

Roj: **STS 8284/2012** - ECLI: **ES:TS:2012:8284**Id Cendoj: **28079120012012100958**Órgano: **Tribunal Supremo. Sala de lo Penal**Sede: **Madrid**Sección: **1**Fecha: **25/10/2012**Nº de Recurso: **2422/2011**Nº de Resolución: **834/2012**Procedimiento: **RECURSO CASACIÓN**Ponente: **MANUEL MARCHENA GOMEZ**Tipo de Resolución: **Sentencia**Resoluciones del caso: **SAP P 483/2011,**
STS 8284/2012

SENTENCIA

En la Villa de Madrid, a veinticinco de Octubre de dos mil doce.

Esta Sala, compuesta como se hace constar, ha visto el **recurso de casación** por infracción de Ley, interpuesto por la representación legal de la entidad **BANESTO**, en el ejercicio de la **acusación particular** contra la sentencia dictada por la Audiencia Provincial de Palencia (Sección Primera) de fecha 3 de noviembre de 2011, en causa seguida contra Leticia, por los delitos de estafa y blanqueo de capitales, los Excmos. Sres. componentes de la Sala Segunda del Tribunal Supremo que al margen se expresan se han constituido para Votación y Fallo bajo la Presidencia del primero de los citados. Ha intervenido el Ministerio Fiscal y la acusación particular ejercida por la entidad BANESTO representada por la procuradora doña Inmaculada Ibáñez de la Cadinieri Fernández. Siendo **Magistrado Ponente** el Excmo. Sr. D. Manuel Marchena Gomez.

I. ANTECEDENTES

Primero.- El Juzgado de instrucción número 6 de Palencia, incoó procedimiento abreviado núm. 78/2010, contra Leticia y, una vez concluso, lo remitió a la Audiencia Provincial de Palencia (Sección Primera) rollo de Sala PA 6/2011 que, con fecha 3 de noviembre de 2011, dictó sentencia que contiene los siguientes **HECHOS PROBADOS**:

"PRIMERO.- Se declara acreditado que la entidad denominada "Colon Collection", mediante el envío de correos electrónicos y bajo la apariencia de actuar como una entidad bancaria y utilizando un falso duplicado de su página web, obtuvo de forma encubierta e ilegítima y sin consentimiento alguno de su titular Aquilino, la clave de su cuenta bancaria nº NUM000 abierta en la entidad Banesto de la ciudad de Palencia, retirando después de la cuenta online las cantidades de dinero que luego diremos.

SEGUNDO.- También consta demostrado que la acusada Leticia, mayor de edad y sin antecedentes penales, en el mes de mayo de 2007, recibió en su cuenta de correo electrónico (DIRECCION000) una propuesta laboral de una empresa denominada "Colon Collections Ltd", con domicilio social en Alemania y con dirección de correo electrónico covcollection@gmail.com. En dicha propuesta laboral se indicaba que necesitaba representantes en España para recibir pagos de clientes y proveedores, siendo requisito fundamental para trabajar el uso de Windows (ser operador de PC), el manejo de herramientas de Internet, Computadora personal, Mail privado (correo electrónico) MSN (Messenger, Icg, etc. La acusada recibió también en su cuenta de correo electrónico una especie de contrato laboral, donde se indicaba que los deberes y responsabilidades que el empleado asumía con la empresa Colon Collections Ltd eran, entre otros, "la suma y transmisión de órdenes de clientes asignados del área a las jefaturas de la compañía y la suma de pagos en órdenes satisfechas de clientes asignados del área a la cuenta bancaria del empleado y de su transferencia a las jefaturas de la compañía o a otra cuenta bancaria señalada". Las transacciones del dinero se deben conducir a través de Western Unión. Como salario a recibir por



el empleado, en dicho contrato se dice que "recibirá 250 euros libres de gastos e impuestos por cada operación satisfactoria, pagados el mismo día de trabajo en forma y tiempo".

En cumplimiento de lo indicado en la propuesta y contrato de trabajo la acusada, sin ningún tipo de preocupación sobre el significado económico y jurídico del trabajo a desempeñar, y viendo la situación como una forma rápida y sencilla de obtener dinero sin realizar a cambio contraprestación significativa alguna, procedió a aperturar la cuenta corriente nº NUM001 en la entidad Banesto. Después, el día 17 de mayo de 2007, la Sra. Leticia recibió una llamada telefónica desde Chile siendo comunicante una persona que dijo hablar en nombre de la entidad "Colon Collections" y que manifestó que se iba a realizar una primera transferencia. Ese mismo día, la acusada recibió en su cuenta corriente una transferencia por importe de 3.074 euros, procedentes de la cuenta bancaria nº NUM000 que Aquilino tenía abierta en la entidad Banesto en esta ciudad de Palencia. Luego la Sra. Leticia procedió a retirar esa misma cantidad en la ventanilla del banco citado y a remitir a Moldavia la cantidad de 2.630 euros a favor de Gracia , a través de Western Union, quedándose ella con una comisión de 350 euros.

