

Núm. de Causa: 3400028/2010
Núm. de Rotlle: TSJP-0000011/2018

SENTÈNCIA 22-2018

PARTS:

Recorrent: MINISTERI FISCAL

Recorregut: Sr. J.C.B.
Advocat: Sr. E.C.A.

COMPOSICIÓ DEL TRIBUNAL:

President: M. I. Sr. Yves PICOD
Magistrats: M. I. Sra. Marie CONTE
M. I. Sra. Fátima RAMÍREZ SOUTO

Andorra la Vella, setze d'abril del dos mil divuit.

En el recurs d'apel·lació interposat contra la sentència de data 29 de desembre del 2017 dictada pel Tribunal de Corts en la causa de referència, seguida pels delictes majors d'intercepció de telecomunicacions per vulnerar la intimitat d'un altre sense el seu consentiment tipificat a l'article 183 del Codi Penal, de creació sense autorització i en perjudici de tercers de fitxers clandestins de dades personals automatitzats electrònicament en infracció d'allò que es disposa en les normes legals de protecció de dades personals, tipificat a l'article 184.a) del Codi Penal, i de creació mediata de document inveraç tipificat a l'article 438.1 del Codi Penal, els components de la Sala Penal del Tribunal Superior de Justícia expressats al marge s'han constituït per a la vista i decisió, és ponent la M. Il·ltre. **Sra. Fátima RAMÍREZ SOUTO**.

ANTECEDENTS DE FET

I.- RESULTANT: que el Tribunal de Corts dictà sentència de data 29 de desembre del 2017 amb la següent part dispositiva:

“DECIDIM:

ABSOLDRE J.C.B. del delict major de creació sense autorització i en perjudici de tercers de fitxers clandestins de dades personals automatitzats electrònicament en infracció d'allò que es disposa en les normes legals de protecció de dades personals tipificat a l'article 184.a) i del delict major de creació mediata de document invertejat de l'article 438.1 del Codi penal dels que venia acusat, declarant d'ofici les despeses processals causades.

CONDEMNAR J.C.B., com responsable penal en concepte d'autor, del delict major de intercepció de telecomunicacions per vulnerar la intimitat d'un altre sense el seu consentiment tipificat a l'article 183 del Codi penal, sense que concorrin circumstancies modificatives de la responsabilitat penal a la pena d'UN ANY DE PRESÓ CONDICIONAL fixant el termini de suspensió de la condemna en dos anys i al pagament de les despeses processals causades.

No procedeix efectuar cap pronunciament en matèria de responsabilitat civil.”

II.- RESULTANT: que el precedent fallo es recolza en els següents fets que declara provats en el seu primer Resultant:

“SÓN FETS PROVATS: vers les 16,30 hores del dia 6 d'octubre del 2005, el processat J.C.B., nascut el 00 d'abril de 1947, de nacionalitat espanyola i sense antecedents penals, denuncià prop de l'Agència Andorrana de Protecció de Dades (APDA) la troballa a Internet d'un fitxer comprimit de dades d'usuaris i mots clau del domini andorra.ad, hostatjat i administrat pel Servei de Telecomunicacions d'Andorra (STA), actualment SOM Telecom Andorra, posant així en coneixement la possible vulneració i divulgació de dades de caràcter personal.

