



Roj: **SAP B 4555/2006 - ECLI:ES:APB:2006:4555**

Id Cendoj: **08019370022006100334**

Órgano: **Audiencia Provincial**

Sede: **Barcelona**

Sección: **2**

Fecha: **16/03/2006**

Nº de Recurso: **54/2006**

Nº de Resolución: **272/2006**

Procedimiento: **Apelación penal**

Ponente: **JAVIER ARZUA ARRUGAETA**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

Audiencia Provincial de Barcelona

SECCIÓN SEGUNDA

Rollo de Apelación nº 54/06

Procedimiento Abreviado nº 256/05

Juzgado de lo Penal 11 de Barcelona

SENTENCIA nº 272

Ilmos Srs Magistrados

D. Javier Arzua Arrugaeta

D. José Carlos Iglesias Martin

Dª Maria José Magaldi Paternostro

En Barcelona a dieciséis de marzo de dos mil seis

En nombre de S.M. el Rey la Sección Segunda de la Audiencia Provincial de Barcelona ha visto en grado de apelación los autos de Procedimiento Abreviado nº 56/05 procedentes del Juzgado de lo Penal número 11 de Barcelona en causa seguida por delitos de descubrimiento y revelación de secretos y daños habiendo sido partes en calidad de apelante el Ministerio Fiscal y en calidad de apelado Don Adolfo .

Ha sido Magistrado Ponente SSª Ilma. Don Javier Arzua Arrugaeta quien expresa el parecer del Tribunal.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- En fecha 22 de diciembre de 2005 se dictó por el Juzgado de lo Penal 11 de Barcelona sentencia en la causa Procedimiento Abreviado número 256/05 cuya parte dispositiva contiene el fallo que se da aquí por reproducido por razones de economía procesal.

SEGUNDO.- Contra la anterior sentencia se interpuso recurso de apelación por el Ministerio Fiscal que fue admitido a trámite, remitiéndose los autos a esta Sección, donde tuvieron su entrada a 14 de febrero de 2006 señalándose el día de la fecha para la preceptiva deliberación y votación del recurso.

TERCERO.- En la tramitación y sustanciación del recurso se han observado y cumplido todas las prescripciones legales salvo la fecha de señalamiento debido a la elevada carga competencial del Tribunal.

CUARTO.- Se aceptan los Antecedentes de Hechos y los Hechos Probados de la sentencia apelada.

FUNDAMENTOS DE DERECHO



PRIMERO.- Por el Ministerio Fiscal y como único motivo de recurso se entiende, como único motivo de recurso y en síntesis, que la prueba practicada es suficiente para basar una sentencia condenatoria venciendo el principio de presunción de inocencia recogido en el art. 24-2 de nuestra Constitución habiendo existido un error por parte del Juez de Instancia en la valoración de dicho material probatorio. Concretamente se solicita la condena del acusado Sr. Adolfo como autor del delito de descubrimiento y revelación de secretos en las modalidades recogidas en los arts. 197.2.3 y 5 del cº Penal. El Juzgador basa su opción absolutoria en que dicho acusado tras acceder a la base de datos del PIRMI hizo 4 o 5 capturas puntuales de pantalla para poder avisar al administrador de la Generalitat de que existía un fallo de seguridad y las guardó en un archivador FTP teniendo siempre la intención de que se protegiera sin que se pruebe que fuera autor de la actividad posterior consistente en colgar determinado archivo, así como los mensajes y un enlace a la web de la Generalitat.

Para mayor claridad de la presente resolución procede analizar en primer lugar la concurrencia de los elementos propios del tipo básico de dicho delito como es el recogido en el apartado 2 de dicho precepto y en concreto al que sanciona la conducta de quien, sin estar autorizado, acceda por cualquier medio a los datos reservados de carácter personal o familiar. En relación con la naturaleza y elementos de dicho tipo penal entiende el apelante que no es preciso en este caso el ánimo específico de actuar "en perjuicio de terceros" en tanto en cuanto en las demás modalidades recogidas en dicho precepto y en concreto en el primer inciso del art. 197.2 y el segundo supuesto del inciso segundo se exige concretamente dicho ánimo específico de forma que es suficiente para cumplir el tipo penal el mero acceso a los datos y el no estar autorizado para ello elementos cuya concurrencia no ofrece duda alguna ya que se deducen de la propia declaración del acusado y así se ha declarado probado: "decidió obtener algunas capturas que demostraran la posibilidad de acceso¿. Posteriormente las citadas capturas se grabaron en primer lugar en el disco duro del ordenador¿" siendo precisamente la base de la absolución como ya se ha dicho el que no existe suficiente constancia de que existiera dicho ánimo de perjudicar a un tercero.

