



Roj: **SAP A 1731/2010 - ECLI: ES:APA:2010:1731**

Id Cendoj: **03014370022010100407**

Órgano: **Audiencia Provincial**

Sede: **Alicante/Alacant**

Sección: **2**

Fecha: **29/06/2010**

Nº de Recurso: **158/2009**

Nº de Resolución: **505/2010**

Procedimiento: **PENAL - APELACION PROCEDIMIENTO ABREVIADO**

Ponente: **JULIO JOSE UBEDA DE LOS COBOS**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

AUDIENCIA PROVINCIAL

SECCIÓN SEGUNDA

ALICANTE

Plaza DEL AYUNTAMIENTO,

Tfno: 965935956 - 965935957

Fax: 965935955

NIG: 03014-37-1-2009-0003507

Procedimiento: Rollo apelación sentencia procedimiento abreviado N° 000158/2009

Dimana del Juicio Oral N° 000084/2008

Del JUZGADO DE LO PENAL NUMERO 3 DE ALICANTE

PARTE APELANTE: Celso

Letrado: M^a ISABEL RUIZ MARTOS

Procurador : AMPARO ALBEROLA PEREZ

PARTE APELADA:

Letrado:

Procurador:

SENTENCIA DE APELACIÓN N° 505/2010

Il'tmos. Sres.:

D. Faustino de Urquía y Gómez.

D. Julio José Úbeda de los Cobos

D. José M^a Merlos Fernández

En Alicante a veintinueve de junio de dos mil diez.

La Sección Segunda de la Audiencia Provincial de Alicante, integrada por los Il'tmos. Sres. Expresados al margen, ha visto el presente recurso de apelación en ambos efectos, interpuesto contra la sentencia de fecha 12/03/2009 pronunciada por el JUZGADO DE LO PENAL NUMERO 3 DE ALICANTE en el Juicio Oral n° 000084/2008 , dimanante del Procedimiento Abreviado N° 12/07 del Juzgado de Instrucción n° 4 de Alcoy. Habiendo actuado como parte apelante Celso .

ANTECEDENTES DE HECHO



PRIMERO.- Son Hechos Probados de la Sentencia apelada, los del tenor literal siguiente: En aras a la brevedad se dan por reproducidos los Hechos Probados de la sentencia de instancia; HECHOS PROBADOS QUE SE ACEPTAN.

SEGUNDO.- El fallo de dicha Sentencia recurrida literalmente dice: "Que debo condenar y condeno a Celso , como criminalmente responsable en concepto de auto de un delito de Estafa, en tentativa, ya definido, sin circunstancias modificativas de la responsabilidad penal, a la pena de cuatro meses de prisión, inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena y al pago de las costas procesales."

TERCERO.- Contra dicha Sentencia, en tiempo y forma y por Celso se interpuso el presente recurso alegando: Error en la valoración de la prueba.

CUARTO.- Admitido el recurso, cumplido el trámite de alegaciones con la/s parte/s apelada/s -que interesa la confirmación de la sentencia impugnada- y habiendo sido elevadas las actuaciones a esta Sección se procedió a deliberación y votación de la sentencia.

QUINTO.- En la sustanciación de ambas instancias del presente proceso se han observado las prescripciones legales procedentes.

VISTO, siendo ponente el lltmo. Sr. Julio José Úbeda de los Cobos.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Impugna el apelante la resolución de instancia por considerar que su relación con los hechos fue distinta de la descrita por el Juez a quo, no pudiendo ser considerado copartícipe en el delito de estafa informática del artículo 248.2 del Código Penal , cuya consumación no se discute.

La valoración que realiza el Juez a quo resulta coherente con el resultado de la prueba pero, aún admitiendo la tesis expuesta por el recurrente procedería igualmente la condena, por las razones que pasamos a exponer.

1.- Afirma el recurrente que contactó por internet con una mercantil llamada E-SELLER CORPORATION, que le ofreció participar en su actividad. En concreto, él tenía que designar una cuenta corriente, donde se le ingresaría dinero que "a la mayor brevedad" tenía que transferir a una cuenta extranjera, quedándose con el 10%.