Asimismo, el día 18 de mayo de 2007 la acusada recibió en la misma cuenta corriente otras dos transferencias más, una por importe de 3.126,43 euros y otra por 2.849,12 euros, procedentes también de la cuenta bancaria que Aquilino tenía abierta en la entidad Banesto, y que antes hemos ya indicado, volviendo a retirar el dinero en la ventanilla bancaria y a enviar por Western Union a Moldavia la cantidad de 2.509,50 euros a favor de Amalia en Moldavia y 2.778 euros a favor de Eulalia , quedándose la Sra. Leticia con la cuantía de 688,05 euros en concepto de la correspondiente comisión.

TERCERO.- Se declara de igual forma probado que la entidad Banesto ha reintegrado a Aquilino las cantidades de dinero ilegalmente extraídas de su cuenta bancaria".

Segundo.- La Audiencia de instancia dictó el siguiente pronunciamiento:

"FALLAMOS: DEBEMOS CONDENAR Y CONDENAMOS a Leticia , mayor de edad y sin antecedentes penales, como autora responsable de un delito de blanqueo de capitales a la pena de QUINCE MESES DE PRISIÓN y MULTA DE DIEZ MIL EUROS (10.000 euros), con responsabilidad personal subsidiaria en caso de impago de UN MES, y a la pena accesoria de inhabilitación especial para el ejercicio del derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena de prisión.

Leticia deberá indemnizar a la entidad bancaria Banesto, en concepto de responsabilidad civil, la cantidad de 1.038,05 euros, más los intereses legales del art. 576 de la LEC .

Se imponen a la acusada-condenada el pago de las costas procesales causadas en esta instancia, incluidas las de la acusación particular".

Tercero.- Notificada la sentencia a las partes, se preparó recurso de casación por la **acusación particular** ejercida por la entidad Banesto, que se tuvo por anunciado, remitiéndose a esta Sala Segunda del Tribunal Supremo las certificaciones necesarias para su substanciación y resolución, formándose el correspondiente rollo y formalizándose el recurso.

Cuarto.- La representación legal de la **acusación particular** de la entidad **BANESTO SA**, basa su recurso en los siguientes **motivos de casación** :

I.- Infracción de ley, al amparo del art. 849.1 de la LECrim , por aplicación indebida del art. 301.1 y 3 del CP , y por inaplicación de los arts. 248.2 , 249 y 74 del mismo texto legal . II.- Infracción de ley, al amparo del art. 849.1 de la LECrim , por aplicación indebida del art. 109 y 116 del CP , al considerar que la indemnización fijada ha de ser por todos los perjuicios causados y no solo hasta el límite del enriquecimiento de la acusada.

Quinto.- Instruidas las partes del recurso interpuesto, el Ministerio Fiscal, por escrito de fecha 4 de mayo de 2012, evacuado el trámite que se le confirió, y por razones que adujo, interesó la desestimación del primero de los motivos y apoyó el segundo motivo del recurso.

Sexto.- Por providencia de 26 de septiembre de 2012 se declaró el recurso admitido, quedando **conclusos los autos para señalamiento dedeliberación y fallo** cuando por turno correspondiera.

Séptimo.- Hecho el señalamiento del fallo prevenido, se celebró la deliberación de la misma el día 24 de octubre de 2012.

II. FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- La sentencia núm. 14, dictada por la Sección Primera de la Audiencia Provincial de Palencia, fechada el 3 de noviembre de 2011 , condenó a Leticia como autora de un delito de blanqueo de capitales cometido por imprudencia a la pena de 15 meses de prisión y multa de 10.000 euros, con responsabilidad



personal subsidiaria en caso de impago de 1 mes, así como a la accesoria de inhabilitación especial para el ejercicio del derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena.

También fue condenada a indemnizar a la entidad bancaria *Banesto*, en concepto de responsabilidad civil, en la cantidad de 1.038,05 euros, más los intereses legales de esa cantidad, en los términos previstos en el art. 576 de la Ley de Enjuiciamiento Civil .

Por la entidad *Banesto*, que ejerció la acusación particular en el referido proceso, se interpone recurso de casación. Se formalizan dos motivos que van a ser objeto de tratamiento individualizado.

