



Roj: **SAP GC 1723/2012 - ECLI: ES:APGC:2012:1723**

Id Cendoj: **35016370012012100386**

Órgano: **Audiencia Provincial**

Sede: **Palmas de Gran Canaria (Las)**

Sección: **1**

Fecha: **26/07/2012**

Nº de Recurso: **130/2012**

Nº de Resolución: **167/2012**

Procedimiento: **Apelación sentencia delito**

Ponente: **SECUNDINO ALEMAN ALMEIDA**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

SENTENCIA

Presidente

D./Da. MIGUEL ANGEL PARRAMON I BREGOLAT

Magistrados

D./Da. SECUNDINO ALEMAN ALMEIDA (Ponente)

D./Da. IGNACIO MARRERO FRANCES

En Las Palmas de Gran Canaria, a 26 de julio de 2012.

Visto en esta Sección Primera de la Audiencia Provincial de Las Palmas el recurso de apelación interpuesto por el/la Procurador/a de los Tribunales D./Dna. Palmira Canete Abengoechea, actuando en nombre y representación de D. Sabino , defendido por el/la Letrado/a D./Dna. José Emilio Cutillas-Shamann; contra la sentencia de fecha 19 de marzo de 2012 del Juzgado de lo Penal Número 2 de Las Palmas, Procedimiento Abreviado no 158/2011, que ha dado lugar al Rollo de Sala 130/2012, en la que aparece como parte apelada el Ministerio Fiscal; siendo ponente el Ilmo. Sr. D. SECUNDINO ALEMAN ALMEIDA, quién expresa el parecer de la Sala.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- En la referida sentencia se contiene el siguiente fallo: "Que debo condenar y condeno a Sabino como responsable criminalmente en concepto de autor, sin concurrir circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal, de un delito de ESTAFA, ya calificado, a la pena de UN AÑO Y SEIS MESES PRISIÓN e inhabilitación especial para el ejercicio del sufragio pasivo por el tiempo de duración de la condena, debiendo indemnizar a la entidad Banco Bilbao Vizcaya Argentaria S.A la cantidad, de MIL QUINIENTOS DIEZ EUROS CON SESENTA Y DOS CÉNTIMOS (1.510,62€), cantidad que devengará el interés legal incrementado en dos puntos, conforme a lo dispuesto en el art. 576, apartado 1 de la Ley de Enjuiciamiento Civil , y todo ello con imposición de costas al acusado."

SEGUNDO.- Contra la indicada resolución se interpuso recurso de apelación por la representación procesal del acusado-condenado, con las alegaciones que constan en el escrito de formalización, que fue admitido en ambos efectos, dando traslado del mismo por diez días al Ministerio Fiscal y demás partes personadas, con el resultado que obra en autos.

TERCERO.- Remitidas las actuaciones a esta Audiencia en fecha 31 de mayo de 2012, en la que tuvieron entrada el día 1 de junio de 2012, se repartieron a esta sección en la que tuvieron entrada el día 4 del mismo mes, designándose ponente en virtud de diligencia de 21 de junio conforme a la distribución numérica de asuntos vigente en esta Sala, y mediante providencia de 9 de julio se fijó el 13 del mismo mes fecha para deliberación y votación, tras lo cuál quedaron los mismos pendientes de sentencia.



HECHOS PROBADOS

Se aceptan íntegramente los hechos probados de la sentencia recurrida.

RAZONAMIENTOS JURÍDICOS

PRIMERO.- Impugna la sentencia de instancia la defensa por infracción de la presunción de inocencia y del principio in dubio pro reo.

En relación a la infracción de la presunción de inocencia señala la STS 1.200/2006, de 11 de diciembre, que este principio "en el orden penal comporta:

- 1) La carga de la prueba sobre los hechos constitutivos de la pretensión penal corresponde exclusivamente a la acusación, sin que sea exigible a la defensa una probatio diabólica de los hechos negativos.
- 2) Sólo puede entenderse como prueba la practicada en el juicio oral bajo la intermediación del órgano judicial decisor y con observancia de los principios de publicidad y contradicción.
- 3) De dicha regla general sólo pueden exceptuarse los supuestos de prueba preconstituída y anticipada, cuya reproducción en el juicio oral sea o se prevea imposible y siempre que se garantice el ejercicio del derecho de defensa o la posibilidad de contradicción.
- 4) La valoración conjunta de la prueba practicada es una potestad exclusiva del juzgador, que este ejerce libremente con la sola obligación de razonar el resultado de dicha valoración."

