



Roj: **SAP CO 235/2011 - ECLI: ES:APCO:2011:235**

Id Cendoj: **14021370022011100134**

Órgano: **Audiencia Provincial**

Sede: **Córdoba**

Sección: **2**

Fecha: **04/03/2011**

Nº de Recurso: **2/2011**

Nº de Resolución: **69/2011**

Procedimiento: **PENAL - PROCEDIMIENTO ABREVIADO/SUMARIO**

Ponente: **JOSE ANTONIO CARNERERO PARRA**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

SECCION Nº 2 DE LA AUDIENCIA PROVINCIAL DE CORDOBA

ILTMOS. SRES.

PRESIDENTE.

D. JOSÉ MARÍA MORILLO VELARDE PÉREZ

MAGISTRADOS.

D. JOSÉ ANTONIO CARNERERO PARRA

D. FÉLIX DEGAYÓN ROJO

JUZGADO DE INSTRUCCIÓN NUMERO 2 DE CÓRDOBA

P. ABREVIADO Nº 102/09

ROLLO Nº 2/11

SENTENCIA Nº69/11

En la ciudad de Córdoba, a cuatro de marzo de dos mil once.

Vista en juicio oral y público, ante la Sección Segunda de esta Audiencia Provincial, la presente causa seguida en el Juzgado de Instrucción nº 2 de Córdoba, por un delito continuado de estafa informática, contra D. Andrés , con D.N.I. nº NUM000 , nacido en Madrid, el día 30-4-1965, hijo de Luis y Maria de los Ángeles, sin antecedentes penales, cuya solvencia no consta, y en libertad provisional por esta causa, representado por el Procurador Sr. Luque Jiménez y asistido del Letrado Sr. Argilés Pérez; siendo partes acusadoras el MINISTERIO FISCAL y, en calidad de Acusación Particular, la entidad BANCO DE SANTANDER, S.A., representada por la Procuradora Sra. González Santacruz y asistida por el letrado Sr. Yllescas Ortiz, sustituido en juicio por el Letrado Sr. Navarro Quero. Ha sido designado Ponente de esta causa D. JOSÉ ANTONIO CARNERERO PARRA .

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO .- La presente causa fue incoada en virtud de denuncia interpuesta ante la Comisaría de Policía de esta ciudad por Doña Julieta , en fecha 16 de Agosto de 2006.

Practicadas diligencias en averiguación de los hechos, se acordó seguir el trámite establecido en el capítulo IV del Título II, del libro IV de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, acordándose por el Juzgado Instructor dar traslado de lo actuado al Ministerio Fiscal y a la Acusación Particular, a tenor de lo prevenido en el art. 780 de la Ley citada.

SEGUNDO .- El Ministerio Fiscal y la Acusación Particular formularon escritos de acusación contra el inculpado ya circunstanciado y solicitaron la apertura del juicio oral; acordando entonces el Juzgado Instructor la adopción de las medidas cautelares interesadas y la apertura del juicio, y una vez presentado escrito de defensa por la representación del encartado, se remitió la causa a este Tribunal, tras declararse incompetente



el Juzgado de lo Penal nº4 de Córdoba a quien se había remitido la misma de forma errónea para su enjuiciamiento.

TERCERO .- Recibidas las actuaciones en este órgano jurisdiccional, se formó el correspondiente Rollo, y examinados los escritos de acusación y defensa, se dictó resolución en orden a la práctica de la prueba que fue admitida, y señalamiento de las sesiones del juicio oral, cuya vista se celebró el día tres de marzo del actual, con asistencia del Ministerio Fiscal, de la Acusación Particular, del inculpado y de su abogado defensor.

CUARTO .- El Ministerio Fiscal emitió escrito de conclusiones provisionales en las cuales calificaba los hechos como constitutivos de un delito continuado de estafa agravada penado en los artículos 248.2º, 249, 250.4º y 74.1º del Código Penal, del que consideraba responsable en concepto de autor al acusado, sin que concurran en el mismo circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal, interesando se le impusiesen las penas de tres años de prisión, con la inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo por ese tiempo, y pena de multa de seis meses con cuota diaria de ocho euros, con responsabilidad personal subsidiaria de un día de privación de libertad por cada dos cuotas impagadas, abono de costas, e indemnización al Banco de Santander Central Hispano en la cantidad de 11.801,16 por la cantidad defraudada y no recuperada, más el interés legal.