2.- Considera que dicha entidad fue la que extrajo dinero de la cuenta corriente del perjudicado, ingresándola en la suya, sin que él tuviera constancia de la procedencia ilícita del dinero.

3.- De la declaración del perjudicado se constata que facilitó sus datos bancarios, antes de procederse la extracción citada, frente a una solicitud de su banco que por los datos que ofrece (diferencias con las comunicaciones ordinariamente procedentes de aquel), podría constituir un engaño con el fin de obtener dicha información, como medio para cometer una estafa informática (phising).

Considera el recurrente que ha sido víctima de una maniobra engañosa, y que el hecho de dar sus datos bancarios para contribuir a la consumación de una actuación delictiva debe incardinarse en el artículo 14.1 CP . El error del tipo, que es el invocado, excluye el dolo en la actuación del agente, al creer que está realizando una acción (lícita) distinta de la que en realidad está llevando a cabo (penalmente relevante). Declarar como probado que el sujeto activo de un delito obró concurriendo error del tipo o error de prohibición reviste una notable dificultad, al pertenecer el error "al arcano íntimo de la conciencia del individuo" (SSTS de 3 de enero de 1985 , 22 de enero de 1991 , 25 de mayo de 1992 , 28 de marzo de 1994 , 23 de junio de 1999 , 3 de noviembre de 2000 , 14 de abril de 2003 , 28 de noviembre de 2006 y 30 de enero de 2007).

El que alega su concurrencia deberá demostrarla de forma indubitada (SSTS de 28 de marzo de 1994 , 11 de septiembre de 1996 , 6 de marzo de 2000 , 12 de marzo de 2001 , 10 de febrero de 2005 ó 25 de junio de 2007 , entre otras). Para ello, deberán ser tenidas en cuenta las circunstancias personales del que afirma haberlo sufrido, especialmente su nivel cultural, posibilidad de asesoramiento, estado de salud, etc. (SSTS de 16 de marzo de 1991 , 13 de junio de 1992 ó 14 de octubre de 1994 , 26 de octubre de 2000 y 26 de junio de 2006). El autor debe haber efectuado el esfuerzo de comprensión que le resulta exigible en atención a sus circunstancias personales, buscando, si ello es posible, un asesoramiento imparcial.

Como afirma la STS de 16 diciembre 2008 :

"Esta sala tiene afirmado reiteradamente que si bien es cierto que el error sobre un elemento esencial integrante de la infracción o que agrave la pena excluye la responsabilidad criminal o la agravación en su caso, no debe olvidarse que para que ello suceda es absolutamente imprescindible que tal extremo se halle demostrado y fundado



mediante afirmaciones que lo contengan o evidencien, estampadas en la Sentencia de que se trate, sin que en ningún modo sean bastante para estimarlo las subjetivas e interesadas declaraciones del culpable, si los hechos probados acreditan lo contrario"

En este caso, estimamos que el acusado era consciente de la ilicitud de su actividad, al menos a título de dolo eventual. Con los datos antes citados, cabía apreciar claros los indicios de que se trataba de una actuación ilegal, colocándose aquél en una posición, en su caso, de "no saber", lo que podía presumir con un análisis mínimo de las condiciones que aceptaba. Una oferta por internet procedente del extranjero, en la que únicamente por ser utilizada nuestra cuenta corriente nos retribuyen con un 10% de lo ingresado, que "a la máxima urgencia" debemos remitir a una cuenta fuera de España, permite presumir que se nos quiere hacer partícipes de una actuación ilegal. Este supuesto es incardinable en la doctrina de la ignorancia deliberada recogida en una reiterada Jurisprudencia, de la que son ejemplo las SSTs de 22 de mayo de 2002, 20 de marzo de 2003 ó 14 de abril de 2005, según la cual quien no quiere saber aquello que puede y debe conocer, y sin embargo trata de beneficiarse de dicha situación, si es descubierta no puede alegar ignorancia alguna, y, por el contrario, debe responder de las consecuencias de su ilícito actuar. La última Sentencia citada traslada dicha posición a un caso concreto:

