



Roj: **SAP M 12394/2010 - ECLI: ES:APM:2010:12394**

Id Cendoj: **28079370022010100556**

Órgano: **Audiencia Provincial**

Sede: **Madrid**

Sección: **2**

Fecha: **29/07/2010**

Nº de Recurso: **133/2010**

Nº de Resolución: **332/2010**

Procedimiento: **APELACIÓN**

Ponente: **MARIA DEL CARMEN COMPAIRED PLO**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

MJ

AUDIENCIA PROVINCIAL

SECCIÓN SEGUNDA

MADRID

Rollo: APELACION PROCTO. ABREVIADO 133 /2010

Proc. Origen: PROCEDIMIENTO ABREVIADO nº 477 /2008

Órgano Procedencia: JDO. DE LO PENAL N. 21 de MADRID

S E N T E N C I A N º 332/2010

ILMOS. SRES. DE LA SECCION SEGUNDA.

PRESIDENTA D^a M^a DEL CARMEN COMPAIRED PLO

MAGISTRADO D. LUIS ANTONIO MARTINEZ DE SALINAS ALONSO

MAGISTRADO D. RAFAEL ESPEJO SAAVEDRA SANTA EUGENIA

En MADRID, a veintinueve de julio del dos mil diez.

VISTO, por esta Sección Segunda de la Audiencia Provincial de Madrid, el recurso de apelación interpuesto por EL MINISTERIO FISCAL y el Procurador D. JACINTO GOMEZ SIMON, en representación de CAJA DE AHORROS Y MONTE DE PIEDAD DE MADRID, contra la Sentencia dictada en el Juzgado de lo Penal nº 21 de Madrid.

Han sido parte los mencionados recurrentes, y el Procurador D. JUAN TORRECILLA JIMENEZ, en representación de Felipe ; el Procurador D. ARGIMIRO VAZQUEZ GUILLEN, en representación de Marino ; la Procuradora D^a MARIA LUISA BERMEJO GARCIA, en representación de Victorino ; la Procuradora D^a MARGARITA SÁNCHEZ JIMENEZ, en representación de Adrian .

Actúa como ponente de la resolución la Magistrada Ilma. Sra. D^a M^a DEL CARMEN COMPAIRED PLO, quien expresa el parecer de la Sala.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- En el Juicio Oral de referencia se dictó Sentencia con fecha 5/02/10 , cuyo Fallo es del tenor literal siguiente:

>Que debo absolver y absuelvo a Felipe , a Adrian , a Victorino y a Marino en relación al delito de blanqueo de capitales del art. 301.3 º y 4º del código Penal de que venían siendo acusados y debo igualmente absolver al acusado Victorino del delito de estafa continuado de los arts. 248.2 y 249 en relación en relación con el art. 74 del Código Penal de que venía siendo acusado de forma alternativa por el Ministerio Fiscal, con todos los pronunciamientos favorables y declaración de las costas procesales de oficio.<



Y como Hechos Probados expresamente se recogen los de la sentencia apelada:

>Se declara probado que con motivo del desarrollo de nuevas tecnologías, diversas personas y organizaciones que se ubican en la antigua URSS y Europa del Este, han estado consiguiendo mediante engaño datos bancarios confidenciales para la utilización del sistema de banca electrónica de variadas personas residentes en territorio nacional. Así, a la par que realizaban lo anterior, usando los servicios de Internet (Chat, foros...) enviaban publicidad masiva de supuestas entidades mercantiles que ofrecían trabajo para captar a personas que quisieran ganar dinero de manera fácil y rápida. Como condición ponían la necesidad de que los captados tuvieran una cuenta corriente donde recibir dinero de supuestos "clientes" y una red de Internet funcionando 24 horas. Una vez conseguidos estos "trabajadores", usando las claves de usuario de banca on line comenzaron desde aquéllos países a ejecutar transferencias de fondos si autorización de los titulares de las cuentas corrientes contra las que se hacían, enviándolas a las cuentas de los "trabajadores" captados, los cuales, siguiendo órdenes de las supuestas mercantiles, lo sacaban de sus cuentas inmediatamente, salvo una cantidad que oscila entre el 5% y el 10% que se quedaban en comisión, enviándolo a continuación utilizando los servicios de empresas de envío rápido de dinero como Money Gramm o Western Unión a los países y personas del territorio de la antigua URSS, tal y como se les decía en diversas instrucciones que siempre recibían por correo electrónico desde direcciones que luego han desaparecido o no han podido ser localizadas o incluso con números de teléfonos móviles aparentemente españoles pero que, en realidad, radicaban en el extranjero y cuyos titulares no han podido ser descubiertos.