La Acusación Particular, formuló escrito de conclusiones provisionales con idéntica calificación jurídico penal, participación, inexistencia de circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal, consecuencias penológicas, costas y responsabilidad civil; aunque con respecto a ésta última, esa indemnización la reclama para sí bajo la denominación de Banco de Santander, S.A.

QUINTO .- La Defensa del acusado presentó escrito de conclusiones provisionales formulando disconformidad con todos los puntos de los escritos de las acusaciones e interesando la libre absolución de su defendido. De manera subsidiaria, para el caso de que fuese declarado responsable, solicitó la aplicación de la eximente completa de anomalía o alteración psíquica del art. 20.1 del C.P., o en su defecto y alternativamente la misma circunstancia en su vertiente de eximente incompleta con aplicación del art. 21.1 en relación con el art. 20.1 del C.P., y en defecto de ambas, su consideración como circunstancia atenuante analógica del art. 21.6 en relación con los arts. 20.1 y 21.1 del C.P. Igualmente, como circunstancia atenuante analógica del art. 21.6, alegó vulneración del derecho a un proceso sin dilaciones excesivas e indebidas.

SEXTO .- En el acto de la vista y tras la celebración del juicio con el resultado que consta en acta, tanto el Ministerio Fiscal como la Acusación Particular y la Defensa elevaron a definitivas sus conclusiones provisionales, con especificación por el representante del Ministerio público de que la aplicación de la causa agravada 4ª del artículo 250 lo era en la modalidad de abuso de firma de otro, mientras que la autoría del acusado era en su forma de cooperación necesaria.

HECHOS PROBADOS

En el mes de julio del año 2006, el acusado Andrés, nacido el día 30 de abril de 1965, sin antecedentes penales, se encontraba de baja en su profesión de Agente de Policía Local en la localidad de Rentería, al haber sido diagnosticado de una enfermedad cerebral degenerativa definida como "síndrome de lóbulo frontal", teniendo afectadas las funciones cognitivas superiores y las simples, con un severo deterioro de su flexibilidad mental, introspección y juicio crítico, sufriendo pérdida de conciencia respecto de las consecuencias de sus propios actos y cometiendo errores de juicio respecto a asuntos cotidianos, con pérdida de espontaneidad, iniciativa y enlentecimiento.

Debido a la reducción de sus ingresos como consecuencia de esta baja por enfermedad, en la que llevaba aproximadamente quince meses, decidió buscar a través de Internet algún trabajo que pudiese complementar sus emolumentos. En esta labor recibió en su cuenta de correo electrónico una oferta de trabajo como agente financiero, por parte de una empresa de teletrabajo denominada Reynolds Investments, que tenía abierta una página web en la que se especificaban las condiciones de la actividad laboral que ofertaba.

En dicha oferta se describía el trabajo a realizar, de modo que la persona contratada tendría que recibir fondos en una cuenta bancaria personal procedentes de corredores de bolsa y de venta de mercancía por clientes internacionales de aquella empresa, añadiéndose que se les suministraría información detallada de la transferencia, del nombre del remitente y la suma dineraria. A continuación, la persona empleada tendría que transferir los fondos a otro cliente de la entidad que usa el sistema de pago de Unión Occidental de Pago Internacional, haciéndole ver la urgencia de esa función para evitar pérdidas financieras. Su compensación debería descontarla de los fondos recibidos, pudiendo ser una comisión del 8%, que se elevaría al 11% para agentes con cuenta bancaria cooperativa o comercial. Tras describir las instrucciones de trabajo del agente



financiero, se remitía un cuestionario para la formalización de sus datos personales y de su información bancaria, incluido el número de la cuenta corriente que habría de utilizar.

Al mostrar interés el acusado en conseguir este trabajo, y tras diversas comunicaciones por correspondencia electrónica, finalmente en fecha 28 de julio de 2006, recibió en su correo electrónico confirmación de que había sido aceptado para este trabajo; y a partir de ahí, en los días siguientes, y en consonancia con aquellas instrucciones, recibió en la cuenta corriente que había proporcionado a la empresa, la número NUM001 , de la que era titular en la sucursal de Rentería de la Caja Rural de Navarra, diferentes transferencias de dinero procedentes de otra cuenta corriente de la que eran titulares Julieta y Justino , la número NUM002 , que tenían abierta en la oficina principal del Banco Santander Central Hispano de esta ciudad. Dichas transferencias se realizaron el 9-8-2006, por importe de 3.400,29; el 10-8-2006, también por 3.400,29; el 11-8-2006, por cuantía de 3.405,63; y el 14-8-2006, por la suma de 5.978,63.