En el caso concreto, se ha practicado en el plenario prueba sujeta a los principios de oralidad, contradicción e intermediación, prueba con contenido incriminatorio al venir constituida por la declaración de la denunciante que de nada conocía al acusado, y que refirió la existencia de una transferencia no consentida, lo que corrobora el representante legal de la entidad bancaria, así como el funcionario policial que llevar a cabo la investigación, sin que el acusado niegue la existencia de la transferencia, poniendo especial énfasis en cambio en negar que tuviera conocimiento de la ilicitud de la operación, anadiendo que actuara de buena fé, a lo que colateralmente anade en sustento de su pretensión, que no hay estafa, hasta tal punto de que el Fiscal introdujera la alternativa calificación jurídica de la recepción.

En realidad pues, no combate el apelante la inexistencia de prueba en relación a las circunstancias objetivas del hecho, sino que combate el acervo probatorio seguido por la Juez para entender que él tuvo conocimiento del carácter ilícito de la operación.

Como punto de partida, estamos en presencia de la práctica denominada como Phishing perfilada por la jurisprudencia, citándose al efecto la STS de 533/2007, de 12 de junio que recoge sus características en un supuesto prácticamente idéntico al presente, así como el alcance de la intervención del receptor, aparentemente extraño a las maniobras de engaño. Señala la Sala Segunda - STS 274/2012, de 4 de abril -, que "La estafa exige, como es sabido que el autor, en su interactiva relación con el sujeto pasivo lleve a cabo una simulación de circunstancias que no existen, o la disimulación de las realmente existentes, como medio para mover la voluntad de quien es titular de bienes o derechos (STS 628/2005 de 13 de mayo), generando así un riesgo jurídicamente desaprobado para el bien jurídico tutelado, y que el engaño sea idóneo para provocar un error que, a su vez, es causalmente determinante de un desplazamiento patrimonial, que es perseguido por el autor y que supone una injusta disminución del patrimonio ajeno (STS de 5 de julio de 2005)."

La peculiaridad de la figura que analizamos radica en que el receptor de las cantidades defraudadas no interviene directamente en la manipulación, más no por ello podemos obviar su relevante cooperación en el ardid elaborado por el autor o autores principales -generalmente situados a buen recaudo en terceros países actuando bajo el paraguas que ofrece la red-, entendiéndose la cautela del Ministerio Fiscal en la introducción de la alternativa figura de receptación que no obstante no consideramos concurrente, compartiendo así el juicio de tipicidad que se realiza en la sentencia combatida que califica la conducta enjuiciada de estafa. Y es que el acusado interviene activamente en el hecho delictivo antes de su comisión, y con una conducta objetivamente relevante para el aspecto nuclear del tipo penal, pues es él quién da el dato de su cuenta bancaria que luego utilizarán los ideólogos directos de la manipulación informática para la transferencia no consentida de fondos desde la cuenta del perjudicado. La receptación podría plantearse si la intervención del acusado fuere posterior al desarrollo del hecho delictivo principal, como fuere el caso de posteriores receptores de la cuenta del acusado si no fueren los directos implicados en la estafa informática, ni sus ideadores. Por tanto, la intervención del acusado resulta relevante para la estafa al ser, con la aportación de su número de cuenta, un hecho esencial del delito, al desplegarse a partir de ese momento la maniobra fraudulenta mediante la manipulación informática consecutiva que ordena la transferencia de fondos indebida desde la cuenta de la víctima hacia la del acusado, convertido así en un necesario nexo de unión que enlaza luego las ganancias



obtenidas mediante la recepción de las cantidades así obtenidas, momento en que se consumaría el delito, desplazándolas luego a terceros desconocidos, lo que pertenecerá a la fase de agotamiento.

Sin nominarlo así expresamente, la defensa del recurrente lo que discute es su conocimiento acerca de la ilicitud de la transferencia, esto es, un error de tipo. Sobre ello señala la STS 767/2009, de 16 de julio que "Como recuerda la STS. 231/2009 de 5.3 , con cita de la STS. 737/2007 de 13.9, la doctrina de esta Sala Segunda, desde la introducción del art. 6 bis a) operada por la reforma de 25 de junio de 1983, ha venido haciendo un esfuerzo de delimitación conceptual acerca de una materia -la trascendencia penal del error- sobre la que no siempre se razonaba con precisión.