Sobre esta cuestión el sentencia no contiene razonamiento alguno si bien es lógico entender que, al basarse la absolución en la falta de dicho elemento subjetivo -como ya se ha dicho- el Juzgador no comparte el criterio del apelante sobre este particular. Entiende el Tribunal que desde un punto de vista puramente gramatical la interpretación de dicho precepto parece ajustarse más a la expuesta por la parte apelante pues si el legislador hubiera querido exigir dicha intención de perjudicar tanto en el mero acceso como en la alteración o uso parece que hubiera sido gramaticalmente más correcto intercalar una coma antes de hacer referencia a dicho perjuicio: "...que los altere o utilice, en perjuicio del titular de los datos o de un tercero" pues de esta forma habría de entenderse dicho perjuicio como referido al conjunto de las modalidades anteriormente expuestas y esta interpretación se apoya en la redacción del apartado primero cuando se refiere al que ", para descubrir los secretos o vulnerar la intimidad de otra persona, sin su consentimiento.." así como en la primera modalidad del apartado segundo: "¿utilice o modifique, en perjuicio de un tercero, datos reservados¿". No obstante lo expuesto el Tribunal discrepa del criterio del apelante pues, partiendo de que es humanamente factible que el legislador haya incurrido en un error de redacción, resulta una equivocación de mucho mayor calado el equiparar a nivel sancionatorio la conducta de quien simplemente accede a los referidos datos reservados con la de quien los altera o utiliza pues es evidente que estas últimas acciones necesariamente presuponen un previo acceso a los mismos y la interpretación puramente gramatical lleva a una conclusión aún más absurda pues el legislador estaría requiriendo para una conducta lógicamente más grave -al suponer una actuación plural- la concurrencia de un nuevo elemento de carácter subjetivo como es el de que la alteración o uso se haga "en perjuicio del titular de los datos o de un tercero" no haciéndolo en el caso menos grave del mero acceso. En el mismo sentido contrario a la tesis del apelante resultaría que el mero acceso merecería la misma sanción prevista para los supuestos recogidos en el mismo apartado segundo en los que también se exige dicho perjuicio y para los recogidos en el apartado Primero del mismo art. que también requieren un elemento intencional como es el de "descubrir los secretos o vulnerar la intimidad de otra persona". Por otro lado, en relación con lo antes expuesto, entiende el Tribunal que la sanción por vía penal del simple acceso supone desorbitar el ámbito penal que debe quedar, conforme a un conocido principio, limitado a los ataques más graves a los bienes jurídicos protegidos dejando prácticamente sin contenido el control judicial de dichas conductas por vía civil

SEGUNDO.- De acuerdo con lo expuesto es preciso analizar el material probatorio que pueda apoyar la concurrencia de dicha actuación en perjuicio del titular o de terceros siendo evidente que de no acreditarse la comisión del referido tipo básico tampoco serían de aplicación las modalidades agravadas recogidas en los apartados Tercero y Quinto del mismo art. 197 tal como se solicita por la parte apelante en su escrito de recurso siendo de añadir al respecto que si bien no se hace concreta referencia a éstos últimos preceptos en el escrito de conclusiones, elevadas a definitivas en el trámite correspondiente, su aplicación puede basarse en los hechos objeto de imputación y relacionados en el apartado Primero de dichas conclusiones.



Sobre este tema es forzoso hacer referencia al reiterado criterio mantenido por este Tribunal a partir de la sentencia de 21 de junio de 2004, Rollo de apelación 768/04 al que ya se hace referencia en el escrito de alegaciones de la parte apelada y que se reproduce literalmente en lo que interesa al presente caso.