Siguiendo las instrucciones concretas que iba recibiendo en su correo electrónico emitidas desde la empresa contratante, el acusado fue sacando en efectivo, tras detraer su comisión del 8%, las cantidades que iba recibiendo para remitirlas por medio de Western Union a la persona y dirección que le fue señalada: Sebastián , CALLE000 NUM003 , en la ciudad de Volgograd, en Rusia. Los envíos dinerarios los realizó los días 10, 11, 14 y 16 de agosto de 2006, cada uno de ellos por 3.000.

En realidad, la empresa que había contratado al acusado no existe como tal, tratándose de una tapadera utilizada por personas que no han sido identificadas y que, con fines de enriquecimiento ilícito, centran su actividad en la obtención de los datos de usuario, contraseña y coordenadas de seguridad de personas que usan el sistema de banca online para, posteriormente, acceder a esas cuentas y transferir el dinero a otras que ellos controlan; y ello tras obtener aquellos datos utilizando lo que se conoce como técnica de phishing (engaño y suplantación de páginas web bancarias) y realizando para poder disponer del dinero sustraído transferencias a cuentas abiertas por personas, como el inculpado, que previamente han sido captadas para esta actividad. De este modo, esas personas no identificadas, habían salvado el sistema de seguridad del Banco de Santander, teniendo acceso a la cuenta corriente online de Julieta y Justino , detrayendo aquellas cantidades de dinero sin su conocimiento y utilizando al acusado para poder remitir ese dinero fuera del país, a otra persona perteneciente a la misma red.

En fecha 15 de agosto de 2006, Julieta detectó las transferencias in consentidas que se habían producido en su cuenta, lo que comunicó a responsables de la entidad bancaria, y tras interponer denuncia el día siguiente, se efectuó el bloqueo de la cuenta corriente del acusado, lo que permitió recuperar la cantidad de 4.383,68, que fueron reintegrados a aquélla y su esposo, el otro cotitular. Con posterioridad, el Banco de Santander S.A. ha ingresado a estas dos personas el resto del dinero que le había sido detraído, 11.801,16, que es el que reclama aquella sociedad en este procedimiento.

La Sala no considera probado que el acusado Andrés tuviese pleno conocimiento de que su conducta no fuese ajustada a derecho y estuviese perjudicando a las personas de las que procedía el dinero que se ingresaba en su cuenta; ni que hubiese llegado a representarse la ilicitud de estas operaciones de modo que tales transferencias pudieran no estar consentidas por aquéllos, y pese a ello hubiese optado por continuarlas para conseguir su beneficio económico.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Por la Defensa del acusado se plantearon, por vía de informe, determinadas cuestiones relativas a la calificación jurídica de los hechos que se enjuician, y que deben ser analizadas previamente, en la medida en que pudieran derivar de las mismas problemas de principio acusatorio, de tipicidad de la conducta, e incluso, de la propia competencia objetiva de este Tribunal.

Tanto el Ministerio Fiscal cuanto la Acusación Particular califican los hechos como constitutivos de un delito continuado de estafa informática cometida en su modalidad agravada de abuso de firma, con aplicación de los arts. 74 , 248.2 , 249 y 250.4º del Código Penal .

En primer lugar, se vino a defender por la representación del acusado que la calificación jurídica ajustada a los hechos sería la correspondiente al delito de blanqueo de capitales, arts. 301 y 303 del C.P . De ser así, dado que esta modalidad delictiva no se contempló por las acusaciones, el principio acusatorio determinaría un pronunciamiento absolutorio automático.

Y para defender esta postura, dicha parte procesal se apoyó en la S.T.S de 16-4-2009 (que no hemos encontrado) y en la S.A.P. de Madrid de 16-11-2009 . Es cierto que en esta última resolución, para una conducta similar a la aquí enjuiciada, se estudia la posibilidad de que el sujeto activo hubiese incurrido en un delito de



blanqueo de capitales, en relación con el movimiento de dinero que habría favorecido el acusado desde su cuenta corriente a otra cuenta rusa de la que serían titulares personas desconocidas.

