVD y con un escrito que facilitaba el estudio, que los servidores apuntaban a una invasión en la cuenta de Sprilur entrando remotamente y se siguió el flujo de la información: la persona entraba en la bandeja, los examinaba y los reenviaba a dos cuentas (_____ y _____) y en una ocasión se reenvió a la cuenta _____ que se identificó la IP desde la que se había accedido, que esa IP aparece en los archivos de registro del servidor de SPRI, que aparecía una IP de Euskaltel y en el caso del 14 de marzo de 2010 aparecía una IP diferente a las anteriores que era una IP de Jazztel. Que en las incursiones en el correo de _____ desde la IP de Euskaltel se reenviaron al menos en 101 ocasiones a otras cuentas: 90 a _____ 10 a _____ y que una vez se reenviaron a _____. Que solicitaron la titularidad de las IP y eran las IP asignadas a los domicilios y una era de la esposa de _____ (_____ folios 507 y 508) y otra de la esposa y domicilio de la esposa de _____ (_____), folio 241). Señala el agente que a los particulares se les asigna una IP fija o itinerante según contrato pero no tiene por qué cambiar la IP si se usa con cierta cadencia (_____ manifiesta que se usaba prácticamente a diario). El agente de la Ertzaintza 07579 señala que para poder suplantar una IP se ha de conocer esa IP que asigna el servidor y desautenticarla, entendiéndose que es imposible que en este caso en concreto pasara, que puede pasar una vez pero no ve posible que pase 90 veces. Que si al administrador se le facilita la IP la puede borrar pero para implicar a un tercero tiene que conocer la IP que se le va a asignar a ese tercero y la IP la asigna el servidor.

En cuanto a la posibilidad de manipulación de la información el agente 11125 declara que la información de los servidores de la empresa solo se extrae a petición del servicio informático y si se extrae directamente del servidor a un DVD no hay manipulación posible. Que al interponer la denuncia se aportó un DVD con informes preliminares, se extrajo la información sesgadamente, pero después se facilitó lo que había en el servidor en DVD. El agente de la Ertzaintza 07579 declara que es prácticamente imposible alterar los tres servidores sin dejar rastro, que habría que alterar los tres servidores y que en este caso había en uno de los servidores un retraso de uno-dos segundos que no existiría de haberse manipulado. Que se aportó primero un DVD con información parcial pero luego se solicitó ampliar y se aportó los logs de dos años.

Por Auto de 24 de junio de 2010 (folio 525 y siguientes) se acordó la entrada y registro en el domicilio de _____ y de _____ en Santurtzi y en el domicilio sito en Mendaro, constando a los folios 578 y siguientes y 616 y siguientes las correspondientes actas de entrada y registro, registros en los que se ocuparon a presencia del secretario judicial una serie de equipos informáticos que fueron precintados y posteriormente y en virtud de Auto de 1 de julio de 2010 (folio 592 y siguientes) por la Ertzaintza se procedió al clonado de los discos duros para

su estudio, constando en las actuaciones las actas de desprecinto y clonado. Ninguna duda existe por ello de que se ha respetado la cadena de custodia de las evidencias.

La Sentencia del Tribunal Supremo de 9 de junio de 2015 (D. Miguel Colmenero Menéndez de Luarca) señala: *“Como decíamos en la STS nº 600/2013, de 10 de julio, “La cadena de custodia hace referencia a las vicisitudes ocurridas en las muestras tomadas durante la investigación de los hechos delictivos desde que son recogidas hasta que se aportan las conclusiones de los análisis o pruebas periciales realizadas sobre las mismas. La finalidad de asegurar la corrección de tal custodia se encuentra en la obtención de la garantía de que lo analizado obteniendo resultados relevantes para la causa es lo mismo que fue recogido como muestra. Aunque la pretensión deba ser alcanzar siempre procedimientos de seguridad óptimos, lo relevante es que puedan excluirse dudas razonables sobre identidad e integridad de las muestras. La jurisprudencia ha admitido, STS 685/2010, entre otras, que las declaraciones testimoniales pueden ser hábiles para acreditar el mantenimiento de la cadena de custodia, excluyendo dudas razonables acerca de la identidad y coincidencia de las muestras recogidas y analizadas”. Con otras palabras, la integridad de la llamada cadena de custodia, tiene por finalidad alejar las posibles dudas que pudieran plantearse acerca de la identidad entre lo que se valora y lo que ha sido previamente hallado en el lugar de los hechos o en otros lugares relacionados con los mismos o con el acusado o sus actividades, en la medida en que pueda ser relevante para la resolución que haya de adoptarse.*