SEGUNDO.- El primero de ellos, al amparo del art. 849.1 de la LECrim , denuncia error de derecho, aplicación indebida del art. 301.1 y 3 e indebida inaplicación de los arts. 248.2 , 249 y 74 del CP .

Entiende la defensa que los hechos, tal y como han sido descritos, deberían ser subsumidos en el tipo de la estafa informática previsto en el art. 248.2 del CP , en el que se castiga a aquellos que "... *con ánimo de lucro y valiéndose de alguna manipulación informática o artificio semejante, consigan una transferencia no consentida de cualquier activo patrimonial en perjuicio de otro* ". Con cita de la jurisprudencia de esta Sala -SSTS 12 de junio de 2007 y 16 de marzo de 2009 -, considera que el conocimiento puntual que la acusada Leticia tenía de su participación en los hechos, le hacía cooperadora necesaria de un plan estratégico en el que su colaboración resultaba indispensable para una defraudación a gran escala, valiéndose de las posibilidades tecnológicas que ofrecen *Internet* y las comunicaciones telemáticas. Ella sabía, al fin y al cabo, el dinero que pasaba por su manos, habiendo reconocido en el juicio que todo le pareció un poco "*raro*". Haciendo suyas las palabras de esta misma Sala en el primero de los precedentes apuntados, concluye que "... *se está ante un caso de delincuencia económica de tipo informático de naturaleza internacional en el que los recurrentes ocupan un nivel inferior y sólo tienen un conocimiento necesario para prestar su colaboración, la ignorancia del resto del operativo no borra ni disminuye su culpabilidad porque fueron conscientes de la antijuridicidad de su conducta*".

El motivo no puede ser acogido.

1.- El juicio histórico, es cierto, describe dos secuencias claramente diferenciadas. En la primera, se declara acreditado cómo una entidad denominada *Colon Collection*, cuyos responsables no han podido ser identificados, valiéndose de la técnica del envío masivo de correos electrónicos, logró de Aquilino , mediante una página web idéntica a la que es propia de la entidad *Banesto*, las claves de acceso a la cuenta bancaria núm. NUM000 , de la que aquél es titular.

En la segunda de ellas, se considera demostrado que la acusada Leticia había recibido en su cuenta de correo electrónico una propuesta laboral de aquella misma empresa, con domicilio social en Alemania, ofreciéndole un porcentaje de dinero a cambio de que abriera una cuenta corriente a la que le serían remitidas distintas remesas de cantidades. Su tarea consistiría en extraer esas cantidades -que procederían de las transferencias ordenadas desde la cuenta de Aquilino mediante la manipulación de sus claves- y girarlas, a través de *Western Union* a personas residentes en el extranjero, que le serían oportunamente indicadas. En ejecución de ese acuerdo, recibió tres transferencias por importe respectivo de 3.074, 3.126,43 y 2.849,12 euros . Una vez obtenidas esas cantidades, fueron transferidas a Moldovia, mediante envíos a favor de Gracia , Amalia y Eulalia , todas ellas personas desconocidas para la acusada.

Esa doble secuencia, si bien se mira, forma parte de una estrategia única. Se trata de obtener dinero mediante el fraudulento acceso a las claves bancarias de confiados usuarios de *Internet* y, a partir de ahí, buscar una fórmula que permita colocar esos remanentes dinerarios en un país seguro, a nombre de personas de difícil identificación por los agentes de policía del Estado en cuyo territorio se efectúan el acceso in consentido a las cuentas de la víctima y las transferencias a terceros países.

Estamos, por tanto, en presencia de una actuación fraudulenta que toma como punto de partida el envío masivo de mensajes de correo electrónico desde diversos sitios en la web, que tiene como destinatarios a usuarios de la banca informática -banca *on line*- a quienes se les redirecciona a una página web que es una réplica casi perfecta del original y en la que se les requiere, normalmente con el aviso amenazante de perder el depósito y la disponibilidad de las tarjetas de crédito, a que entreguen sus claves personales de acceso con el fin de verificar su operatividad. De forma gráfica se dice que el autor "*pesca los datos protegidos*" -de ahí la denominación *phishing*-, que permiten el libre acceso a las cuentas del particulares y, a partir de ahí, el desapoderamiento.