Pero lo anterior, igual que ocurrió en el caso enjuiciado por la Sección Primera de esta misma Audiencia Provincial, Sentencia de 20-1-2010, se trató como planteamiento acusatorio alternativo a una primera imputación como autor, por cooperación necesaria, de un delito de estafa informática del art. 248.2 del C.P. En ambos supuestos, el Tribunal absolvía primero a este tipo de colaborador, al no constar prueba de su participación en las maniobras fraudulentas de carácter informático, ni de que conociera el origen del dinero que le era transferido. Desechando respecto del sujeto enjuiciado el delito de estafa informática por la falta de ese elemento subjetivo, y amparado por la acusación alternativa, pasaban a analizar si su actividad de sacar dinero del país podía suponer un delito de blanqueo de capitales.

En nuestro caso, la acusación se formula sólo por el delito de estafa informática, por lo que si aquellas circunstancias de participación en las maniobras fraudulentas, o conocimiento del origen ilegal del dinero que recibía, no se consideran probadas, le resulta vedado a este Tribunal entrar en el análisis de si esa conducta de remitir el dinero a la dirección que le habían proporcionado en Rusia, pudiera constituir un delito de los arts. 301 y 303 del C.P.

La jurisprudencia es unánime al estudiar estas tramas, cuya técnica se define como "phising", en tipificarlas como estafas informáticas del artículo 248.2. Así se recoge, a título de ejemplo, en la S.T.S. de 12-6-2007. Y ello sería aplicable al caso de autos en el momento en que se pudiese demostrar que el acusado cooperó de forma consciente en este tipo de defraudación.

En segundo lugar, se realizan alegaciones por la Defensa del acusado relativas a la conducta principal ejecutada por las personas que no han llegado a ser identificadas, en la medida en que viene a cuestionar el elemento del engaño bastante que constituye el núcleo esencial del delito de estafa cuando, según su entender, el sistema de seguridad del Banco de Santander estaba totalmente obsoleto; y más cuando, según el testimonio de la Sra. Julieta, el sistema online de la cuenta que había contratado con aquella sociedad era sólo para consulta, no habiendo realizado nunca transferencia alguna por esta vía.

No puede acogerse esta argumentación. El tipo objeto de acusación no ha sido el de la estafa clásica, por lo que carece de interés discutir si hubo error, engaño bastante o infracción del deber de cuidado por la entidad bancaria. El tipo del artículo 248.2 C.P., creado por el Código Penal de 1995, tiene la función de cubrir un ámbito al que no alcanzaba la definición de la estafa introducida en la reforma de 1983. La figura vino a proteger el patrimonio contra acciones que no respondían al esquema típico de la estafa pura y simple, pues legisló un supuesto en el que el sujeto activo no se dirige a una persona sobre la cual haya de producirse error. En efecto, los aparatos electrónicos no obedecen al voluntarismo humano, ni procesan la información bajo representaciones falsas de la realidad, sino que se comportan según el programa que las gobierna, de forma que el sujeto pasivo sólo puede ser el titular del patrimonio menoscabado y no un ser humano engañado. La actual redacción del artículo 248.2 CP permite incluir en la tipicidad de la estafa aquellos casos en los que mediante una manipulación informática o artificio semejante se efectúa una transferencia no consentida de activos en perjuicio de tercero, admitiendo diversas modalidades, bien mediante la creación de órdenes de pago o de transferencias, bien a través de manipulaciones de entrada o salida de datos, en virtud de los que la máquina actúa en su función mecánica propia. Los elementos del tipo, por tanto, son: a) ánimo de lucro, b) manipulación informática o artificio semejante y c) acto de disposición económica en perjuicio de tercero que se concreta en una transferencia patrimonial no consentida. Nótese que en absoluto se exige el engaño característico de la estafa pura y simple. Y ello se debe a que en la estafa denominada "informática" el ilícito penal no se comete ya en el marco de una relación interpersonal, sino que el sujeto activo se sitúa ante una máquina, mecánica o informática, frente a la que se efectúa una manipulación, ardid, truco o engaño (bien en sus elementos físicos, bien en su programación) o artificio semejante (donde cabe incluir la modalidad comisiva que es objeto de enjuiciamiento, esto es, la introducción de datos falsos).