El mecanismo anteriormente descrito recibe la denominación de PHISING.

Asimismo, se declara probado que el día 22 de diciembre de 2004, el acusado Luciano recibió una llamada de la entidad BANESTO oficina 1145 de Madrid, entidad en la que la comunidad de propietarios de la CALLE000 NUM000, de la que él era Administrador, tenía una cuenta corriente abierta, indicándole que en fecha 20 de diciembre de 2004 y 21 de diciembre de 2004 contra la misma se habían hecho vía Internet dos transferencias de 6.100 y 11.120 euros respectivamente a favor del acusado Felipe, mayor de edad y sin antecedentes penales, sin contar con la autorización de la mencionada comunidad Felipe había prestado su cuenta corriente nº NUM001 para la abono de dichas cantidades, sacándolas de su cuenta nada más recibirlas y enviándolas a Ucrania por Western Unión, tras cobrarse un 5% del total, conforme al trato previo con personas que no han podido ser identificadas.

El día 14 de febrero de 2005 se realizó una transferencia no consentida vía Internet por valor de 3040 euros desde la libreta de ahorros nº NUM002 que Celestino tenía abierta en Caja de Madrid resultando beneficiario de la misma el acusado Felipe, en su cuenta corriente NUM003. Felipe, tras recibir este dinero lo sacó inmediatamente de su cuenta y lo envió a Ucrania vía Western Unión, previa detracción de su comisión por la operación.

Felipe ha restituido con anterioridad al acto del Juicio las cantidades recibidas.

Asimismo, los días siguientes 16 y 17 de febrero, se realizaron otras dos transferencias no consentidas vía Internet contra la libreta antes mencionada y otra desde la libreta nº NUM004 de igual titular por valor respectivamente de 3030 euros y 2070 euros, resultando en este caso beneficiario el también acusado Victorino, mayor de edad y sin antecedentes penales, siendo ingresadas estas cantidades en su cuenta de La Caixa nº NUM005. Este acusado, nada más recibir estas cantidades, las sacó de su cuenta y las envió por Western Unión a Letonia y Lituania tras deducirse su comisión correspondiente. Todas estas operaciones han ido retrotraídas por Caja Madrid, única perjudicada por estos hechos.

El día 16 de febrero de 2005 se realizó por Internet una transferencia bancaria desde la cuenta de Jose Antonio por importe de 2.987,75 euros desde la cuenta de éste en la entidad BANESTO sin su autorización, resultando beneficiario por la misma el acusado Adrian, mayor de edad y sin antecedentes penales, en su cuenta nº NUM006, el cual, a continuación sacó el dinero y lo envió por Western Unión a Rusia, previa detracción de su comisión.

Este acusado ha reintegrado a Jose Antonio el dinero recibido.

Los días 14 y 15 de febrero de 2005, desde las cuentas nº NUM007 y NUM008 cuyo titular es Franco, se realizaron dos transferencias no consentidas por éste vía Internet a favor del acusado Victorino en la cuenta corriente de La Caixa nº NUM005, por valor respectivamente de 1940 y 2870 euros. Victorino inmediatamente de percibir las cantidades las sacó y por Western Unión las envió a los citados países bálticos, tras detracción de su comisión. Los 4810 euros de perjuicio han sido reembolsados por Caja de Madrid a Franco.

El día 29 de marzo de 2005 se realizó una transferencia electrónica contra la cuenta que la empresa AQUENDE COMPLEMENTOS, S.L., de la que es Legal Representante Luis Velasco Blake, tenía abierta en BANESTO por valor de 3345 euros y a favor de la cuenta nº NUM009 cuyo titular es el acusado Marino, mayor de edad y



sin antecedentes penales, quien fue avisado por su banco de la operación efectuada y de la irregularidad de la misma, compareciendo el día 31 de marzo de 2005 ante la Guardia Civil a fin de relatar lo sucedido, habiendo restituido con anterioridad a la celebración del Juicio las cantidades recibidas en su cuenta.>

SEGUNDO.- Contra dicha Sentencia, por la representación procesal de los recurrentes, se interpuso recurso de apelación, que formalizaron exponiendo las alegaciones que constan en sus escritos, los cuales se hallan unidos a las actuaciones.