El processat J.C.B. en la seva compareixença exposà que durant la matinada entre els dies 29 i 30 de setembre i el dia 3 d'octubre del 2005, en el seu domicili i amb el seu ordinador personal, mentre buscava un password d'un programa per baixar una pel·lícula d'Internet o un serial d'un programa anomenat Quark Express de disseny gràfic, utilitzant el programa servidor Emule, descarregà casualment des dels servidors Sonny Boy 4 i Donkey Server 3, un fitxer informàtic comprimit en format .zip anomenat “100 email accounts password yahoo aol msm account emails password Hotmail lycos mail cheat list” que, un cop descomprimit, contenia altres dos fitxers que s'obrien conjuntament : un fitxer tipus pdf anomenat “Thank You PDF” amb data de de creació 2/01/2004, i un fitxer tipus .txt anomenat “12500IMA Tested März 05.txt “ amb data de creació 30/09/2005, que contenia una capçalera amb 19 línies de dades introductòries en llengua alemanya amb el text 12.500 IMA TESTED MARÇ 2004 que explicava que es tractava d'un arxiu spam, l'autor agraïa la visita a la seva web i enviava altres adreces on hi havia més dades spam (el fitxer estava verificat i actualitzat el mes de març de 2005), després d'aquest text introductori hi havia una llista de 15.980 adreces de correu electrònic corresponents al domini andorra.ad, identificables amb els noms i cognoms de persones

físiques i jurídiques, seguides dels seus corresponents codis o contrasenyes d'accés en format llegible, mots claus verificats com a correctes i permetent accedir a informació confidencial del servei de correu andorra.ad, trobant-se entre els usuaris el propi denunciant, organismes públics (Fiscalia, Govern, advocats...) i privats (empreses) diversos del Principat.

El mateix processat, en el moment de la denúncia a l'APDA aportà el seu ordinador portàtil marca TOSHIBA referència S2401-304 model PS2241E-6HWP1-SP serial núm. X G, amb el que havia fet la troballa. En aquell mateix acte V.M.L.R. copià en un CD els arxius descomprimits.

Uns dies mes tard, el 17 de novembre del 2005, el processat J.C.B. es personà de nou en les oficines de l'Apda i aporta un disc CD-rom, creat per ell mateix com a complement de la seva denúncia primera efectuada en data 6 d'octubre, que contenia una captura de pantalla de l'existència d'un ordinador andorrà amb adreça IP 194.158.XX.XXX (IP pública donada als usuaris del servei de connexió Internet ADSL de l'STA de forma dinàmica) que segons semblaria compartia el fitxer d'usuaris i mots claus la matinada del dia 29 de setembre i el dia 1 d'octubre de 2005, també trobat al servidor P2P Emule, segons consta a l'acta aixecat per la Sra. C., inspectora de la mencionada agència. Aquesta IP era utilitzada en aquell moment per l'ordinador del Sr. F.A.A.P., empleat del STA que no era a la llista de persones autoritzades per raons professionals a tenir accés al fitxer de contrasenyes.

III.- RESULTANT: que contra l'esmentada sentència interposa recurs el Ministeri Fiscal impugnant l'absolució pel delictes major de creació sense autorització i en perjudici de tercers de fitxers clandestins de dades personals automatitzats electrònicament en infracció d'allò que es disposa en les normes legals de protecció de dades personals, tipificat a l'article 184.a) del Codi Penal, i de creació mediata de document invertejat, tipificat a l'article 438.1 del Codi Penal, interessant la condemna per aquests delictes per considerar erròniament valorades les proves pel Tribunal de Corts.

IV.- RESULTANT: que la defensa de J.C.B. impugna el recurs del Ministeri Fiscal i interessa la confirmació de la sentència pel que fa a l'absolució dels dos delictes i la revisió per part del Tribunal de la condemna pel delictes major d'intercepció de telecomunicacions per vulnerar la intimitat d'un altre sense el seu consentiment.

FONAMENTS DE DRET

I.- CONSIDERANT: que el Ministeri Fiscal al·lega que l'absolució de J.C.B. és el resultat d'una errònia valoració de les proves pel Tribunal de Corts respecte a l'origen del fitxer comprimit anomenat *"100 email accounts password yahoo aol msm account emails password Hotmail lycos mail cheat list"* dintre del qual es trobava el fitxer denominat *"12500IMA Tested März 05.txt"* que contenia les 15.980 adreces de correu electrònic corresponents al domini andorra.ad amb les seves contrasenyes.