No existen problemas de tipicidad de la conducta matriz, debiendo darse la razón a la Defensa en cuanto niega la aplicación del subtipo agravado previsto en el art. 250.4º del C.P. Según el Acuerdo adoptado por el Pleno de la Sala Segunda del Tribunal Supremo en fecha 31-3-2009, a los efectos del art. 250.1.4 del C.P., "la utilización de las claves bancarias de otro no es firma".

Pero la única consecuencia de lo anterior es que, ante una eventual condena, ésta sólo podría realizarse por el tipo básico de la estafa informática del art. 248.2 del C.P., eso sí en su naturaleza continuada; pero ello no puede operar, como dejó entrever el letrado en su informe, para una pérdida de competencia de esta Audiencia Provincial. Es cierto que la pena en abstracto del art. 249.1, al no aplicarse el 250, no puede superar los tres años de prisión, por lo que, conforme al art. 14.3 de la L.E.Crim., la competencia de conocimiento corresponde al Juzgado de lo Penal. Pero esa determinación del órgano competente tiene que fijarse en el momento en



que se decreta la apertura del juicio oral, y a la vista de los escritos de acusación existentes, que entonces recogían esa figura agravada que fue aceptada por el instructor (aunque errase en la designación del órgano judicial competente para el enjuiciamiento), y alcanzando aquélla una pena en abstracto de seis años, esa competencia fue aceptada por este Tribunal.

SEGUNDO .- Partiendo de que los hechos ejecutados se encuadran en el delito continuado de estafa informática antes definido, y de que no existe prueba de la participación directa del Sr. Andrés en las maniobras fraudulentas de carácter informático, realizadas por personas que no se han identificado; la cuestión se centra en si cuando decidió colaborar con éstos en ese trabajo que le ofrecían, tenía conocimiento de que el dinero que le transferían era ilícito, al no contar con el consentimiento de sus titulares. Esta es la tesis que acogen las acusaciones, por lo que califican su participación como autoría en modalidad de cooperación necesaria, y centran sus argumentos sobre el elemento anímico en el dolo eventual.

A esta modalidad de dolo se suelen agarrar la mayoría de las resoluciones condenatorias en estos supuestos de colaboradores intermedios en la trama de phishing, que abren o utilizan cuentas personales en las que se ingresa el dinero estafado, y luego lo transfieren a los principales culpables. Así se mantiene, por ejemplo, en la S.T.S. de 12-6-2007, considerando que estaban al corriente, al menos de forma limitada, de la operación fraudulenta, sin que la ignorancia del resto del operativo borrara ni disminuyese su culpabilidad por ser conscientes de la antijuricidad de su conducta, prestando su conformidad con un evidente ánimo de enriquecimiento, ya supieran, no quisieran saber (ignorancia deliberada), o le fuera indiferente el origen del dinero que recibían.

Igual, la Sentencia de 14-9-2010 de la Audiencia Provincial de Islas Baleares alegada por la Acusación Particular, que considera también que concurría dolo eventual en la estafa informática realizada por la técnica de phishing, en la persona que recibía el dinero que un tercero transfería a su cuenta, para sacarlo o enviarlo fuera de España y cobrar una comisión.

Lo que sucede es que en este último caso el Tribunal acepta la valoración de la prueba efectuada por el Juzgado de lo Penal, y llega a la conclusión de que concurría esa modalidad culpable en la tercera transferencia que realizaba el agente, dado que el propio acusado, tras la realización de las dos primeras, al recibir una llamada telefónica de quien le había contratado desde un número oculto, sospecha de la ilicitud de la operación y le pregunta si el negocio era legal. Por ello, el juzgador estima concurrente la conciencia de la ilicitud en esta tercera operación, pero expresamente manifiesta no existir prueba de signo incriminatorio respecto de las anteriores transferencias que había efectuado por el mismo sistema.

Debe estarse, pues, al caso particular y a la prueba concreta existente en el juicio para valorar si existe ese dolo eventual, que ante su negación por el acusado, debe inducirse por datos externos, concluyentes y suficientemente probados en la causa (S.T.S. 26-11-2008).

