

Sentencia de la Audiencia Provincial

Sección 6ª de Barcelona

18 de enero 2008

Audiencia Provincial de Barcelona (Sección 6ª).
Sentencia núm. 72/2008 de 18 enero

DESCUBRIMIENTO Y REVELACION DE SECRETOS: Apoderarse de papeles, cartas, mensajes de correo electrónico, interceptar sus telecomunicaciones o utilizar artificios técnicos de escucha para descubrir los secretos o vulnerar la intimidad de otro

El acusado abrió el sistema de correo electrónico de la víctima y procedió a remitir al marido de ésta un correo en el que le notificaba que ésta había mantenido conversaciones e intercambiado correos electrónicos con otra persona.

Jurisdicción: Penal

Recurso de Apelación núm. 166/2007

Ponente: Illma. Sra. Bibiana Segura Cros

La AP de Barcelona desestima el recurso de apelación interpuesto contra la Sentencia de fecha 30-04-2007 dictada por el Juzgado de lo Penal núm. 6 de Barcelona y la confirma, declarando de oficio las costas de esta alzada.

En la Ciudad de Barcelona, a dieciocho de enero de dos mil ocho.

La Sección Sexta de la Audiencia Provincial, constituida con los Ilmos. Sres. referenciados al margen, ha visto, en nombre de SM El Rey, en grado de apelación, el presente Rollo, dimanante del Procedimiento Abreviado, seguido con el núm. 389/06 por el Juzgado de lo Penal núm. 6 de Barcelona por un delito descubrimiento y revelación de secretos y un delito intentado de daños contra Marcelino, cuyas demás circunstancias ya obran en autos, representado por la Procuradora de los Tribunales Dña. Inmaculada Guasch y defendido por el Letrado D. Andrés Amador Gómez; actuando el Ministerio Fiscal en el ejercicio de la acusación pública; los cuales penden ante esta Superioridad en virtud del recurso de apelación interpuesto por la representación del acusado contra la Sentencia dictada en los mismos el día 30 de abril de 2007, por la Illma. Sra. Magistrada Juez del expresado Juzgado de lo Penal, y siendo Ponente la Illma. Sra. Magistrada Dª. Bibiana Segura Cros, quien expresa el parecer de la Sala.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO

La parte dispositiva de la Sentencia apelada es del tenor literal siguiente: "**FALLO: Que debo condenar y condeno a Marcelino como autor criminalmente responsable de un delito de descubrimiento y revelación de secretos, sin concurrencia de circunstancias modificativas de la responsabilidad penal, a la pena de dos años de prisión con la accesoria de inhabilitación para el ejercicio del derecho de sufragio pasivo durante la condena y como autor de un delito intentado de daños a la pena de 6 meses de prisión con la accesoria de inhabilitación para el derecho de sufragio pasivo durante la condena. Se declaran de oficio las costas procesales causadas**".

SEGUNDO

Admitido el recurso y de conformidad con lo establecido en el art. 795.4º de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, no siendo preceptivo el emplazamiento y comparecencia de las partes se siguieron los trámites legales de esta alzada y quedaron los autos vistos para sentencia.

TERCERO

En la tramitación y celebración del presente recurso se han observado las prescripciones legales exigidas al efecto.

HECHOS PROBADOS

SE ACEPTA la declaración de hechos probados contenida en la Sentencia apelada en todo aquello que no se oponga a la presente resolución.

FUNDAMENTOS JURIDICOS

PRIMERO

Recorre la representación de Marcelino alegando: 1) Quebrantamiento de normas y garantías procesales, pues se infringe el principio de "*non bis in idem*" por el hecho de modificar el Auto de Archivo dictado en su día. 2) Error en la apreciación de la prueba, considerando el recurrente que la sentencia confunde los términos Virus y programa de acceso remoto; no hay certeza de que los datos reservados a que alude la denunciante provengan del ordenador. 3) Infracción del principio de presunción de inocencia, art. 24.2 Const. en relación con el art. 197.2 CP, falta de indicios o prueba indiciaria suficiente para enervar la presunción de inocencia. 4) Infracción del principio de presunción de inocencia, art. 24.2 en relación con el art. 264.2 en cuanto al delito de daños. 4) Infracción de norma legal, vulneración de lo dispuesto en el art. 197.2 y 3 CP. 5) Infracción de norma legal en relación con el art. 264.2 CP inexistencia de dolo y principio "in dubio pro reo". 6)

Infracción de norma legal, vulneración del art. 625.1 CP por falta de acreditación del importe en su caso de los daños ocasionados.