"El Tribunal sentenciador declara la concurrencia del dolo como conclusión de la racional valoración de los datos indiciarios manejados, tales como el hecho de que el propio coacusado admitiera que había recibido un paquete que debía llevar a Gijón en autobús ese mismo día, recibiendo a cambio 10.000 pesetas, siendo así que al ser detenido se le ocuparon 46.000. Junto a ello, las declaraciones prestadas por el mismo en el procedimiento (Folios 488 a 491, 536 y 1126) en la que reconoce que aunque no sabía del contenido del paquete a transportar, sospechaba que era algo ilegal..."

Abundando en esta posición, podemos recordar la STS de 16 de marzo de 2009, que analiza un supuesto muy similar al descrito por la defensa:

"En virtud de ello, aceptando la propuesta contractual recibida, transfirió las cantidades ingresadas sin causa o título alguno en su cuenta y provenientes de la cuenta de la que era titular Fátima, a la que no conocía previamente. Así realizó dos transferencias en fechas 14 y 16 de junio de 2005: la primera por importe de 2.883,- euros, a favor de Pedro, con dirección en DIRECCION000 NUM000 APTG, ST. Petersburg. Rusia, y la segunda por importe de 1.860,-euros, a favor de Nicanor, con dirección en DIRECCION001 . NUM001 APT NUM002, St. Petersburg. Rusia".

Al analizar la responsabilidad de la acusada considera:

"Sostiene el recurso que Ángeles no puede ser considerada autora o inductora, ya que quien ideó, puso en marcha y ejecutó el plan criminal fue un tercero, y tampoco cooperadora necesaria, pues no participó en el mecanismo por el que se consiguieron las claves de acceso bancarias de Fátima o en la orden de transferencia desde la cuenta de aquella..."

Mas aun prescindiendo de una intervención calificable de coautoría, porque se entendiera que no tenía el dominio del plan total, consta una participación de Ángeles que habría de ser comprendida en el art. 28 b), al tratarse de una cooperación necesaria; la recepción del dinero procedente de una cuenta extraña y su transmisión a una persona, también extraña, de Rusia, implicaba una colaboración que merece la consideración de necesaria, por tratarse de un bien de escasa obtenibilidad y determinante del sí de la operación desde una perspectiva ex ante".

En consecuencia, consideramos adecuada la calificación realizada por el Juez a quo, que es coherente con la prueba propuesta, considerando asimilable a la autoría la propia versión de hechos facilitada por el acusado, habiendo descartado la Sentencia que hemos citado su calificación como receptación o blanqueo de capitales, sostenida por diversos autores, y que, de prosperar, conllevaría un cambio en el título de imputación afectando a la condena.

Por todo ello, procede la desestimación del recurso.

SEGUNDO.- Se declaran de oficio las costas de esta alzada.

Vistos los preceptos legales citados y demás de pertinente aplicación.

PARTE DISPOSITIVA

FALLAMOS: Que desestimando el recurso de apelación interpuesto por Celso, contra la sentencia de fecha 12/03/2009 dictada por el Magistrado-Juez del JUZGADO DE LO PENAL NUMERO 3 DE ALICANTE, debemos



confirmar y confirmamos la expresada resolución; declarando de oficio las costas procesales causadas en esta alzada.

Notifíquese esta sentencia conforme a lo establecido en el art. 248.4 de la Ley Orgánica del Poder Judicial , haciendo constar que contra la misma no cabe recurso alguno. Y devuélvanse los autos originales al Juzgado de procedencia, interesándose acuse de recibo, acompañados de Certificación literal de la presente resolución a los oportunos efectos de efectividad de lo acordado, uniéndose otra al Rollo de Apelación.

Así, por esta nuestra Sentencia definitivamente juzgado, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.

FONDO DOCUMENTAL CENDOJ