Por otro lado, para examinar adecuadamente si se ha producido una ruptura relevante de la cadena de custodia, no es suficiente con el planteamiento de dudas de carácter genérico, debiendo el recurrente precisar en qué momentos, a causa de qué actuaciones y en qué medida se ha producido tal interrupción, pudiendo, en su caso, la defensa, proponer en la instancia las pruebas encaminadas a su acreditación.”

Así en el presente caso se ocupan las evidencias y se precintan a presencia del secretario judicial y se desprecintan asimismo a presencia del secretario judicial para proceder al clonado para el estudio de las evidencias volviéndose a precintar las evidencias tras el clonado, como lo han declarado los agentes de la Ertzaintza que han intervenido en los diferentes momentos. El agente de la Ertzaintza 11125 afirma que sí se ha respetado la cadena de custodia, que tanto la ocupación como el volcado se ha hecho a presencia judicial y excluye errores en las copias explicando que si al volcar da error de lectura se para el proceso y se reinicia al día siguiente y se hace todo en un solo acto, que si el proceso falla la máquina informa del fallo y cuando la máquina da “OK” la copia es buena porque no ha habido error y si da error se inicia el proceso desde cero. El perito de la Ertzaintza 15409 explica que al perito le llega el original de la evidencia y para preservarla hace clonado, un volcado de información bit a bit y trabaja sobre la copia de la evidencia, que los estudios sobre los equipos intervenidos se realizan sobre copias de seguridad del disco que se les remite y que en todas sus evidencias se ha preservado la cadena de custodia y se han clonado sin alterar. El agente de la Ertzaintza A56F4 declara que para el estudio se hace clonado (copia exacta) del disco duro y se puede asegurar que es copia exacta del original y la evidencia original queda siempre inalterada.

Constan en las actuaciones diligencia de análisis de las evidencias (folio 1066 y siguientes), diligencia de análisis de informes periciales (folio 1123 y siguientes) e informes periciales a los folios 1187 y siguientes, folios 1193 y siguientes, 1200 y siguientes, 1207 y siguientes, 1211 y siguientes, 1218 y siguientes y 1315 y siguientes.

Por ello no solo se cuenta con la declaración de sino
que ésta aparece corroborada por otros datos como el hecho de que el acceso al correo electrónico se realizara desde una IP asignada al domicilio del mismo según informa Euskaltel

(folio 241) y que se reenviaran mensajes a tres cuentas que éste reconoce de su titularidad y así resulta del estudio no solo de los servidores de la empresa sino también del estudio de los equipos informáticos ocupados. Y asimismo aun cuando niega haber accedido al correo electrónico de el día 14 de marzo de 2010 se cuenta con prueba que permite concluir que el día 14 de marzo de 2010 fue quien accedió al correo de . Así se cuenta con la declaración de quien manifiesta que con su conocimiento y consentimiento cedió las claves de la cuenta de a y que este las usó.

Esta afirmación de aparece asimismo corroborada por los datos de los servidores de la empresa de donde resulta que el acceso a la cuenta de correo de Pedro García se realizó el domingo día 14 de marzo de 2010 a las 21:55 horas de forma remota desde la IP 95.16.224.233. Por el agente 11125 se extiende diligencia de comprobación de los soportes digitales aportados (folio 21 y siguiente) señalando que el análisis del log "ex100314.log" pone de manifiesto un registro de envío de un correo electrónico desde la dirección de origen a la dirección de correo el 14 de marzo de 2010 a la hora 21:55:58 (hora local) y en los folios 53 y siguientes consta informe preliminar donde consta como IP empleada la IP 95.16.224.233, esta IP pertenece a Jazztel, y solicitada judicialmente la identificación del usuario al que le fue asignada la citada dirección IP Jazztel indicó que la titular de la conexión era domiciliada en la calle de Santurtzi (folio 462). No existe indicio alguno de que pudieran haberse manipulado los servidores para manipular la IP, así tal y como se ha señalado para ello sería necesario manipular la información de los tres servidores, no explicándose porqué se manipularía la IP asignada al domicilio de pero no la IP asignada al domicilio de (IP no manipulada ya que este reconoce los accesos al correo), además la IP es asignada al usuario por Jazztel y para que se manipularan los servidores para que constara la IP asignada por Jazztel al domicilio de sería necesario que Jazztel pusiera en conocimiento de quien pretendiera tal manipulación la IP asignada ese día y esa hora al domicilio de