2.- Pues bien, el tratamiento jurisprudencial de esos hechos -tiene razón el recurrente- ha tenido un encaje preferente en la estafa informática del art. 248 del CP . La STS 556/2009, 16 de marzo , rechazó el recurso de la acusada, que entendía que no podía "... *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 aquélla*". Sostenía entonces la defensa que los hechos, tal y como estaban descritos en la sentencia, constituían



un supuesto de receptación por el que la recurrente no había sido acusada. La Sala, sin embargo, descartó el encaje de los hechos en ese delito, los calificó como constitutivos de una estafa informática del art. 248.2 del CP, razonando en los siguientes términos: "... aun prescindiendo de una intervención calificable de coautoría, porque se entendiera que no tenía el dominio del plan total, consta un 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 línea similar, la STS 533/2007, 12 de junio, precisaba que " consta que recibieron cada uno en sus cuentas -dos Roberto, y una José Daniel- diversas transferencias por importantes cantidades concretada en el factum, se cifran, respectivamente, en 159.559,20 euros, 73.197,77 euros y 22.374,63 euros, habiendo dispuesto de gran parte de ese dinero, estando acreditada en la prueba practicada, la realidad de la transferencia, el envío a ellos como titulares de las cuentas <favorecidas> de los correspondientes extractos bancarios de los movimientos y demás variaciones de tales cuentas. Como se dice en la sentencia <tuvieron un conocimiento puntual del dinero que pasaba por sus cuentas y del que disponían íntegramente, bien fuese para ellos mismos, bien para entregar a un tercero>. En este escenario probatorio vía prueba de indicios se puede -como le resultó al Tribunal sentenciador- concluir que ellos estaban al corriente, al menos de forma limitada de la operación, que en lo que a ellos 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, en Estados Unidos 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 por los otros condenados por una operativa idéntica, explicación que consistía 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 los recurrentes participaron y estaban al corriente, en lo necesario, de todo el operativo, es conclusión que en este control casacional 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".

La calificación de unos hechos muy similares como integrantes de un delito de estafa informática del art. 248.2 del CP, vuelve a estar presente en el ATS 1548/2011, 27 de octubre. En su FJ 3º, apartado C) puede leerse lo siguiente: "... el hecho probado narra cómo personas no identificadas tras descubrir sin que conste el medio empleado las claves de acceso vía internet a la cuenta corriente nº 0030....., aperturada en Banesto y titularidad de Eladio, efectuaron dos operaciones de traspaso patrimonial consistentes en la transferencia no consentida de 3.371,18 y 3.471,17 euros respectivamente a otra cuenta corriente de la misma entidad con nº 0030....., aperturada al efecto por el acusado que la había abierto a su nombre por indicación de aquéllos escasos días antes, al haberse puesto de acuerdo con ellos a través de internet ofreciéndole en trabajo a pruebas consistentes con la remisión de las cantidades recibidas a su cuenta -sic- con el cobro de una comisión, y extraído el dinero por el acusado, una vez descontada la cifra correspondiente a su comisión por importe de 450 euros y siguiendo las instrucciones dadas por los otros implicados no identificados, envió el resto por giro a Moldavia a favor de Jacinto . y Roque . a través de Western Union. [...] Y el Tribunal de instancia razona cómo concurren los elementos del art. 248.2 CP, la manipulación de datos de la cuenta corriente expoliada y la introducción en la misma, la transferencia efectuada a otra cuenta distinta a fin de disponer de la cantidad mediante la actuación del recurrente previo descuento por él de una comisión -elevada en relación con la suma expoliada- en su propio beneficio y en perjuicio todo ello del titular de la cuenta manipulada. Del mismo modo se evidencia la connivencia del recurrente con los autores directos de la manipulación y la relevante intervención de aquél para la realización del apoderamiento de los fondos. También se extiende la sentencia en mostrar cómo la condición del acusado de ser o haber sido director de dos empresas comerciales y tener por tanto conocimientos mercantiles informáticos refuerza la conclusión de que no podía desconocer los extremos que ponen de manifiesto la ilicitud de toda la actuación. Nada se hace preciso añadir a la exposición del Tribunal sentenciador para desechar la denuncia del recurrente sobre el desconocimiento del delito cometido, cualquier persona con un nivel intelectual medio es sabedora, sin necesidad de especiales conocimientos técnicos y/o especial formación académica, de que para realizar una transferencia no es preciso valerse de la cuenta corriente de un tercero, lo que junto el cobro de la suma percibida como remuneración muestra indudablemente que la conducta voluntariamente llevada a cabo en modo alguno puede valorarse por quien la lleva a cabo en la forma en que el recurrente lo hizo como lícita, sino al contrario".

Con carácter general, hechos de la naturaleza de los que hoy ocupan nuestra atención, en lo que tienen de operación concertada, con una estratégica distribución de roles para lograr un acto de despojo patrimonial mediante un engaño, valiéndose de terceros para poder extraer esos fondos sin suscitar sospechas en la entidad bancaria y, una vez obtenidos aquéllos, colocarlos en un país que asegure la impunidad del



desapoderamiento, presentan las características que son propias del delito de estafa informática al que se refiere el art. 248.2 del CP. Así lo ha estimado la jurisprudencia de esta Sala, en sintonía con el entendimiento doctrinal mayoritario.