Exposa el Ministeri Fiscal els indicis en els que sustenta que l'acusat no va trobar el fitxer comprimit a Internet de forma casual i que el va crear ell amb la finalitat de desacreditar a l'empresa parapública STA i el Govern d'Andorra, posant de relleu l'existència de deficiències del servei en relació a la seguretat de les contrasenyes de correu electrònic.

Aquests indicis es basen fonamentalment en l'informe pericial realitzat pel Servei de Policia i en l'auditoria feta per l'empresa TSystem, que consideren que el fitxer *12500IMA Tested März 05.txt* amb les adreces de correu electrònic corresponents al domini andorra.ad que va ser copiat des de l'ordinador portàtil de l'acusat en un CD en les dependències de l'APDA, no va ser trobat a Internet malgrat la recerca exhaustiva que es va fer del mateix, i en els fitxers que es van trobar amb el nom *"100 email accounts password yahoo aol msm account emails password Hotmail lycos mail cheat list"* no apareixien les adreces de correu.

Tampoc es va trobar a l'ordinador de J.C.B. cap rastre del fitxer i això va portar als investigadors a concloure que podia haver esborrat voluntàriament tot rastre del mateix en el seu ordinador i que va fer servir un disc dur extern per fer impossible la seva trobada i poder comprovar el seu veritable origen.

A més dels informes del Servei de Policia i de TSystem, el pèrit Sr. C. va realitzar un altre informe a instància del Sr. J.C.B. i va qüestionar la fiabilitat de la recerca a Internet del fitxer a través del seu nom, ja que l'únic criteri de recerca fiable es pel *hash* en ser invariable i garantir la identitat del contingut de l'arxiu, a diferència del nom que pot ser canviat. Això va portar al pèrit a la conclusió de que no es podia afirmar que el fitxer no estava a Internet. Aquesta mateixa conclusió queda reflectida al foli 36 de l'informe de TSystem quan es diu que *aquest fitxer lliurat pot haver sortit d'Internet o haver estat creat o modificat ad-hoc per algú sense que hi hagi manera de demostrar-ho*.

Tanmateix, s'ha de considerar que quan el Sr. J.C.B. va portar el seu ordinador a l'oficina de l'APDA, després de ser copiat el fitxer va ser esborrat de l'ordinador, que aquest li va ser retornat i que el va fer servir durant 208 dies, fets declarats provats a la sentència que no han estat impugnats.

També va posar de relleu el mateix pèrit que l'ús continuat de l'ordinador pel Sr. J.C.B. va determinar que moltes dades les esborrés de forma automàtica el propi sistema operatiu per l'escassa capacitat

d'emmagatzematge del disc dur de l'ordinador (30 GB), i que és normal que l'usuari també esborri historials de navegació i fitxers temporals i no temporals. D'altra banda, l'ús d'un disc extern va explicar el pèrit que no és un fet anòmal quan és vol tenir més capacitat d'emmagatzematge. Tot això qüestiona de forma raonable que l'esborrat del fitxer i del seu rastre l'hagués fet de forma voluntària el Sr. J.C.B.

Respecte a la captura de pantalla de l'ordinador del Sr. F.A.A.P., és cert que l'informe del Servei de Policia conclou que es va fer en una data posterior al moment en que diu el Sr. J.C.B., però el pèrit Sr. C. aportà unes explicacions alternatives a la de que la captura es fes en una data posterior a la que va dir el processat, com són que l'arxiu que es va crear per a guardar la captura pogués haver estat involuntàriament modificat per canvis en la configuració de l'ordinador o per la descàrrega d'un software d'edició gràfica, o que l'arxiu aportat amb la còpia de la captura de pantalla va ser creat amb posterioritat a la data de la captura i abans de ser presentat a l'APDA, fet que podria determinar que consti la data de creació de l'arxiu i no de la captura de pantalla.