De manera que no existen dudas de que el día 14 de marzo de 2010 a las 21:55 horas el acceso se realizó con IP asignada al domicilio de habiendo verificado los agentes que realizaron la entrada y registro la configuración del wifi que era con clave, de manera que quien accediera debía conocer la clave, señalando que utilizaban internet en el domicilio el declarante, su mujer y el hijo de su mujer y si bien en un principio manifestó no haber facilitado la clave a nadie en el plenario manifiesta que igual a alguna persona de confianza que fuera a cenar, si bien no manifiesta que ese concreto día le facilitara el acceso a internet a ninguna persona. Por en ejercicio del derecho a la última palabra, se pregunta que si ha admitido haber accedido al correo en 101 ocasiones no le necesitaba al declarante para entrar en esta ocasión, ahora bien no manifiesta que ese día le pidiera conectarse a internet en su domicilio y además en esta ocasión el acceso se diferencia de los anteriores en el hecho de que quien accedió no tomó la cautela de borrar de la bandeja de enviados el mensaje enviado a la cuenta , cautela que había adoptado las otras veces que él había accedido y además salvo en esta ocasión (folio 199 y 200) los mensajes se reenviaban a las cuentas y cuya nomenclatura no daba pistas de quién podría estar detrás de estas cuentas de correo y que posiblemente no eran cuentas conocidas por como de titularidad de y por ello en esta ocasión al no ser quien accedió al correo de no tomó la cautela de borrar el mensaje de la carpeta de enviados y utilizó la cuenta siendo e amigos a la fecha de los hechos.

TERCERO.- En cuanto a la **calificación jurídica** de los hechos declarados probados y **objeto de enjuiciamiento** ha de tenerse en cuenta que la acusación particular en su escrito de conclusiones provisionales (folio 1458 y siguientes) en los hechos objeto de acusación hacía referencia a que ‘ ‘siendo conocedor de los nombres de usuario y contraseñas que permitían el acceso desde el exterior de la red a las direcciones de correo electrónico de los trabajadores de Sprilur SA con el ánimo de acceder a la información de la mercantil sobre los diversos proyectos en los que se encontraba inmersa y con la intención de invadir la intimidad ajena, sabiendo que no estaba autorizado para hacerlo, aprovechó dicho conocimiento para acceder en diversas ocasiones a la cuenta de correo electrónica corporativa que tenía asignada D. (...) “y una vez que accedía a la cuenta del Sr. procedía a reenviar los correos que le interesaban a sus propias direcciones de correo electrónico (...). A través de estos accesos el Sr. accedió y se hizo con documentación relativa a las actividades propias de la empresa, de conocimiento reservado, relativas a proyectos en ejecución o en fase de estudio sobre su viabilidad” “D. el día 8 de febrero de 2010 procedió a enviar por correo electrónico a D. (...) un archivo que contenía agenda de contactos, clasificada por temas en relación con la actividad de la mercantil” “El día 14 de marzo de 2010 el Sr. accedió desde la dirección IP asignada a su esposa Doña al correo electrónico corporativo de D. con el ánimo de acceder a la información de la mercantil sobre los diversos proyectos en los que se encontraba inmersa, sabiendo que no estaba autorizado para hacerlo y con el ánimo de atentar contra la intimidad ajena procedió a remitir los correos que se encontraban en la bandeja que versaban sobre un terreno”. Ahora bien en conclusiones definitivas se adhirió al escrito del Ministerio Fiscal en el que los hechos por los que se acusa serán que en las fechas comprendidas entre el 15 de octubre de 2009 y el 28 de marzo de 2010, ambos inclusive, con la seria intención de invadir la intimidad ajena y de forma reiterada en el tiempo accedió sin haber sido previamente autorizado para ello al correo electrónico de utilizando para ello la contraseña de que conocía por motivos laborales y que de la misma forma que y de acuerdo con el mismo con la sola intención de atentar contra la intimidad ajena accedió al correo electrónico de el día 14 de marzo de 2010 sin contar con su autorización.