TERCERO.- Dado traslado del escrito de formalización del recurso a las partes apeladas, se presentaron escritos de impugnación en base a considerar la sentencia objeto de recurso plenamente ajustada a derecho, solicitando su confirmación.

CUARTO.- Por el Juzgado de lo penal más arriba referido se remitieron a este Tribunal los Autos originales con todos los escritos presentados y, recibidos que fueron, se señaló día para deliberación, la que tuvo lugar el día de la fecha.

HECHOS PROBADOS

Se aceptan y se dan por reproducidos los hechos que en la sentencia recurrida se declaran probados.

A los anteriores hechos resultan de aplicación los siguientes

FUNDAMENTOS JURIDICOS

PRIMERO.- Se interpone recurso de apelación por la representación de Caja de Ahorros y Monte de Piedad de Madrid contra la sentencia de 5 de febrero de 2010 y se invocan como motivos: Que se discrepa de la absolución de Victorino ya que este tuvo una participación directa en los hechos y por ello en el delito cometido.

Que se trata de un delito de los denominados "Phising" en que existe la figura del cooperador necesario que es en este caso la participación en que actúa el acusado.

Que en la sentencia se menciona la buena fe y la ignorancia del acusado; sin embargo lo que se ha producido es la ignorancia deliberada que no exime de culpa al autor, ya que su participación es decisiva en este fraude, que le ha reportado un beneficio económico.

Que en cuanto al acuerdo alcanzado en el plenario sobre reconocimiento de hechos y rebaja de la pena, no puede conducir a la Juzgadora a quo a esta resolución, ya que genera inseguridad jurídica.

Solicita se condene al acusado a la pena de tres años de prisión y que indemnice a Caja Madrid en 9.910 € más costas.

SEGUNDO.- El Ministerio Fiscal interpone recurso de apelación contra la sentencia y se invocan como motivos: Que la sentencia considera probados los hechos objeto del escrito de acusación del Ministerio Fiscal, por cuanto reconocieron en el acto del juicio oral los mismos.

Cita Jurisprudencia de Audiencias Provinciales, así como del Tribunal Supremo acerca de la ignorancia deliberada -en supuestos que son similares al caso enjuiciado y en los que se condena por blanqueo de capitales imprudentes.

Interesa la revocación de la sentencia y se dicte otra por la que se condene a Adrian ; Felipe ; Victorino ; y Marino como autores de un delito de blanqueo de capitales en su modalidad imprudente y respecto del último acusado la alternativa de delito de estafa art. 248 y 249 del C. Penal . Concurriendo la circunstancia atenuante de reparación del daño en los acusados Adrian , Felipe , Marino , y además en este último la atenuante de confesión del delito a las autoridades. Interesando para Felipe prisión de 6 meses y multa de 20.260€; para Victorino 1 año de prisión y 9.910€ de multa; para Adrian 6 meses de prisión y multa de 2.987,75€ y para Marino 6 meses de prisión y multa de 4000€. Todos con inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena y costas.

En concepto de responsabilidad civil el acusado Victorino indemnizará a Caja Madrid en 9.910€.

TERCERO.- Por la representación de D. Felipe se impugna el recurso y refiere que la absolución es ajustada a derecho, basada en una lógica jurídica a tenor del art. 741 de la LECrim .

En relación al delito de blanqueo de capitales por imprudencia grave que su regulación legal ha suscitado algunos comentarios doctrinales y jurisprudenciales críticos en cuanto a que el delito del art. 301 es básica y predominantemente doloso, ya que implica el conocimiento del origen de los fondos a cuyo "lavado" se



procede. Sin embargo, la mayor parte de la jurisprudencia ha entendido que dicha previsión queda reservada para aquellos en quienes concurra una especial obligación de diligencia en función de los deberes de prevención que les impone la ley, por ejemplo empleados de entidades financieras, notarios, etc. Tal y como, entre otras, establece la Sentencia del Tribunal Supremo, Sala Segunda, de fecha 25 de abril de 2007, "se trataría de casos en los que siendo legítimas las operaciones realizadas, la negligencia del obligado a controlarlas permite o favorece una acción de blanqueo".