En el supuesto enjuiciado, lo primero que llama la atención es el contenido de la inmediata declaración que presta el acusado cuando es citado a declarar en la Comisaría de Policía Nacional, pues realmente el deterioro que parece haber sufrido con su enfermedad impidió un interrogatorio esclarecedor en el acto del juicio oral. En aquél momento, el inculpado puso de manifiesto su creencia de estar realizando un trabajo legal, no sospechando lo contrario hasta que comprobó que le había sido bloqueada su cuenta corriente. Y aporta toda la documentación concerniente a la oferta de trabajo (folios 31 a 33), comunicación por correo electrónico con la empresa relativa a su selección y aceptación (folios 34 y 35), y todos los correos posteriores en las que se le venían dando las instrucciones para sacar el dinero transferido a su cuenta y enviarlo a un tercero residente en Rusia (folios 36 a 47, 24 a 30). La página de Internet en la que se ofrecía el trabajo permanecía activa, y en la oferta se aportaban datos que aparentaban la legalidad de las operaciones a realizar, que se escudaba en que el dinero que iba a recibir procedía de clientes de la empresa contratante vendedores de mercancías o por corredores de bolsa. No hay nada en esa documentación que denote que el inculpado tenía conocimiento o sospechaba que la actividad era ilícita, o debía conocerlo o sospecharlo, y todas las operaciones las ejecuta según las instrucciones que recibía.

Pero, además, nos encontramos con que el acusado juega con una cuenta corriente que tenía abierta a su nombre con anterioridad, identificándose desde la primera comunicación y utilizando esa identidad real para todas las operaciones, tanto en la recepción del dinero, como para sacarlo de su cuenta y enviarlo a la dirección extranjera proporcionada. Cualquier persona media, en el supuesto de que tuviese conciencia de que se estaba estafando a terceros, sería consciente que, desde el momento en que éstos comprobasen que se les había extraído dinero de sus cuentas, estaba plenamente identificada por contar con sus datos personales. Es precisamente por esto por lo que estas organizaciones lo primero que hacen es engañar a estas personas que captan para que sean ellos los que proporcionen sus cuentas y realicen las operaciones de reingreso y remisión del dinero al exterior, procurando su propio anonimato y que se les pueda seguir el rastro.



Por eso, este Tribunal no está convencido de que el acusado obrase con conciencia de la ilicitud de su actividad; pero es que, aún en el supuesto de que hubiese podido representarse que algo turbio había detrás, no tiene porqué ser la ilicitud del dinero transferido. En el trabajo lo contratan como agente financiero para sacar dinero del país de clientes de la empresa contratante, siendo factible que, en su caso, hubiese podido pensar que lo estaban utilizando en operaciones de blanqueo de dinero o de evasión fiscal, por parte de las propias personas de las que procedía ese dinero transferido (lo que incluso sería más lógico, ya que se siente impune al proporcionar su identidad, pues esas personas no tendrían interés en denunciarlo). En este caso, no se puede predicar respecto de la estafa informática el dolo eventual que preconizan las acusaciones.

Pese a lo anterior, esta Sala está en la creencia de que el acusado creía en la licitud de su trabajo ante la apariencia de legalidad que refleja la documentación aportada. Y en este sentido no puede dejar de reseñarse que, en otras Diligencias Previas abiertas contra el mismo acusado, las seguidas con el nº 930/07 en el Juzgado de Instrucción nº3 de San Sebastián (folios 529 a 589), analizándose una operación idéntica por denuncia del día 17-8-2006, pero derivada de esta misma contratación, con el visto bueno del Ministerio Fiscal, se ha dictado Auto de sobreseimiento provisional con fecha 6-6-2007 (folios 587 a 589), por resultar desconocidos los verdaderos autores de la estafa informática, y afirmando la inexistencia de prueba indiciaria de que Andrés tuviese conocimiento o sospechas de que estaba participando en un fraude.

Es de destacar que la anterior resolución judicial se basa, entre otras razones, en un informe emitido por la Unidad Central Operativa del Grupo de Delitos Telemáticos de la Guardia Civil, en el que se afirma que una de las modalidades en las que operan estas organizaciones criminales parten de una oferta de trabajo recibida por correo electrónico, debidamente documentada y con total apariencia de legalidad, de modo que estos hombres de paja son inducidos por error a participar en el fraude sin que en muchos casos lleguen a tener conocimiento de su ilicitud; lo que venía a aplicarse en el auto a este imputado.