En consecuencia estos últimos son los hechos que son objeto de enjuiciamiento.

En cuanto a la calificación jurídica de los mismos el Ministerio Fiscal en sus conclusiones los califica como constitutivos de un delito contra la intimidad del art. 197.3 del Código Penal y la acusación particular si bien en sus conclusiones provisionales calificaba los hechos por los que acusaba como constitutivos de un delito de descubrimiento y revelación de secretos de empresa previsto y penado en el art. 278.1 del Código Penal y alternativamente de un delito de revelación de secretos previsto y penado en el art. 197.1 del Código Penal, en sus conclusiones definitivas se adhirió al Ministerio Fiscal tanto en los hechos como en la calificación jurídica, por lo que ambas acusaciones formulan acusación por un delito del art. 197.3 del Código Penal.

El art. 197 del Código Penal ha sido objeto de varias reformas. Así el art. 197 fue objeto de reforma por la LO 5/2010, de 22 de junio que entró en vigor el 23 de diciembre de 2010

introduciéndose un nuevo delito en el apartado 3 del art. 197, siendo los hechos objeto de enjuiciamiento cometidos entre el 15 de octubre de 2009 y el 28 de marzo de 2010 cuando el apartado 3 del art. 197 en la redacción dada por la LO 5/2010 no había entrado en vigor.

Por las acusaciones no se especifica al calificar los hechos como constitutivos de un delito del art. 197.3 del Código Penal a qué redacción se hace referencia, si a la vigente a la fecha de comisión de los hechos o a la redacción dada al apartado 3 por la LO 5/2010, ahora bien dada la pena solicitada (seis meses de prisión para el encausado :) se entiende que se hace referencia al art. 197.3 en redacción dada por LO 5/2010 el cual no estaba vigente a la fecha de los hechos.

Así el artículo 197 del Código Penal vigente a la fecha de los hechos disponía:

“1. El 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, será castigado con las penas de prisión de uno a cuatro años y multa de doce a veinticuatro meses.

2. Las mismas penas se impondrán al que, sin estar autorizado, se apodere, utilice o modifique, en perjuicio de tercero, datos reservados de carácter personal o familiar de otro que se hallen registrados en ficheros o soportes informáticos, electrónicos o telemáticos, o en cualquier otro tipo de archivo o registro público o privado. Iguales penas se impondrán a quien, sin estar autorizado, acceda por cualquier medio a los mismos y a quien los altere o utilice en perjuicio del titular de los datos o de un tercero.

3. Se impondrá la pena de prisión de dos a cinco años si se difunden, revelan o ceden a terceros los datos o hechos descubiertos o las imágenes captadas a que se refieren los números anteriores.

Será castigado con las penas de prisión de uno a tres años y multa de doce a veinticuatro meses, el que, con conocimiento de su origen ilícito y sin haber tomado parte en su descubrimiento, realizare la conducta descrita en el párrafo anterior.

4. Si los hechos descritos en los apartados 1 y 2 de este artículo se realizan por las personas encargadas o responsables de los ficheros, soportes informáticos, electrónicos o telemáticos, archivos o registros, se impondrá la pena de prisión de tres a cinco años, y si se difunden, ceden o revelan los datos reservados, se impondrá la pena en su mitad superior.

5. Igualmente, cuando los hechos descritos en los apartados anteriores afecten a datos de carácter personal que revelen la ideología, religión, creencias, salud, origen racial o vida sexual, o la víctima fuere un menor de edad o un incapaz, se impondrán las penas previstas en su mitad superior.

6. Si los hechos se realizan con fines lucrativos, se impondrán las penas respectivamente previstas en los apartados 1 al 4 de este artículo en su mitad superior. Si además afectan a datos de los mencionados en el apartado 5, la pena a imponer será la de prisión de cuatro a siete años."

Y el art. 197 del Código Penal tras la reforma por LO 5/2010, de 22 de junio que entró en vigor el 23 de diciembre de 2010 disponía:

1. El 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, será castigado con las penas de prisión de uno a cuatro años y multa de doce a veinticuatro meses.