Le otorgaría carácter de delito especial dirigido a quienes tienen establecido por razón de su empleo o por la normativa que les es aplicable, una especial obligación y deber de control sobre las operaciones susceptibles de incardinarse dentro del blanqueo de capitales. No se trataría del caso de mi principal, en quien no concurre ninguna obligación especial de control.

A mayor abundamiento, y para el hipotético caso de entender que se trata de un delito común y no especial, faltaría en el caso de mi principal la acreditación de que ha concurrido dolo eventual o algún tipo de culpa. Dicha concurrencia no se ha acreditado.

Los ejecutores de la estafa informática contactaron con mi principal. Después de realizar una detallada explicación de sus operaciones y de las tareas que debería prestar mi principal para su supuesta empresa, le remitieron un contrato para que el Sr. Felipe lo suscribiera y devolviera firmado por scanner. Así lo hizo. El proceso de contratación "on line" no tenía por qué resultar anormal en el informatizado mundo de hoy en día, en el que la prestación y contratación de servicios a través de Internet están totalmente extendidas.

Por otro lado, mi principal no abrió una cuenta corriente bancaria expresamente para poder operar con las cantidades que le fueran entregando, circunstancia que podría ser considerada como intento de ocultar dichas operaciones. (Folios 23 y 26) "Que le manifestó que fue informado del mecanismo defraudatorio". En efecto, fue informado, pero lo fue en sede policial y con posterioridad a los hechos, por lo que difícilmente puede sustentarse en esa única circunstancia su solicitud de condena a mi principal.

Procede la libre absolución.

CUARTO.- Por la representación de D. Marino se impugna el recurso de apelación y señala que quiere aclarar que una cosa es reconocer los hechos y otra bien distinta es admitir y asumir una autoría ilícita de los mismos, extremos estos que en absoluto constan pues esta parte ha mantenido y mantiene su inocencia al no concurrir en su actuación ilícito penal alguno.

Los hechos que en él concurren presentan diferentes esencias con el resto, entre otras, la indisponibilidad del importe de 3345 euros que, sin su consentimiento fue ingresado en su cuenta el 30 de marzo de 2005, y la puesta a disposición del mismo inmediatamente y al día siguiente de esa fecha, ante la Guardia Civil de Porto do Son (folio 283).

En el presente caso concurre en todo momento:

- Desconocimiento de la persona que le remite los correos electrónicos, ninguna relación tenía con el remitente, como tampoco ninguna relación tiene con el resto de los acusados.
- Desconocimiento del propio negocio propuesto.
- En ningún momento se aceptó el negocio propuesto como lo demuestra la circunstancia de que ni si quiera se apropió o retuvo el porcentaje del 5% que el remitente de los correos proponía como comisión.
- Desconocimiento del origen del dinero, de su importe y de que procedía de un cliente de la Entidad Banesto.

En el caso que nos ocupa, mi representado desconocía que la cantidad de 3345 euros que se asienta en su cuenta, procedía de otra cuenta cuyo titular no había dado la orden de transferencia.

Por lo que afecta a la petición alternativa que mantiene el Ministerio Fiscal en el hecho primero de su recurso, es decir la condena a mi representado por un delito de estafa de los arts. 248 y 249 del Código Penal, ningún motivo alega para rebatir los pronunciamientos también absolutorios que constan en la sentencia, pues esta petición solo se anuncia pero sus alegaciones jurídicas se centran única y exclusivamente en su acusación principal por el delito de blanqueo de capitales.

El Juez de instancia, en virtud del principio de inmediación que le otorga el acto de juicio oral y de la apreciación de las declaraciones ante el vertidas y sometidas al principio de contradicción, le han bastado para absolver a mi representado, todo ello en defensa también del principio de presunción de inocencia.