SEGUNDO

La primera de las alegaciones debe ser de plano rechazada, pues en su día fue revocado el Auto de Archivo. El dictado del Auto en fase instructora no puede en absoluto llevar a la conclusión de existencia de cosa juzgada, Auto que no resultó ser definitivo pues revocado en su día.

TERCERO

En cuanto a las alegaciones que efectúa el recurrente en relación con el delito de revelación de secretos.

La primera de las alegaciones efectuadas refiere infracción del principio "*non bis in idem*", pues en su día se archivaron las actuaciones y entiende que no es posible la reapertura del procedimiento. El motivo, debe decaer, pues si bien en su día se archivó provisionalmente el procedimiento de faltas incoado por no ser conocido el autor del los hechos, tras las investigaciones procedentes y averiguado el posible autor del delito, se incoaron diligencias previas.

El artículo 789.5 Primera de nuestra Ley de Enjuiciamiento Criminal, en el que se dispone que "*practicadas sin demora tales diligencias, o cuando no sean necesarias, el Juez adoptará alguna de las siguientes resoluciones: si estimare que el hecho no es constitutivo de infracción penal, mandará archivar las actuaciones. Si, aún estimando que el hecho puede ser constitutivo de delito, no hubiere autor conocido, acordará el sobreseimiento provisional, ordenando el archivo*"; y que, como el propio precepto señala, contra dicha resolución "*podrá interponerse recurso de apelación*".

El auto firme de sobreseimiento provisional cierra el procedimiento aunque puede ser dejado sin efecto si se cumplen ciertas condiciones. En la STC 34/83 viene a recoger este criterio al establecer que la firmeza corresponde tanto al sobreseimiento definitivo como al provisional y que es firme toda resolución que ya no puede ser recurrida.

Por tanto, y de acuerdo con la jurisprudencia citada, sólo cabe su reapertura en caso de aportarse "*nuevos datos con posterioridad adquiridos*". Así lo exige el principio de seguridad jurídica (art. 9.3 CE), no cabiendo la clausura y reapertura indiscriminada de procesos penales.

En definitiva, no puede hacerse ningún reproche al Juzgado porque deje abierta la posibilidad de que en un futuro pudieran presentarse indicios hasta ahora desconocidos, lo cual no quiere decir que el procedimiento judicial se mantenga abierto pues lo cierto es que ya está sobreseído y decretado su archivo, aunque sea dejando abierta la posibilidad teórica de una reapertura si se

obtuvieran nuevos datos inculpatorios. Ello es lo que ocurrió en el supuesto de autos, que tras continuar las diligencias de investigación por parte de la Policía, se averiguó la identidad del autor de las direcciones de correo electrónico a través de las que se remitían los correos a la dirección electrónica tanto de la denunciante como de su marido.

Según doctrina del Tribunal Constitucional *«el principio jurídico "non bis idem" determina, que no tenga lugar una duplicidad de sanciones cuando exista identidad de sujeto, hecho y fundamento. Y si bien no se encuentra recogido expresamente en los artículos 14 al 30 de la CE que reconocen los derechos y libertades susceptibles de amparo (art. 53.2 CE y 41 LOTC) va íntimamente unido a los principios de legalidad y tipicidad de las infracciones recogidos principalmente en el art. 25 de la CE; así lo ha declarado el TC y se configura como un derecho fundamental del sancionado. Por tanto el principio de legalidad en materia penal y sancionadora, consagrado en el artículo 25 CE y dentro del cual se considera incluido el principio "non bis in idem", veda la imposición de dualidad de sanciones por unos mismos hechos. La existencia pues de dos pronunciamientos condenatorios por una misma conducta integrada en un ilícito penal y con fundamento en éste, vulneraría el principio y se opondría al derecho fundamental consagrado en el artículo 15 CE».*

Ello no ocurre en el supuesto de autos, por lo que procede desestimar el primero de los motivos invocados por el recurrente.