De ahí que en la actualidad se asuma, en coincidencia con la nomenclatura del legislador, luego repetido, en el vigente art. 14 del CP , la distinción entre error de tipo -imbricado con la tipicidad- y error de prohibición -afectante a la culpabilidad-. Tal vinculación con la tipicidad y la culpabilidad es ya una constante en nuestra jurisprudencia (SSTS 411/2006, 18 de abril ; 721/2005, 19 de mayo ; 709/1994, 28 de marzo ; 873/1994, 22 de abril).

Así pues, es entendimiento común en la jurisprudencia de esta Sala que en el art. 14 se describe, en los dos primeros números, el error de tipo, que supone un conocimiento equivocado o juicio falso sobre alguno o todos los elementos descritos por el tipo delictivo. Esta clase de error tiene distinta relevancia, según recaiga sobre los elementos esenciales del tipo, esto es, sobre un hecho constitutivo de la infracción penal -núm. 1- o sobre alguna de las circunstancias del tipo, que lo cualifiquen o agraven. - núm. 2-. En el primero de los casos, sus efectos se subordinan al carácter vencible o invencible del error. En el segundo, la simple concurrencia del error sobre alguna de aquellas circunstancias cualificativas, impide su apreciación. En el número 3o se otorga tratamiento jurídico al error de prohibición, que es la falta de conocimiento de la antijuricidad de la conducta, en el que suele distinguirse entre un error sobre la norma prohibitiva -error de prohibición directo- o un error sobre la causa de justificación - error de prohibición indirecto-. Así en términos de la STS 755/2003, de 28 de mayo , "la doctrina y la Ley distinguen entre los errores directos de prohibición, es decir, los que recaen sobre la existencia de la norma prohibitiva o imperativa, y los errores indirectos de prohibición que se refieren a la existencia en la Ley de la autorización para la ejecución de una acción típica (causa de justificación) o a los presupuestos de hecho o normativos de una causa de justificación".

El error ha de demostrarse indubitada y palpablemente (STS 123/2001, 5 de febrero), pues la jurisprudencia tiene declarado que el concepto de error o el de creencia errónea (art. 14 CP .) excluye por su significación gramatical, la idea de duda; y en este sentido error o creencia errónea equivale a desconocimiento o conocimiento equivocado, pero en todo caso firme.

En cualquier caso -recuerda la STS 687/1996, 11 de octubre -, el error o la creencia equivocada no sólo ha de probarse por quien la alega, aunque esto en algún aspecto sea discutible, sino que además, y esto es lo importante, no es permisible su invocación en aquellas infracciones que sean de ilicitud notoriamente evidente, de tal modo que de manera natural o elemental se conozca y sepa la intrínseca ilicitud."

En parecidos términos tenemos la STS 128/2010, de 17 de febrero .

Dicho esto, la Juzgadora de instancia razonada adecuadamente el porqué no es posible sostener la tesis de la creencia errónea en el actuar lícito. En cualquier caso, y como se acaba de exponer, la síntesis del error no radica en la duda, sino en la creencia equivocada, y por eso resulta incompatible como argumento defensivo ampararse en que el acusado tuviere dudas sobre la ilicitud de su implicación, pues justamente si tenía dudas -o sospechas- de que lo que hacía podía ser ilícito, tal circunstancia aboca necesariamente la cuestión al rechazo de la figura del error, sustentada, como hemos dicho en la creencia firme de un actuar que luego se revela como equivocado.

En cualquier caso, la juzgadora expone con argumentos razonados y razonables el porqué no puede entenderse que el acusado actuara confiado en su proceder ilícito, lo cuál infiere de datos objetivos fácilmente encajables en máximas de la experiencia y del sentido común. Y es que en efecto, no es racionalmente admisible sostener la legitimidad en la recepción de unos fondos ajenos, cuya procedencia al tiempo se desconoce, cuando la única labor es servir de correa de transmisión a terceros a cambio de una jugosa comisión carente de lógica ante la nimiedad de la labor que se despliega, y de ahí la razonable retórica de la Juez de instancia relacionada con la cuestión del porqué no hace directamente la supuesta empresa el pago a terceros. A ello debe anadirse la completa ausencia de mínimas cautelas relacionadas con un propósito serio y firme de indagar sobre la licitud de tal forma de actuar, más allá de vagas y genéricas referencias a gestiones hechas en la red sobre la existencia de la empresa que le ofreciera tan atractivas -y desde luego- generosas comisiones por en realidad no hacer nada con algún valor patrimonial, algo consustancial a toda relación sinalagmática.