Por tanto, y sin perjuicio de que esta parte ha aceptado el pronunciamiento de la sentencia respecto a la desestimación de la excepción de cosa juzgada alegada, ello no impide reiterar que la postura acusatoria que mantiene el Ministerio Fiscal, como Acusación Pública única en ambos procedimientos, sigue careciendo



de sustento en el presente procedimiento, al no existir otras pruebas distintas de las practicadas en el otro procedimiento abreviado del Juzgado de Instrucción nº 42 de Madrid, que llevaron al Ministerio Fiscal ha solicitar el sobreseimiento en el anterior procedimiento. Por este motivo también debe desestimarse el recurso.

QUINTO.- Por la representación de D. Victorino se impugna el recurso y se señala que, en ningún momento mi representado ha reconocido, ni se infiere de prueba alguna, que tuviera conocimiento de la ilicitud de la acción reconocida, entendiéndolo en todo momento que sus actos eran legítimos, máxime cuando el mismo no tiene ninguna cualificación profesional, ni cultura media; por lo que no concurren los requisitos exigidos en el delito de estafa, y por tanto ajustada la absolució decretada.

En segundo lugar se impugna la recurrida, al entender como autor a mi representado de un delito de "phising", imputándole una "ignorancia deliberada", y alegándose diversas sentencias de Audiencias Provinciales.

Sin embargo entendemos ajustada la resolución recurrida con la absolució de mi representado, toda vez que éste jamás tuvo conocimiento de que el dinero que se le ingresaba en su cuenta, para posteriormente transferirlo, fuera producto de una comisió de un delito contra el patrimonio, no existiendo prueba directa que acredite vinculaci3n alguna del actuar de mi representado con la actividad ilícita llevada a cabo por terceras personas, pues el mismo obró ante la apariencia de verdad de los correos recibidos para lo que él entendía como realizar un trabajo.

En tercer lugar alega por el recurrente, que ante el reconocimiento de los hechos por mi representado, la absolució del mismo supone inseguridad jurídica.

Habiéndose manifestado en el acto del juicio por mi representado, que él había sido engañado por terceras personas, y en la resolució recurrida se objetiva la carencia de la existencia de datos o indicios bastantes para poder afirmar que mi representado tenía conocimiento del origen delictivo de los bienes, y así se fundamenta en la Sentencia con la absolució de mi representado, por lo que, con desestimaci3n de este motivo, se debe confirmar la recurrida.

SEXTO.- Por la representaci3n de D. Adrian se impugna el recurso y se invoca que el Sr. Adrian fue captado vía email desde la direcci3n de correo electrónico support@spainpay.com por una persona que se hacía llamar Jose Luis , el cual le solicitó determinados datos personales tales como el DNI, fotocopia del carnet de conducir, número de cuenta corriente, entre otros, lo cual le dio a la propuesta una apariencia de legalidad al suponer que dichos datos eran necesarios para suscribir el contrato de trabajo.

No ha podido acreditarse, ni en fase de instrucci3n, ni en el plenario, que el Sr. Adrian conociera la existencia del delito previo, ni el origen ilícito del dinero recibido en su cuenta corriente. Siempre ha mantenido su total desconocimiento de la existencia de un delito previo y del origen ilícito del dinero recibido en su cuenta bancaria, creyendo muy al contrario, estar suscribiendo un contrato de trabajo con una financiera.

Por otro lado, el Sr. Adrian devolvió, una vez fue advertido por su entidad bancaria de la existencia de una denuncia, toda la cantidad recibida en su cuenta corriente a su propietario, el Sr. Jose Antonio .

No obstante, el C. Penal -95 no define "imprudencia grave" por lo que es muy difícil establecer que comportamientos pueden calificarse como imprudentes, como graves o como leves, hecho que ha sido considerado por la doctrina (Blanco Lozano) como inconstitucional y contrario al principio de determinaci3n.

La imprudencia viene referida tanto al conocimiento de la procedencia delictiva de los bienes, como al propio comportamiento de blanqueo y se exige una inexcusable falta de diligencia del sujeto activo en la acci3n de blanqueo típica o en la constataci3n del origen ilícito de los bienes.

No pudo conocer la ilicitud del dinero recibido y desconocía por completo estar recibiendo dinero de origen ilícito o estar ocultando o encubriendo el mismo.