CUARTO

En cuanto al alegado error en la apreciación de la prueba, la sentencia recurrida construye su relato de hechos probados partiendo de la prueba practicada en el acto del juicio oral, valorada por el Juez sentenciador desde la independencia e imparcialidad que le corresponden y que nadie cuestiona, y desde la posición de privilegio que para ello ostenta en virtud de la intermediación procesal. Las conclusiones así alcanzadas solo podrían ser objeto de revisión, de resultar ilógicas, arbitrarias o irregulares, lo que no ocurre en el presente caso.

El recurrente alega que la sentencia de instancia confunde los conceptos de virus y programa.

Examinado el CD soporte del juicio oral, las manifestaciones tanto del acusado como de la testigo Dolores son totalmente contradictorias, pues si bien el primero manifestó que accedió al ordenador de la testigo con autorización de la misma, ésta manifestó que envió al acusado una hoja Excel para que le ayudara con la contabilidad y éste se la devolvía rellena, pero que nunca consintió que él entrara en su ordenador ni en sus direcciones ni en sus archivos personales. El perito Sr. Javier fue contundente al manifestar que a un ordenador se puede acceder tanto mediante la ejecución de un programa con consentimiento del servidor, como mediante otras formas sin consentimiento del servidor, como pudiera ser a través de un virus Troyano.

El propio acusado en su declaración policial (folio 92) ratificada al declarar como imputado (folio 152) manifestó que utilizaba las direcciones electrónicas DIRECCION000@hotmail.com y DIRECCION001@internepolis.com y que utilizaba el alias "Botines" en sus conversaciones por chat en los años 2003 y 2004, así como que "curioseó" en el ordenador de la Sra. Dolores. En el acto del juicio reconoció nuevamente haber chateado con la Sra. Dolores, que utilizaba esas dos direcciones y apodo, pero matizó que al manifestar que "curioseó" en el ordenador de la testigo se refería a que fue exclusivamente las hojas de Excel de la denunciante. Reconoció en el acto del juicio que cuando la perjudicada dejó de contestarle le dijo que iba a decirle a su marido que ella estaba chateando con él, pues le supo mal que no le diera explicaciones de porque ella dejó de hablar con él, si bien niega haber accedido a la agenda de direcciones del ordenador así como haber enviado correo alguno al Sr. Marcos.

Basa su alegato el recurrente en la confusión a su entender de los conceptos de virus y programa, lo cual resulta indiferente, pues de ambas formas se puede acceder a un ordenador ajeno, bien por un programa remoto que requiere el consentimiento del titular del ordenador ajeno como a través de un virus como el Troyano u otros en cuyo caso no se requiere consentimiento alguno. Pues bien, **lo que resulta evidente es que el acusado accedió a información privada de la Sra. Dolores para lo cual carecía de autorización, así obtuvo datos de una conversación mantenida por la testigo con un tal "Santi" remitiendo el acusado al marido de la misma, Sr. Marcos un correo electrónico en el que le hacía saber que la denunciante mantenía conversaciones con el tal Santi (folio 14), correo que fue remitido a su vez a otras direcciones como la de la empresa en que la víctima trabaja, direcciones que obtuvo el acusado sin consentimiento alguno.**