2. Las mismas penas se impondrán al que, sin estar autorizado, se apodere, utilice o modifique, en perjuicio de tercero, datos reservados de carácter personal o familiar de otro que se hallen registrados en ficheros o soportes informáticos, electrónicos o telemáticos, o en cualquier otro tipo de archivo o registro público o privado. Iguales penas se impondrán a quien, sin estar autorizado, acceda por cualquier medio a los mismos y a quien los altere o utilice en perjuicio del titular de los datos o de un tercero.

3. El que por cualquier medio o procedimiento y vulnerando las medidas de seguridad establecidas para impedirlo, acceda sin autorización a datos o programas informáticos contenidos en un sistema informático o en parte del mismo o se mantenga dentro del mismo en contra de la voluntad de quien tenga el legítimo derecho a excluirlo, será castigado con pena de prisión de seis meses a dos años.

Cuando de acuerdo con lo establecido en el artículo 31 bis una persona jurídica sea responsable de los delitos comprendidos en este artículo, se le impondrá la pena de multa de seis meses a dos años. Atendidas las reglas establecidas en el artículo 66 bis, los jueces y tribunales podrán asimismo imponer las penas recogidas en las letras b) a g) del apartado 7 del artículo 33.

4. Se impondrá la pena de prisión de dos a cinco años si se difunden, revelan o ceden a terceros los datos o hechos descubiertos o las imágenes captadas a que se refieren los números anteriores.

Será castigado con las penas de prisión de uno a tres años y multa de doce a veinticuatro meses, el que, con conocimiento de su origen ilícito y sin haber tomado parte en su descubrimiento, realizare la conducta descrita en el párrafo anterior.

5. Si los hechos descritos en los apartados 1 y 2 de este artículo se realizan por las personas encargadas o responsables de los ficheros, soportes informáticos, electrónicos o telemáticos,

archivos o registros, se impondrá la pena de prisión de tres a cinco años, y si se difunden, ceden o revelan los datos reservados, se impondrá la pena en su mitad superior.

6. Igualmente, cuando los hechos descritos en los apartados anteriores afecten a datos de carácter personal que revelen la ideología, religión, creencias, salud, origen racial o vida sexual, o la víctima fuere un menor de edad o un incapaz, se impondrán las penas previstas en su mitad superior.

7. Si los hechos se realizan con fines lucrativos, se impondrán las penas respectivamente previstas en los apartados 1 al 4 de este artículo en su mitad superior. Si además afectan a datos de los mencionados en el apartado 5, la pena a imponer será la de prisión de cuatro a siete años.

8. Si los hechos descritos en los apartados anteriores se cometiesen en el seno de una organización o grupo criminales, se aplicarán respectivamente las penas superiores en grado.

Pasando el art. 197.3 del Código Penal a ser, con algunas modificaciones, el art. 197 bis tras la reforma operada por LO 1/2015.

De manera que el delito del art. 197.3 del Código Penal por el que se formula acusación no estaba vigente a la fecha de los hechos.

Podríamos pensar que si las acusaciones formulan acusación por el delito del art. 197.3 del Código Penal en la redacción dada por la LO 5/2010 es porque entienden que el nuevo apartado 3 del art. 197 sería un subtipo cualificado del art. 197.1 del Código Penal vigente a la fecha de los hechos, aplicando el mismo por ser más favorable al reo en atención a la pena prevista en el mismo (pena de prisión de seis meses a dos años).

Ahora bien tal y como expone la sentencia de la Audiencia Provincial de Alicante de 16 de septiembre de 2015 el apartado 3 del art. 197 del Código Penal introducido por la reforma operada por la LO 5/2010 no es un subtipo cualificado de los apartados anteriores del art. 197 del Código Penal sino que introduce un nuevo delito.

La Exposición de Motivos de la Ley Orgánica 5/2010 de 22 de junio por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre del Código Penal señalaba como justificación de la modificación legal del art. 197 del Código Penal que *“En el marco de los denominados delitos informáticos, para cumplimentar la Decisión Marco 2005/222/JAI, de 24 de febrero de 2005, relativa a los ataques contra los sistemas de información, se ha resuelto incardinar las conductas punibles en dos apartados diferentes, al tratarse de bienes jurídicos diversos. El primero, relativo a los daños, donde quedarían incluidas las consistentes en dañar, deteriorar, alterar, suprimir o hacer inaccesibles datos o programas informáticos ajenos, así como obstaculizar o interrumpir el funcionamiento de un sistema informático ajeno. El segundo*

apartado se refiere al descubrimiento y revelación de secretos, donde estaría comprendido el acceso sin autorización vulnerando las medidas de seguridad a datos o programas informáticos contenidos en un sistema o en parte del mismo.”