Utilizados como instrumentos para el blanqueo, principalmente del ámbito del sector financiero.

Como establece un sector de la doctrina (como Blanco Lozano y Palma Herrera), en un Estado de Derecho es inadmisibles imponer a los ciudadanos un deber de investigaci3n sobre las actividades económicas ajenas para determinar si los bienes que manejan han sido generados o no en actividades ilícitas. Por otro lado, la calificaci3n de imprudencia grave ha de reservarse para las actuaciones de los sujetos obligados por la Ley 19/1993, de 28 de diciembre, sobre determinadas medidas de prevenci3n del blanqueo de capitales que son los únicos a los que se les va a poder exigir precauci3n superior a lo normal.

El Juzgado de Instrucci3n nº 4 de Illescas, en un caso idéntico al de mi representado, decretó el Sobreseimiento Provisional de la causa respecto a nuestra cliente, mediante Auto de fecha 17 de diciembre de 2007, con informe favorable de la Fiscalía de la Audiencia Provincial de Toledo , de fecha 21 de Noviembre de 2007 .



El Ministerio Fiscal consideró en su informe que la acción llevada a cabo por nuestra representada carecía del elemento intencional, esto es, del dolo, determinando que no era posible sostener que su participación fue realizada de manera activa, consciente y culpable, de ahí que considerara perfectamente sostenible la versión ofrecida por esta parte, consistente en la afirmación de ser un mero instrumento, una víctima de los verdaderos estafadores que le engañaron haciéndole creer que se trataba de una oferta de trabajo legal.

Solicita la confirmación de la resolución.

SEPTIMO.- Este Tribunal, de conformidad con la doctrina sustentada por el Tribunal Constitucional, debe señalar que la apelación ha sido aceptada como un recurso ordinario que otorga plenas facultades o plena jurisdicción al Tribunal ad quem para resolver cuantas cuestiones se planteen, sean de hecho o de Derecho, sin que exista ningún tipo de restricciones a su fundamentación. A lo que se añade su hasta ahora indiscutible carácter de novum iudicium con el denominado efecto devolutivo, cuya consecuencia directa es que el Juzgador ad quem asuma la plena jurisdicción sobre el caso, en idéntica situación que el Juez a quo, no sólo por lo que respecta a la subsunción de los hechos en la norma, sino también para la determinación de tales hechos a través de la valoración de la prueba, pudiendo revisar y corregir la ponderación llevada a cabo por el Juez a quo (vid. Por todas SSTC 172/1997, de 14 de octubre ; 196/1998, de 13 de octubre , y 120/1999, de 28 de junio).

Pero cuando se ha tratado de sentencias absolutorias sobre las que recaía el recurso de apelación y se solicitaba la condena. El Tribunal Constitucional lo sometió a un reajuste procesal en la sentencia núm. 167/2002 de 18 de Septiembre , dictada por el Pleno del mismo con base fundamental en la doctrina del Tribunal Europeo de Derechos Humanos de 26 de mayo de 1988 , art. 6.1 del Convenio Europeo para la protección de los derechos humanos y de las libertades fundamentales, sobre el derecho fundamental que todo acusado tiene a un proceso con todas las garantías, entre las que se integran la exigencia de inmediación y contradicción en la práctica de las pruebas, que construido sobre el art. 10 CE sometió a reconsideración la revisión de los hechos ante sentencias absolutorias.

Según esta doctrina consolidada resulta contrario a un proceso con todas las garantías que un órgano judicial, conociendo en vía de recurso, condene a quien había sido absuelto en la instancia como consecuencia de una nueva fijación de los hechos probados que encuentre su origen en la reconsideración de pruebas cuya correcta y adecuada apreciación exija necesariamente que se practiquen a presencia del órgano judicial que las valora, manteniéndose tal doctrina hasta STC 28/2008 y 120/2009 .

Precisamente en esta última sentencia trata la repercusión que pueden tener la práctica de las grabaciones digitales de los juicios celebrados en primera instancia -como sucede en el presente caso- grabaciones que si bien permiten una revisión más detallada de las pruebas de tipo personal, en la citada sentencia se excluye la equiparación entre inmediación real y la inmediación a través de medios audiovisuales.