Los hechos denunciados revisten caracteres de delito. Efectivamente el fundamento de la protección penal se encuentra en los arts 20.4 y 18.1 y 3 de la Constitución Española que protegen como derechos fundamentales de la persona la intimidad personal y familiar y el secreto de las comunicaciones, cuya interceptación significa una grave injerencia (STC 85/84) pues se pretende garantizar la impenetrabilidad de la comunicación (STC 114/84). **Este derecho constitucional está protegido en el art. 197 del Código Penal. El delito se consuma tan pronto como el sujeto activo accede a los datos, esto es, tan pronto los conoce y tiene a su disposición, pues solo con eso se ha quebrantado la reserva que los cubre pretendiendo que no trascienda fuera de la esfera en que se desenvuelve la privacidad de la persona y de su núcleo familiar. La revelación supone un plus de malicia y de ahí su agravación específica por la difusión (STS 18-II-1999).**

El art. 197.1 del Código Penal tipifica la conducta de quien, *«... 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...».*

En cuanto a la naturaleza de este ilícito, se define por la doctrina como delito imperfecto mutilado de dos actos, que no requiere para la consumación el efectivo descubrimiento de los secretos o datos íntimos contenidos en los documentos, papeles, cartas o mensajes electrónicos.

El sujeto debe apoderarse de estos objetos para descubrir los secretos o vulnerar la intimidad de otro; se acude así a la presencia de un elemento subjetivo del injusto para adelantar el momento de la consumación al acto de apoderamiento intencional, sin que sea precisa la efectiva toma de conocimiento de lo que contiene el documento para la perfección típica. El efectivo descubrimiento de la intimidad documental de otro, tan sólo juega un papel de engarce de este tipo básico con el tipo agravado de difusión o revelación tipificado en el núm. 3 del art. 197.3; pero, debe subrayarse que ese efectivo conocimiento es un elemento que se sitúa extramuros de la perfección del tipo básico expresado en el art. 197.1.

El número 2 del art. 197 que venimos citando, contiene la siguiente tipificación «... *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*». De las conductas típicas contenidas en el art. 197.2 del Código Penal nos interesa incidir únicamente en el acceso a datos reservados de carácter personal, como se explicará más abajo, que se hallen automatizados de forma electrónica o que obren en cualquier otro tipo de archivo o registro público o privado, es decir, el inciso final del epígrafe, puesto que la posible captura de datos, consistente en el apoderamiento del mensaje de correo electrónico quedaría comprendida en el número primero del mismo artículo.

El moderno sistema de comunicación y transmisión de datos e información que conocemos como correo electrónico, hace referencia a una realidad compleja compuesta de al menos, y a los efectos que ahora nos importan, tres elementos diferentes. Primero, cada uno de los concretos mensajes que a través de este procedimiento informático circulan; segundo, los ficheros que incorporan las aplicaciones, donde se guarda el correo entrante, el enviado, incluso aquellos mensajes que están preparados como borrador o ya han sido eliminados, y por último, la libreta de direcciones y el historial de tráfico registrado. Parecidamente a lo que ocurre con otros sistemas actuales como los teléfonos celulares portátiles, el correo electrónico, como sistema informático, contiene una ingente cantidad de datos de carácter personal, en diversa presentación y de diferentes características, que normalmente atañen a la esfera privada de las personas, y que encuentran variadas vías de protección en el art. 197 del Código Penal que hemos venido comentando. Protección que demanda un medio de comunicación y almacenaje de datos muy variados, muy vulnerables a la intromisión ajena, por diferentes medios muy eficaces, insidiosos y difícilmente detectables.

Y esta tutela penal se puede extender, así se desprende de forma evidente e indubitada de los textos que hemos analizado en el apartado anterior, en principio a todo tipo de fichero, registro, soporte y mensaje, con independencia de que se contengan o circulen a través de equipos informáticos o aplicaciones de titularidad pública o privada, puesto que es de todo punto posible,

y aun previsible, que al igual que desde un teléfono oficial se pueda mantener una conversación privada, desde un equipo informático público se pueda recibir o enviar un e-mail de contenido particular.

Efectivamente, no cabe duda de que estamos en presencia de actos de apoderamiento de un correo electrónico y de un acceso un fichero o soporte informático como es el listado de correo electrónico de la Sra. Dolores, la comprobación del tráfico por ésta sostenido y la selección de unos concretos mensajes y conversaciones por ésta mantenidos.