"En la resolución de este motivo de recurso ha de partirse obligadamente (así lo impone el artículo 5º 1 de la L.O.P.J.) de la reciente doctrina sentada por el Tribunal Constitucional en la Sentencia 167/2002, de 18 de septiembre, confirmada y reiterada posteriormente en las SSTC 197/2002, 198/2002 y 200/2002, todas ellas de 28 de octubre; 212/2002, de 11 de noviembre; 230/2002 de 9 de diciembre; 41/2003, de 27 de febrero; 68/2003, de 9 de abril, y 118/2003, de 16 de junio, entre otras.

En estas resoluciones el máximo intérprete de la Constitución señala que no es posible, sin quiebra del derecho fundamental a un proceso con todas las garantías consagrado en el art. 24.2 de la Constitución Española, revocar en grado de apelación una sentencia penal absolutoria sobre la base de una nueva valoración de pruebas que, por su propia naturaleza, sólo pueden ser adecuadamente valoradas si se han recibido con la debida inmediación (así, singularmente, las declaraciones vertidas en el juicio por acusados o testigos y la prueba pericial), salvo que el tribunal de apelación haya podido examinar por sí mismo y en vista pública las indicadas pruebas.

Como la vigente Ley de Enjuiciamiento Criminal no contempla la posibilidad de reiterar en segunda instancia pruebas ya practicadas en primera instancia (piénsese, en efecto, que el artículo 795.3 del citado cuerpo legal, al disciplinar la práctica de prueba en segunda instancia, únicamente contempla la práctica de pruebas que no fueron practicadas en primera instancia - ya porque no pudieron ser propuestas, ya porque fueron indebidamente denegadas o no fueron practicadas por causas no imputables a la parte recurrente-) de ello se sigue que, no estando legalmente prevista la posibilidad de examinar de nuevo en esta alzada al acusado y a los testigos, cuyas declaraciones, según el Ministerio Público, fueron erróneamente valoradas por el Juez a quo, no le cabe a esta Sala más salida que desestimar la pretensión condenatoria deducida, al no poder examinar por sí misma dichas pruebas y al estarle vedado, con arreglo a la indicada jurisprudencia constitucional, una nueva valoración de dichas pruebas sin estar sujetas a los principios de inmediación y contradicción."

Bien es cierto que, aún basándose sustancialmente la absolución en la credibilidad que el acusado le ha merecido al Juzgador, el apelante aporta una serie de datos contradictorios con su versión consistente en que su único propósito era la de llamar la atención de la Generalitat sobre la existencia de un error de seguridad en la base de datos del PIRMI del Departament de Treball i Benestar Social de la Generalitat remitiendo a tal efecto un mensaje al sitio Web opinió@busties.gencat.net. lo que incompatible con la necesaria actuación "en perjuicio del titular de los datos o de un tercero" pero, aparte de lo que se dirá más adelante sobre la relevancia de dichos datos, ello no impide que el Juzgador haya podido valorar las explicaciones dadas sobre el particular por el apelado, caso de que le fueran exigidas, de forma que, en definitiva, sigue constituyendo una base sustancial de la absolución la apreciación directa del Juzgador de dichas declaraciones.