Un supuesto totalmente similar fue analizado por la Sección Primera de esta Audiencia Provincial, Rollo 22/09, concluyendo con Sentencia absolutoria de 20-1-2010. Se transcribe el fundamento de derecho tercero, en la medida que, con sus particularidades, entendemos que es idéntico al presente y merece igual tratamiento: "*En cuanto a la acusación formulada por el Ministerio Fiscal por delito de estafa informática al incluir la conducta imputada en el artículo 248.2 del Código Penal, contamos con que lo que viene a decirse en su relato de hechos es que la acusada recibió la tan citada transferencia realizada de forma fraudulenta por personas no determinadas con las que estaba de acuerdo. Podemos decir que efectivamente existió acuerdo de la acusada con terceras personas para recibir transferencias y remitir su importe, deducida una comisión, a esas personas, extremo reconocido sin ambages por la acusada, pero el problema que surge es si tenía efectivo conocimiento de que esa transferencia se había realizado de forma fraudulenta, elemento preciso en tanto que estamos hablando de conductas eminentemente dolosas. La duda queda patente cuando se ha aportado a la causa un contrato que dice la acusada haber suscrito con una determinada entidad sobre cuya real existencia puede dudarse, a tenor de la respuesta dada por la Policía con fecha 30.4.2008 (folio 82) a lo interesado por el Juzgado por providencia de 2.3.2007 (folio 72), y que deja claro que no se ha investigado el hecho bien por haberse remitido a Rusia el dinero y domiciliarse en este país el destinatario final de la transferencia, y la propia entidad supuestamente contratante, o simplemente por que no ha sido posible investigar "máxime el tiempo transcurrido" como indica el oficio policial, sin perjuicio de que se de cuenta a Interpol. Con esto esta Sala ha de quedar en la misma situación de duda que plantea la respuesta dada por la Policía a propósito de la implicación de quien recibe y nuevamente remite el dinero, en el concreto apartado de que estuviera de acuerdo con quienes consiguieron realizar la transferencia y finalmente fueron los destinatarios del dinero conseguido. Esta situación de duda no se puede considerar resuelta en términos acordes con la acusación formulada de estafa, por el hecho de que el contrato de referencia no contenga mención alguna al tipo de comisión o porque el destinatario de la remesa realizada a través de "Western Union" no sea la empresa que supuestamente contrató a la acusada, sino un tercero, y residente en ciudad distinta de la de San Petesburgo, sede de aquélla, según declaró Tatiana en el acto del juicio. Con estos presupuestos es patente que no queda más solución que la absolución de la acusada también por este delito de estafa del que venía siendo acusada por el Ministerio Fiscal.*"

En estas circunstancias creemos que al menos deben albergarse dudas fundadas sobre esa conciencia de lo ilícito para cualquier persona de nivel cultural medio; y aunque en este asunto se pone el acento en la condición de agente de la Policía Local del acusado, no se puede obviar que en la fecha en que acontecen los hechos estaba apartado del servicio por una enfermedad mental degenerativa y progresiva, cuya sintomatología afectaba a su capacidad intelectual, como se deduce del informe psiquiátrico emitido por el doctor Ismael (folios 512 a 520), en el que se dictamina la afectación de las funciones cognitivas y la pérdida de conciencia de las consecuencias de los propios actos; estado que ya sufría en aquel tiempo y que ha derivado en su declaración de incapacidad permanente en virtud de Sentencia de 7-1-2008 del Juzgado de lo Social (folios 523 a 526), en la que se reconoce ese padecimiento en aquel tiempo. No se trata de afirmar en esta resolución la inimputabilidad del encartado, pero sí poner de manifiesto que no considera la Sala que pueda operar un



plus de conocimiento en el sujeto activo, por aquella condición de ser miembro de un Cuerpo de Seguridad. Por estos razonamientos, se ha de dictar sentencia absolutoria a favor del Andrés .

TERCERO .- El anterior pronunciamiento impide cualquier otro sobre responsabilidad civil, y determina que las costas del juicio deban ser declaradas de oficio (art. 240.1 L.E.Crim .).

FALLAMOS

Absolvemos al acusado DON Andrés del delito continuado de estafa agravada que le imputan el Ministerio Fiscal y la representación del Banco de Santander S.A., y declaramos de oficio las costas de este juicio.

Notifíquese esta resolución a las partes, haciéndole saber que contra la misma podrá prepararse ante esta Audiencia Provincial, en el plazo de cinco días, RECURSO DE CASACIÓN para su posterior interposición ante la Sala Segunda del Tribunal Supremo.

Así por esta nuestra Sentencia, de la que unirá certificación al Rollo, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.

FONDO DOCUMENTAL CENDUCJ