No obstante, es preciso distinguir entre las dos acciones nucleares; apoderamiento del correo y acceso a la base de datos de correo electrónico, resultando de todo punto intrascendente respecto de ambas si para acceder a esta aplicación era o no necesaria una clave de entrada y como consiguieran la misma el acusado.

Resulta subsumible en el art. 197.2 del Código Penal la conducta de quien sin estar autorizado, acceda por cualquier medio a 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. Y como también se analizó, el sistema de correo electrónico participa de la naturaleza de fichero o soporte de datos en tanto que conserva además de los mensajes concretos, listados de mensajes enviados o recibidos, libreta de direcciones, etc. El tipo presenta imperfecciones de redacción que provocan cierta oscuridad interpretativa, pudiéndonos plantear si lo que se penaliza es el mero acceso a los archivos, soportes o registros que contengan datos personales o sólo el acceso a éstos últimos. En la práctica, más aún en este supuesto, será muy difícil deslindar ambas acciones típicas puesto que al acceder al archivo ya se está tomando conocimiento de un contenido privado y reservado (la relación de mensajes, las listas de correo, etc.) que luego se profundiza si además se van abriendo los diferentes mensajes concretos.

Ello nos sitúa, como marco de partida, ante la consideración apriorística de que **la entrada in consentida en la aplicación de correo electrónico de otra persona y el recorrido por las diferentes bases de datos que el sistema contiene, incluso sin abrir ningún mensaje, puede ser penalmente típica ya que con ella se está produciendo una intromisión en la intimidad y susceptible de facilitar una toma de conocimiento de datos muy sensibles y reservados.** Además, pudiera sostenerse que el tipo del art. 197.2 in fine del Código Penal se presenta desprovisto de la necesaria concurrencia de otros elementos subjetivos del injusto adicionales como son el ánimo de descubrir los secretos o vulnerar la intimidad de otro, del número 1 del mismo artículo, o perjuicio de tercero que requiere el inciso primero del número 2, tal vez porque van implícitos en la propia acción.

Por lo tanto, el acusado al acceder a estos archivos, asumió como mínimo con dolo eventual, o por mejor decir de indiferencia, recogido por el Tribunal Supremo en numerosas resoluciones (Cfr. SS. de 02.12.04, 28.09.05 ó 18.11.05, entre otras), que con su proceder podría vulnerar la

legalidad penal, en tanto que el sistema de correo electrónico es un archivo, soporte o fichero que contiene datos, bases de datos e información que pueden ser reservados de carácter personal o familiar de otro.

Como consecuencia de lo anterior, podemos asentar que en el acusado al abrir el sistema de correo electrónico, concurría el elemento subjetivo de volición requerido, en su forma de dolo eventual, siendo suficiente situarse en una posición de indiferencia respecto del contenido posible de la aplicación del correo electrónico, y sin representación, ni posibilidad de acometer ningún acto de averiguación para poder prever el alcance de su conducta. Pero es que además, el acusado no tan sólo accedió al sistema de correo de la víctima, sino también procedió a remitir al marido de ésta un correo en el que le notificaba que ésta había mantenido conversaciones e intercambiado correos electrónicos con un tal "Santi", siendo indiferente contrariamente a lo alegado por el recurrente que el contenido de lo revelado por el acusado fuera o no cierto, pues la intromisión en la intimidad de la denunciante y la revelación de ésta no ofrece duda alguna.

El motivo debe por tanto ser desestimado.

QUINTO

Se alza también el recurrente contra la sentencia por entender vulnerado el art. 197.2 y 3 CP pues considera que los datos obtenidos por el acusado como son direcciones de correo electrónico, no constituyen datos reservados de carácter personal o familiar. El Tribunal se remite al análisis efectuado en el fundamento anterior y desestima el motivo alegado.