De manera que con la introducción del nuevo apartado 3 se pretendía penalizar conductas que anteriormente era penalmente irrelevantes. La propia Circular de la Fiscalía 1/2011 sobre la reforma del Código Penal operada por Ley Orgánica 5/2010 de 22 de junio consideraba que la novedad introducida en el art. 197.3 del Código Penal se caracterizaba por la criminalización “como novedad” de las conductas del denominado “hacking”, “que se define, con cierta similitud al allanamiento de morada, como el acceso a datos o programas informáticos con vulneración de las medidas de seguridad establecidas o mantenerse dentro del programa o sistema, contra la voluntad del titular”

La sentencia de la Audiencia Provincial de Girona de 22 de junio de 2015 realiza un estudio pormenorizado del delito tipificado en el art. 197.3 del Código Penal introducido por la reforma por LO 5/2010 tomando en consideración el estudio titulado “Límites de la Ley Penal del nuevo delito de intrusión informática” elaborado por D. Enrique Anarte Borrallo y Antonio Doval Pais, Profesor Titular (EU) de Derecho Penal y catedrático de Derecho Penal de la Universidad de Huelva y Universidad de Alicante, señalando la referida sentencia que el delito del art. 197.3 del Código Penal se enmarca “en el Capítulo denominado “Del descubrimiento y revelación de secretos” cuya estructura permite reconocer tres agrupaciones delictivas: de descubrimiento, de revelación y de intrusión” “A diferencia de la mayor parte de los delitos del capítulo, no se trata de una modalidad de descubrimiento, ni tampoco una figura de revelación de secretos, sino más precisamente de intromisión” “De las alternativas que presenta la inserción entre los delitos de descubrimiento de esta nueva infracción, la tesis que registra una mayor adhesión es la de que el art. 197.3 escapa a la lógica de la tutela directa y única de la intimidad y los datos personales y que marca un nuevo espacio de protección con un objeto jurídico diferenciado: la seguridad o la intangibilidad de los sistemas informáticos”

La sentencia del Tribunal Supremo Sala 2ª, S 3-2-2016, nº 40/2016, rec. 943/2015 señala “Recordamos que el artículo presenta una variedad de modalidades típicas regida por los verbos nucleares que delimitan la acción”

Ivan Salvadori, Doctor Europeo en Derecho Penal Económico y Derecho penal Informático, en su artículo “Los nuevos delitos informáticos introducidos en el Código Penal español con la Ley Orgánica 5/2010” hacía referencia a la “irrelevancia penal de las conductas de hacking en el Código Penal de 1995” señalando que “A diferencia de lo que se había previsto en la mayoría de los ordenamientos jurídicos europeos, el legislador español de 1995, no consideró necesario castigar el acceso no autorizado a un sistema informático (hacking) y que “para colmar las lagunas que no permitían castigar las conductas de hacking y cracking el legislador español de 2010 ha introducido en el Código Penal una disposición ad hoc para sancionar el acceso no autorizado a datos y programas informáticos (o “intrusismo informático”) “La primera conducta que castiga el art. 197.3 del Código Penal es la de acceso no autorizado a datos y programas

informáticos. De esta manera se colma definitivamente la laguna que no permitía castigar el mero hacking”. En este sentido asimismo la Sentencia de la Audiencia Provincial de Tarragona de 23 de julio de 2001 en la que se señala que “no todo acceso irregular a datos ajenos ha de ser penalmente relevante” en la redacción del art. 197 del Código Penal anterior a la reforma operada por LO 5/2010 que introduce el nuevo apartado 3.

En conclusión, el art. 197.3 del Código Penal introducido por la LO 5/2010 y que no estaba vigente a la fecha de los hechos no es un subtipo privilegiado del art. 197.1 del Código Penal vigente a la fecha de los hechos, por lo que tanto el Ministerio Fiscal como la acusación particular formulan acusación por un delito no vigente a la fecha de los hechos de manera que la redacción dada por la LO 5/2010 en ningún caso sería más favorable que la atipicidad. Ni por el Ministerio Fiscal ni por la acusación particular en sus conclusiones definitivas se formula acusación por un delito del art. 197.1 del Código Penal por lo que éste no puede aplicarse toda vez que el mismo prevé penas superiores a las previstas por el delito por el que se acusa.