Por consiguiente la aplicación de dicha doctrina constitucional no permite el reexamen de las pruebas personales practicadas en la primera instancia, pruebas respecto de las que este Tribunal carece de inmediación.

La consecuencia práctica es que ante una sentencia absolutoria, las acusaciones reducen la posibilidad de atacar la sentencia a los supuestos en que se planteen cuestiones estrictamente jurídicas o la modificación de los hechos probados se base en error recayente en prueba documental.

Trasladada tal doctrina al presente supuesto y a la vista del acto juicio, visionado, y de la sentencia dictada, entiende este Tribunal respecto del recurso interpuesto por Caja Madrid y así como por el Ministerio Fiscal, que no pueden prosperar.

Se desprende de la fundamentación de la sentencia, que está basada en pruebas de carácter eminentemente personal, ya que no se discute la realización de tales hechos, sino que es el desconocimiento ilícito de la procedencia y por la Juzgadora a quo a través de las declaraciones de los mismos, y en un caso en el derecho a la última palabra han mantenido que han sido engañados y esto le ha llevado al no tomar convicción de culpabilidad.

Por otra parte y en relación con uno de los acusados, por D. Marino , en el Juzgado de Instrucción nº 42 de Madrid, y por estos hechos, el Ministerio Fiscal solicitó el sobreseimiento provisional de las actuaciones.

La STS nº 1034/2005 de 14 de septiembre refiere que "ciertamente, el blanqueo por imprudencia no deja de presentar dificultades dogmáticas, por cuanto el blanqueo de capitales es delito esencialmente doloso que incorpora incluso el elemento subjetivo del injusto consistente en conocer la ilícita procedencia de los bienes y la intención de coadyuvar a su ocultación o transformación, y porque la distinción entre culpa <<grave>>, en



este caso punible, y <<leve>>, no punible, participa de la crítica general a la distinción por su <<ambigüedad e inespecificidad>>, además de contradecir el criterio de <<taxatividad>> de los tipos penales."

Esta Sala en sentencia nº 16/2009 de fecha 20 de enero de 2009 , ya se pronuncia a este respecto.

El blanqueo por imprudencia no es exigido por la normativa internacional, en concreto por el Convenio de Viena ni tampoco por el Convenio de Palermo, conjuntos normativos que exigen a los Estados signatarios de los mismos la tipificación del delito doloso, dejando a su libre arbitrio la tipificación del blanqueo imprudente. No obstante, la legislación española sí que contempla como delito el blanqueo cometido de forma imprudente, al penalizar el Código Penal de 1995 el blanqueo cometido por imprudencia grave.

El tipo exige que el nivel de imprudencia, por consiguiente, sea grave, lo que supone infracción de los más elementales deberes de cuidado. En la práctica los supuestos más corrientes del blanqueo imprudente se producen en relación con los sujetos obligados a dar cuenta de una determinada transacción (abogados, asesores fiscales, notarios, etc.) e incluso a interrumpir esa transacción en los supuestos en los que pueda apreciarse claramente comisión de un delito de blanqueo que se está facilitando con la negligencia de quien no actúa adecuadamente, en este último caso fundamentalmente las entidades financieras y bancarias.

A este respecto, debe recordarse el contenido de las sentencias del Tribunal Supremo de 4 de junio de 2007 , y 15 de junio de 2005 .

La sentencia 17 de junio de 2005 , que analiza el blanqueo imprudente (Ponente Sr. Martín Pallín), señala que para apreciar su comisión deben constatarse indicios a través de los cuales se impute alguna conexión entre la conducta y la posibilidad racional, con arreglo a criterios de lógica de la mente humana, de suponer o sospechar que un encargo de tal naturaleza encierra, la existencia de unos hechos delictivos con los que estaba relacionado el dinero.

Señala la sentencia que el artículo 301.3 tiene una extensión discutible a hechos de blanqueo realizados por imprudencia grave, introduciendo un factor culpabilístico que no deja de chocar y confrontarse con la redacción del texto, que se refiere reiteradamente a conductas realizadas a sabiendas del origen ilícito de los bienes.

No toda negligencia determinada una responsabilidad penal sino solamente aquella que además de ser grave, integre una actividad de blanqueo que permita su inclusión en el tipo delictivo.