Parafraseando la antes citada STS 533/2007, de 12 de junio , en este escenario probatorio vía prueba de indicios se puede – como le resultó al Tribunal sentenciador– concluir que el apelante estaba al corriente, al menos de forma limitada de la operación, que en lo que a él se refería se concretaba en: a) apertura de cuenta, b) recepción de transferencias por personas desconocidas, c) origen de tales fondos de auténticas cuentas de otros titulares a los que personas desconocidas habían accedido mediante el acceso fraudulento de las claves necesarias, hecho que ha quedado acreditado en la denuncia inicial y declaración de los representantes del banco y d) otro dato a tener en cuenta es la "explicación" dada consistente en cobrar una cantidad por este "servicio" entregando el resto a otras personas desconocidas.

En esta situación construir un juicio de inferencia que partiendo de estos hechos acreditados permite arribar a la conclusión de que el recurrente participó y estaba al corriente, en lo necesario, de todo el operativo, es conclusión que en este control de segunda instancia se ofrece como plausible, que fluye por sí sola de los indicios expuestos y que no es contraria a las máximas de experiencia, no siendo arbitraria.

Por tanto, teniendo en cuenta el conjunto del material probatorio practicado en el juicio oral, la Juez llega a una conclusión lógica que expone, luego debe concluirse que ha existido prueba de cargo utilizada en la sentencia para condenar (prueba existente); tal prueba fue traída al proceso con observancia de las normas legales y constitucionales, y fue practicada en el plenario con las garantías propias de este acto solemne (prueba lícita), y ha de considerarse bastante para justificar el aspecto fáctico de la condena aquí recurrida, como se acaba de exponer a propósito de la prueba practicada sobre la forma en que ocurrieron los hechos (prueba razonablemente suficiente).

A partir de aquí poco o nada cabe añadir, pues dada las funciones de revisión que corresponden a esta Sala, solo cabe verificar que ha habido prueba de cargo suficiente para sustentar la condena, practicada en el acto del plenario con sustento en los principios de inmediación, oralidad y contradicción, cumpliendo la juzgadora de instancia con su deber de motivación, sin que se adviertan errores manifiestos, ni razonamientos absurdos ni arbitrarios que deban conducir a distinta consideración, por lo cuál procede confirmar la convicción de la Juez sobre la realidad de lo acontecido.

SEGUNDO.- Finalmente, y respecto al invocado in dubio pro reo - STS 607/2009, de 19 de mayo - este principio no se vulnera cuando la parte recurrente considera, según su personal y lógicamente interesada valoración de las pruebas, que sus resultados son contradictorios y dudosos, sino cuando en la valoración de las pruebas por el Tribunal éste manifiesta sus dudas y las resuelve en contra del reo. El "dubio" que necesariamente ha de resolverse en sentido favorable al acusado es el del Tribunal que juzga, no el de la parte que recurre. En este caso el Tribunal en su razonamiento no manifiesta dudas valorativas y por consiguiente no ha infringido el principio "in dubio pro reo".

TERCERO.- En materia de costas procesales, siendo desestimado el recurso de apelación procede imponerlas al apelante (arts. 4 , 396 y 398 de la LEC).

Por lo anteriormente expuesto y vistos los preceptos legales citados y demás de pertinente y general aplicación, esta Sala acuerda el siguiente

FALLO

Que desestimando el recurso de apelación interpuesto por la representación procesal de D. Sabino , contra la sentencia de fecha 19 de marzo de 2012 del Juzgado de lo Penal Número 2 de Las Palmas, SE CONFIRMA la misma en su integridad, con imposición al apelante de las costas procesales causadas en esta alzada.

Notifíquese esta resolución a las partes a las que se hará saber que contra la misma no cabe recurso alguno, y remítase testimonio de la misma al Juzgado de procedencia para su ejecución y cumplimiento.

Así por esta nuestra Sentencia, definitivamente juzgando en esta segunda instancia, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.