Respecte a aquesta captura aportada pel Sr. J.C.B., considera el Ministeri Fiscal que va ser falsejada de forma deliberada per aquell per inculpar al Sr. F.A.A.P. i crear l'aparença de que va ser ell el que va introduir a Internet el fitxer amb les adreces de correu electrònic, però no s'explica com va poder saber el processat que l'adreça IP 194.158.XX.XXX –algoritme dinàmic que serveix per identificar un usuari en un moment determinat i que és assignat de forma aleatòria per l'empresa gestora dels servei de telecomunicacions– era utilitzada en un determinat moment per l'ordinador del Sr. F.A.A.P., persona que casualment treballava a l'STA. En aquest sentit, el pèrit Sr. C. exposa en el seu informe, i no ha estat contradit, que és impossible predir o saber la IP d'una persona concreta abonada al servei d'Internet.

Partint de que no s'ha pogut demostrar la font o l'origen de la filtració del fitxer amb les adreces de correu electrònic, tal com s'al·lega pel Ministeri Fiscal, hi ha indicis de que el processat va ser qui va crear un fitxer comprimit contenint altres dos fitxers en un dels quals es trobaven les adreces de correu electrònic, però aquests indicis no són prou concloents per poder assignar de forma inequívoca a l'acusat la seva autoria perquè poden tenir una explicació diferent i alternativa a dita autoria, raó per la qual el Tribunal de Corts aplicant el principi "in dubio pro reo" va absoldre a l'acusat, absolució que ha de ser mantinguda per la Sala, tenint en compte també que la Sala no ha pogut percebre amb immediació les explicacions ofertes pels pèrits.

La confirmació de l'absolució del delictes de creació sense autorització i en perjudici de tercers de fitxers clandestins de dades personals automatitzats electrònicament determina igualment la confirmació de l'absolució del delictes de creació mediata de document invertejat perquè si no es pot considerar acreditat que el processat hagués creat el fitxer no es pot considerar provat que els fets exposats en la seva denúncia a l'APDA fossin falsos. En qualsevol cas, l'acte d'autorització d'inspecció que el Ministeri

Fiscal considera com el document en el que es consignen les manifestacions falses del processat no fa prova en front de tercers en quant que no acredita la realitat de les manifestacions d'aquest.

El recurs del Ministeri Fiscal, pel que s'ha exposat, es desestima.

II.- CONSIDERANT: que la representació de J.C.B. no ha interposat recurs d'apel·lació contra la seva condemna pel delictes major d'intercepció de telecomunicacions per vulnerar la intimitat d'un altre sense el seu consentiment, raó per la qual el Tribunal no pot analitzar la correcció de la condemna tal com interessa la representació del Sr. J.C.B. en el seu escrit d'impugnació del recurs del Ministeri Fiscal. No obstant, l'informe pericial del Servei de Policia i l'auditoria de TSystem va arribar a la conclusió de que el processat no es va limitar a accedir als arxius compartits per l'ordinador del Sr. F.A.A.P. a través del programa E-mule, sinó que una vegada conegut l'IP mitjançant el programa Angry IP va poder trobar un port obert i accedir i introduir-se a l'ordinador sense el consentiment del seu usuari.

III.- CONSIDERANT: que la sentència recorreguda ha de ser confirmada i es declaren d'ofici les costes del recurs.

Vistes la Constitució, El Codi Penal, el Codi de Procediment Penal, la jurisprudència d'aplicació, i altres fonts del Dret del Principat d'Andorra,

DECISIÓ

La Sala Penal del Tribunal Superior de Justícia d'Andorra, en nom del poble andorrà, decideix:

- 1.- DESESTIMAR el recurs d'apel·lació interposat pel Ministeri Fiscal.
- 2.- CONFIRMAR la sentència de data 29 de desembre del 2017 dictada pel Tribunal de Corts en la causa 34000028/2010.
- 3.- DECLARAR d'ofici les costes del recurs.

Aquesta sentència és ferma i executiva.

Manem que, una vegada notificada la present sentència a totes les parts, es retorni la causa al M. Tribunal de Corts, amb certificació de la present sentència, per al seu compliment i execució.

Així, per aquesta nostra sentència, definitivament jutjant, ho manem i signem.