Así, la mencionada sentencia señala que la doctrina ha mostrado sus reticencias cuando los sujetos no tienen una especial responsabilidad profesional ante lo que se ha denominado con acierto "un deber de diligencia intensificado", que podría derivar en una auténtica "negligencia profesional", como sucede en los casos de imputación imprudente en el fraude de subvenciones en el derecho alemán.

La STS 483/2007, de 4 de junio (Ponente Sr. Berdugo y Gómez de la Torre), en cuya resolución se explicita que la modalidad imprudente establecida del artículo 301.3 del Código Penal : "contrasta con la naturaleza dolosa del delito de blanqueo, con cuya inclusión el legislador desborda las previsiones contenidas tanto en la Convención de Viena (art. 3.1) como en la Directiva Comunitaria 308/1991 (art. 10) y en la reciente Directiva 2005/60 (art. 1.2) que se refieren siempre a comportamientos realizados intencionadamente; aunque el Convenio relativo al blanqueo, seguimiento, embargo y decomiso de 105 productos del delito, hecho en Estrasburgo el 8.11.90 , dejó a criterio de cada Estado Parte la tipificación de comportamientos imprudentes (art. 6.3). Con esta formulación el derecho español se inscribe en la línea de países como Alemania (art. 261 CP), Bélgica (art. 505), Italia (Leyes 18-5-78 y 9.8.93) que establecía igual previsión.

Doctrinalmente resulta cuestionable que los tipos penales que incorporan elementos subjetivos del injusto, sean susceptibles de comisión imprudente sobre todo cuando, como sucede en el presente caso, el legislador no crea un tipo distinto en el que se describen las correspondientes conductas basadas en la infracción del deber de diligencia, a lo que no equivale la alusión a "si los hechos se realizasen por imprudencia grave" con lo que se hace una remisión al tipo doloso, aunque se hable de "hechos" y no de "conducta" .

La imprudencia punible ha de ser grave, es decir, temeraria. Así en el tipo subjetivo, dice la STS. 14.9.2005 , se sustituye el elemento intelectual del conocimiento, por el subjetivo de la imprudencia grave, discutiéndose acerca de cual sea el origen del deber objetivo de cuidado exigible en el caso concreto y quienes son los sujetos destinatarios de las reglas de prudencia. La norma no distingue en cuanto a los posibles destinatarios de las reglas de prudencia, no distingue en cuanto a los posibles sujetos activos por lo que, en principio, pueden serlo cualquier persona que contribuya al resultado del blanqueo de bienes, siempre que ésta incurra en grave dejación del deber de diligencia exigible o meramente esperable de cualquier persona precavida.

La aplicación de la anterior doctrina, que parece mayoritaria en la Jurisprudencia del Tribunal Supremo junto con la falta de prueba de la negligencia grave en el presente caso, la lleva a la Sala a optar por la absolución.



Por ello al no desprenderse que exista una certeza del conocimiento de procedencia u origen ilícito del dinero, se debe dictar una resolución que confirme la del Juzgado de lo Penal.

OCTAVO.- Se declaran de oficio las costas procesales de esta alzada, a tenor de lo dispuesto en el artículo 240 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal .

En atención a lo expuesto.

FALLAMOS

Que DESESTIMAMOS los recursos de apelación interpuestos por el MINISTERIO FISCAL y por la representación procesal de CAJA DE AHORROS Y MONTE DE PIEDAD DE MADRID contra Sentencia dictada con fecha 5/02/10 en el PROCEDIMIENTO ABREVIADO nº 477/2008 por el JDO. DE LO PENAL N. 21 de MADRID , debemos CONFIRMAR dicha sentencia, con declaración de oficio de las costas de esta alzada.

Al notificar esta sentencia, dése cumplimiento a lo prevenido en el artículo 248-4º de la Ley Orgánica del Poder Judicial .

Así, por esta nuestra Sentencia, de la cual se llevará certificación al Rollo de su razón y a los autos de que dimana, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.

PUBLICACIÓN.- Leída y publicada fue la anterior Sentencia por la Magistrada Ilma. Sra. D^a M^a DEL CARMEN COMPAIRED PLO, estando celebrando audiencia pública. Certifico.