Tal y como señala la sentencia de 18 de abril de 2016 de la sección 6ª de la Audiencia Provincial de Bizkaia: “Como establece, por ejemplo, la STS 634/2015, de 28 de octubre: *“El principio acusatorio exige la separación total entre las funciones de acusar y juzgar, con lo que se preserva estructuralmente la posición imparcial del Tribunal, y asimismo supone que nadie puede ser condenado sin que se haya formulado debidamente una acusación contra él. Dicho de otra forma, la condena presupone una acusación sostenida por alguien distinto del Tribunal que juzga. A ello se añade, aunque más en relación al derecho de defensa, que la acusación ha de formularse en condiciones tales que el acusado pueda defenderse de la misma. (... ..)*”

Esta correlación se manifiesta en la vinculación del Tribunal a algunos aspectos de la acusación, concretamente a la identidad de la persona contra la que se dirige, que no puede ser modificada en ningún caso; a los hechos que constituyen su objeto, que deben permanecer inalterables en su aspecto sustancial, aunque es posible que el Tribunal prescinda de elementos fácticos que no considere suficientemente probados o añada elementos circunstanciales o de detalle que permitan una mejor comprensión de lo sucedido, según la valoración de la prueba practicada; y a la calificación jurídica, de forma que no puede condenar por un delito más grave o que, no siéndolo, no sea homogéneo con el contenido en la acusación. La cuestión de la vinculación a la pena interesada por las acusaciones ha sido tratada por esta Sala Segunda del Tribunal Supremo en el Pleno no jurisdiccional de fecha 20 de diciembre de 2006, en el que acordó que “el Tribunal sentenciador no puede imponer pena superior a la más grave de las pedidas en concreto por las acusaciones, cualquiera que sea el tipo de procedimiento por el que se sustancie la causa”.

(...) “puede el Tribunal modificar la calificación jurídica, siempre que se trate de delitos homogéneos y que el delito recogido en la sentencia no sea más grave que el de la acusación”.

Toda esta doctrina se recoge, sintéticamente, por lo que respecta al ámbito del Procedimiento Abreviado, en el artículo 789.3 LECrim., que establece que “la sentencia no podrá imponer pena más grave de la solicitada por las acusaciones, ni condenar por delito

distinto cuando éste conlleve una diversidad de bien jurídico protegido o mutación sustancial del hecho enjuiciado”.

(...) Estamos ante una cuestión de legalidad, apreciable de oficio (arg. Pej. SAP Tenerife, Secc. 2ª, 26/2012, de 13 de enero, SAP Málaga, Secc. 2ª, 361/2011, de 14 de junio, o SAP Madrid, Secc. 29ª, 49/210, de 18 de febrero).”

Por todo ello, por aplicación del principio acusatorio, no pudiendo condenarse por hechos diferentes a los que son objeto de acusación ni por un delito diferente y más grave del que es objeto de acusación y resultando que el delito por el que se acusa no estaba en vigor a la fecha de comisión de los hechos, procede la absolución de los encausados.

CUARTO.- A tenor de lo dispuesto en el art. 240 de la LECrim procede declarar las costas de oficio.

Vistos los artículos citados y demás de general y pertinente aplicación.

FALLO

Que **DEBO ABSOLVER v ABSUELVO** a
y a **del DELITO del art. 197.3 del Código Penal en redacción dada por LO 5/2010 de 22 de junio** del que han sido acusados en el presente procedimiento con declaración de las costas de oficio.

La presente resolución no es firme y contra la misma cabe interponer recurso de apelación en ambos efectos en este Juzgado para ante la Ilma. Audiencia Provincial de Bizkaia en el plazo de DIEZ DÍAS desde su notificación.

Dedúzcase testimonio de esta sentencia que quedará en estas actuaciones, incluyéndose el original en el libro de sentencias.

Así por ésta mi sentencia, lo pronuncio, mando y firmo.

PUBLICACIÓN.- Dada, leída y publicada fue la anterior sentencia por el/la mismo/a Juez que la dictó, estando celebrando audiencia pública en BILBAO (BIZKAIA) a 7 de noviembre de 2016, de lo que yo, la LETRADA DE LA ADMINISTRACIÓN DE JUSTICIA, doy fe.