Así, por un lado, el Ministerio Fiscal argumenta que carece de lógica que el supuesto tercero, conocedor de las instrucciones necesarias para acceder a la página reservada no lo haga personalmente y se lo encargue a otra persona -en este caso el acusado- a fin de que ésta le remita las capturas de pantalla realizadas. Se añade, siguiendo el mismo razonamiento, que ello solo se entiende en tanto en cuanto el ahora acusado tenía el control de otra página web donde se podían colgar dichas capturas y así ser conocidas por el resto de internautas tal como ocurría en el caso de autos con el Sr. Adolfo respecto a la página "kamasutrababes". Como apoyo de tal afirmación se alega que en posesión del acusado se encontró un CD conteniendo todos los archivos precisos para conformar dicha página teniendo fecha anterior a la de los hechos de autos. Entiende el Tribunal que dichos datos no tienen una interpretación inequívoca pues, por un lado, de acuerdo con el extenso informe pericial emitido en el acto de la vista oral por el miembro de los Mossos d'Esquadra número 6680 perteneciente de la Unitat de Delictes en Tecnologia de la Informació ratificando y ampliando los dictámenes obrantes a los folios 522 a 588 y 636 a 704 no se puede descartar que sea cierta la versión del acusado conforme al cual el contenido de dicho CD puede deberse a una copia posterior por parte del mismo: "Ese CDRomCat pudo corresponder a que Adolfo lo copiara después de bajarse una página web"; por otro reconocen la imposibilidad de establecer la fecha real de los archivos al figurar aquella en el sistema interno no en el disco duro que se llevaron y tampoco pueden establecer que fuera el ahora apelado el que "colgara" los datos en la mencionada página web. En consecuencia el hecho de que un tercero remita al Sr. Adolfo las instrucciones necesarias para acceder a la información reservada para que éste sea quien materialmente realice las "capturas" y se las remita a su vez puede resultar ilógico pero no lo es tanto en un marco de colaboración entre integrantes de un mismo grupo de "hackers" como es el caso y la explicación para semejante conducta alegada por el apelante carece de base suficiente por lo ya expuesto.

Por otro lado bien es cierto que no consta que el Sr. Adolfo remitiera comunicación alguna a la Generalitat sobre la existencia de dichos fallos de seguridad pero de hecho no cabe olvidar que se trataba de una



colaboración con terceros que no han sido identificados cualquiera de los cuales podía llevar a cabo dicha remisión y de hecho no se discute que ésta tuviera lugar según resulta de los folios 73 a 77. El apelante también alude al hallazgo de "datos electrónicos" tanto en soporte CD como en el disco duro de su ordenador que apoyarían su tesis de que el acusado no se limitó a hacer un favor a un tercero sino que directa y personalmente realizó dicha actividad a fin de ponerla a disposición de otros internautas. Sin embargo el hecho de que dicha parte, salvo lo que se dirá más adelante, omita detallar cuales puedan ser esos concretos "datos electrónicos" que, supuestamente, apoyan su tesis impide que el Tribunal pueda valorar su valor probatorio. Solo se menciona cierto "diario electrónico" que según se afirma "se ajustaba plenamente a la realidad" pero también en este caso llama la atención la falta de concreción sobre cuales son las partes concretas relevantes de dicho diario así como la "realidad" a la que se dice asemejar de forma que el Tribunal sigue careciendo de términos de comparación que permitan excluir de forma indubitada la afirmación del acusado en el sentido de que se trata de un texto "novelística y fantasiosamente escrito" en el que se intercalan datos ciertos con otros imaginados aparte de recordar una vez más que el Juzgador ha tenido oportunidad de calibrar directamente la credibilidad del Sr. Adolfo al ser preguntado al respecto.

En consecuencia el recurso debe ser desestimado.

TERCERO.- Deben declararse de oficio las costas devengadas en esta segunda instancia.

Vistos los artículos citados, criterios expuestos y demás normas jurídicas de general y pertinente aplicación tanto del Código Penal como de la L.E.Cr., administrando en esta instancia Justicia que emana del Pueblo en nombre de S.M. el Rey

FALLAMOS

Que con desestimación del recurso de apelación interpuesto por el Ministerio Fiscal contra la sentencia dictada en fecha 22 de diciembre de 2005 por el Juzgado de lo Penal 11 de Barcelona en la causa Procedimiento Abreviado nº 256/05 debemos confirmamos y confirmamos íntegramente dicha resolución.

Se declaran de oficio las devengadas en esta segunda instancia.

Notifíquese esta resolución, de la que se unirá certificación al Rollo de Sala, al Ministerio Fiscal y a las partes, haciéndoles saber que contra la misma no cabe recurso ordinario alguno, remítanse los autos al Juzgado de su procedencia para su conocimiento y efectos y, verificado ello, archívese el Rollo sin mas trámites, previas las oportunas anotaciones en los Libros Registro correspondientes.

Así, por esta nuestra sentencia, la pronunciamos, mandamos y firmamos

PUBLICACIÓN.- Leída y publicada ha sido la anterior sentencia en el día de su fecha por el Ilmo Sr. Magistrado Ponente hallándose celebrando audiencia pública. DOY FE