SEXTO

Por último procede analizar las alegaciones vertidas en relación con el delito intentado de daños consistentes en vulneración del principio de presunción de inocencia así como inexistencia de dolo, pues afirma el recurrente la falta de indicios de comisión del delito, así como la total falta de prueba de que de forma intencionada el acusado remitiera a Don. Marcos un virus informático, concluyendo que en forma alguna se produjo daño Sr. Marcos pues el virus fue detectado previamente por el sistema antivirus del que disponía el ordenador y en su caso, no se acredita, que los daños que se hubieran ocasionado fueran superiores a los 400 euros.

El control de la racionalidad de la inferencia no implica la sustitución del criterio valorativo del Tribunal sentenciador por el del Tribunal de apelación y mucho menos por el del recurrente. Como señalan las SSTS núms. 272/1995 de 23 de febrero o 515/1996 de 12 de julio, es evidente que el juicio relativo a si los indicios deben pesar más en la convicción del Tribunal sentenciador que la prueba pericial (de descargo), o la propia declaración exculpatoria del acusado, es una cuestión íntimamente vinculada a la inmediación que tuvo el Tribunal de los hechos, que no puede ser objeto de revisión por otro que no gozó de aquella inmediación y, por tanto, ni oyó ni vio la prueba practicada en su presencia. Este juicio podría únicamente ser impugnado si fuese

contrario a las reglas de la lógica o a las máximas de la experiencia. Es decir que queda fuera del ámbito del recurso la valoración por el Tribunal sentenciador del peso de los indicios incriminatorios en relación con las pruebas de descargo practicadas que el Tribunal valora con inmediación, otorgándoles o no credibilidad o con las manifestaciones exculpatorias del acusado, quien proporciona una versión fáctica alternativa que el Tribunal puede estimar convincente o bien inverosímil por su incoherencia interna, falta de consistencia, contradicción con datos objetivos debidamente acreditados, etc.; ponderación de elementos incriminatorios y de descargo que debe ser respetada, pues constituye el núcleo de la función enjuiciadora del Tribunal a quo, siempre que responda a las reglas de la lógica y del criterio humano. En definitiva, una vez constatado el cumplimiento de los requisitos formales anteriormente indicados, así como la concurrencia de indicios incriminatorios que cumplan las condiciones ya expresadas, no se trata de sustituir la ponderación efectuada por el Tribunal sentenciador de los indicios y contraindicios, sino únicamente de comprobar su racionalidad, así como la racionalidad del proceso deductivo que, desde dicha valoración, conduce a considerar acreditado el hecho consecuencia (en la misma línea las sentencias del Tribunal Supremo de 29 de noviembre de 2000, 5 de noviembre y 21 de diciembre de 2001 o 2 de enero de 2002).

Admitido por este Tribunal, tal como así recoge la sentencia de instancia, que fue el acusado quien remitió en fecha 19 de marzo de 2004, un correo electrónico que adjuntaba un virus a la dirección electrónica Sr. Marcos, pues efectivamente el propio acusado en diversas declaraciones ha reconocido que había utilizado la dirección de correo DIRECCION001 @internepolis.com, dato que a su vez fue corroborado por la propia entidad Retecal en la que prestaba sus servicios el acusado (folio 56), y por la investigación policial efectuada (folio 85), así como que de las actuaciones no se desprende que se haya destruido, cercenado o inutilizado, el disco duro del ordenador Sr. Marcos ni tampoco fueron alterados o dañados sus programas, lo que igual puede decirse del servidor, pues el propio sistema antivirus del ordenador eliminó el virus enviado por el acusado. Queda acreditado que no se causó un daño en los términos antes dichos pues nada se destruyó y nada perdió su valor o utilidad, si bien ello fue debido al sistema antivirus del que disponía el ordenador del Sr. Marcos, de no ser por esta circunstancia que el acusado desconocía, el comportamiento del autor, en todos sus actos, hubiera llevado inexorablemente a la consumación del resultado criminal propuesto.

El plan del acusado, pues, era racionalmente apto para la consecución del fin propuesto. Cuando la idoneidad de los actos realizados para llegar a dicho fin, son meramente ocasionales o circunstanciales, la tentativa debe ser tomada en consideración, en su categoría de relativamente inidónea.

La acción típicamente punible en que la tentativa consiste, debe ser apta para producir el resultado, pues lo que el artículo 16.1 del Código Penal expresa literalmente es que hay tentativa cuando el sujeto da principio a la ejecución del delito directamente por hechos exteriores, practicando todos o parte de los actos que objetivamente deberían producir el resultado y, sin

embargo, éste no se produce por causas independientes de la voluntad del autor. Es decir, el enjuiciamiento de la tentativa se agota con la determinación de la idoneidad de la conducta para producir el delito, y ello debe hacerse atendiendo a la conducta misma y no a circunstancias extrañas a la voluntad del agente, que serán muchas veces de carácter accidental. La tentativa se castiga por la capacidad de dicha acción para poner en peligro el bien jurídico protegido, siendo indiferente que a la postre dicho peligro se materialice o no de una manera efectiva.

Como dice la STS de 5 de diciembre de 2000 se trata de supuestos en los que la intervención penal se justifica plenamente porque el autor ha decidido vulnerar el bien jurídico tutelado, a través de una acción que no resulta ajena a la órbita del tipo y utilizando medios generalmente idóneos, aún cuando no lo sean en el caso concreto. La concepción contraria equivaldría, prácticamente, a la opción, no aceptada por el legislador, de la despenalización de la tentativa, pues desde una perspectiva "ex post" toda tentativa implica, en cierto modo, un error de su autor sobre la idoneidad de su acción.

Siendo por tanto la conducta del acusado punible, procede analizar la existencia o no de dolo como elemento configurador del tipo, dolo, directo o indirecto, como querer (distinto del móvil como fin u objetivo perseguido), que ha de inducirse lícita y racionalmente de cuantas circunstancias giren alrededor de la conducta enjuiciada, en cuyo análisis no puede faltar el amplio estudio de la personalidad del sujeto de que se trate, junto con todas aquéllas (anteriores, coetáneas y posteriores) que estén en el hecho concreto acaecido. Pues bien, en el supuesto de autos, acreditado que la dirección Sr. Marcos no pertenecía a la agenda habitual del acusado, no existe duda alguna de que de forma expresa, éste remitió el correo de 19 de marzo de 2004 que contenía el virus Wormnestsy.b, pues tuvo el acusado que introducir en su ordenador voluntariamente dicha dirección que no pertenecía al círculo de su entorno habitual.

Se alega por último por el recurrente que no queda acreditado que los daños que en su caso se hubieran ocasionado fueran superiores a 400 euros. La pretensión no puede ser acogida, pues los daños informáticos son daños cualificados que tienen una naturaleza delictiva con independencia del importe de su reparación (art. 264.2 C.P en contraposición con lo dispuesto en los arts. 263 y 264.1 C.P).

El motivo y consecuentemente el recurso debe desestimarse.

SÉPTIMO

Conforme a los artículos 239 y 240 de la LECrim procede declarar de oficio las costas procesales causadas en esta alzada.

VISTOS los preceptos citados y demás de general y pertinente aplicación,

FALLAMOS

Que, DESESTIMANDO el recurso de apelación formulado por la representación de Marcelino contra la Sentencia de fecha 30 de abril de 2007, dictada en los Autos de Procedimiento Abreviado de que dimana el presente rollo por el Juzgado de lo Penal nº6 de Barcelona, **debemos CONFIRMAR y CONFIRMAMOS íntegramente dicha resolución, declarando de oficio las costas de esta alzada.**

Notifíquese la presente resolución a las partes personadas, haciéndoles saber que contra la misma no cabe interponer recurso ordinario alguno. Devuélvanse los autos originales al Juzgado de su procedencia.

Así por esta nuestra sentencia, de la que se unirá certificación al rollo, y en nombre de SM El Rey, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.

DILIGENCIA DE PUBLICACIÓN.- La anterior Sentencia ha sido leída y publicada en el día de su fecha por la Ilma. Sra. Magistrado ponente, constituida en audiencia pública en la Sala de Vistas de esta Sección, de lo que yo, La Secretaria, doy fe.