3.- No faltan, sin embargo, autores que consideran que la intervención de lo que en el argot policial se denomina *muleros* - colaboradores como la acusada, captados mediante ofertas de teletrabajo y a los que se ofrece ganar un importante porcentaje sobre las cantidades evadidas- tiene mejor encaje en el art. 298 del CP, como una modalidad de receptación. Entienden que la colocación del dinero en países con los que no existen mecanismos jurídicos de cooperación judicial, forma parte ya de la fase de agotamiento del delito, de forma que la captación de éstos puede llegar a producirse cuando ya la estafa se habría cometido. De ahí que estaríamos en presencia de una participación postdelictiva o postconsumativa, con un evidente contenido lucrativo, notas definitorias del delito de receptación.

El debate doctrinal demuestra el carácter controvertido de la cuestión suscitada en el recurso. Y todo indica que, lejos de fórmulas generales, serán las circunstancias del caso las que, a la vista de la prueba de los elementos fácticos que dan vida a los tipos objetivo y subjetivo, permitan formular sin error el juicio de subsunción.

4.- Tampoco es obstáculo a esta afirmación la necesidad de destacar la posible existencia de supuestos en los que, en atención a sus circunstancias específicas, resulte obligado romper el título de imputación y calificar la conducta de quien se limita a colocar en el extranjero aquellos fondos, permaneciendo ajeno a la confabulación que hace posible la entrega de las claves para el acceso a las cuentas del sujeto engañado, como constitutiva de un delito de blanqueo de capitales, tesis asumida en el presente caso por el Tribunal de instancia.

En definitiva, la calificación jurídica de los hechos como integrantes de un delito de estafa informática, receptación o blanqueo de capitales, obligará a analizar en qué medida el dolo de ese tercero que hace posible el rendimiento del capital evadido, capta los elementos del tipo objetivo del delito de estafa. Abrir una cuenta corriente con el exclusivo objeto de ingresar el dinero del que se desapodera a la víctima, encierra un hecho decisivo para la consumación del delito de estafa, pues en la mayoría de los casos, al autor principal no le será suficiente con disponer de la información precisa sobre las claves personales para ejecutar el acto de desapoderamiento. Necesitará una cuenta corriente que no levante sospechas y que, mediante la extracción de las cantidades transferidas pueda llegar a obtener el beneficio económico perseguido. Precisamente por ello, la contribución de quien se presta interesadamente a convertirse en depositario momentáneo de los fondos sustraídos, integrará de ordinario el delito de estafa. Pero para ello resultará indispensable -claro es- que quede suficientemente acreditada su participación dolosa en el delito cuya secuencia inicial ejecuta un tercero, pero a la que coopera de forma decisiva.

Todo aconseja, por tanto, atender a las circunstancias del caso concreto, huyendo de fórmulas estereotipadas cuya rigidez puede dificultar la adecuada calificación de los hechos.

5.- Cuestión distinta es que, situándonos ya en el ámbito casacional, podamos revisar ahora la calificación jurídica de los hechos, sustituyendo lo que el Tribunal *a quo* considera como una acción imprudente de blanqueo de capitales con encaje en el art. 301.1 y 3 del CP ("*... sin ningún tipo de preocupación sobre el significado económico y jurídico del trabajo a desempeñar, y viendo la situación como una forma rápida y sencilla de obtener dinero sin realizar a cambio contraprestación significativa alguna...*"), por un delito doloso de estafa. Se oponen a ello dos razones íntimamente relacionadas entre sí.

A) La primera de ellas, la idea de que la afirmación de la intención y la voluntad que presiden la acción delictiva es un hecho como cualquier otro, aunque su proclamación a efectos probatorios se verifique mediante un juicio de inferencia. La voluntad con la que un hecho se ejecuta forma parte también del hecho mismo. Lo que, por lo demás, es congruente con una concepción del delito en el que la acción encierra en sí la carga de la propia voluntad, superando concepciones más tradicionales en las que la ruptura entre el plano objetivo y subjetivo del delito era elemento definitorio de su estructura analítica. La conducta humana no es neutra y la intención del agente no puede desgajarse de la acción para ser luego artificialmente analizada en el momento del examen de la culpabilidad. Evidentemente, las cuestiones relativas al conocimiento o a la voluntad, en la medida en que se refieren a realidades que no son sensitivamente perceptibles, sólo pueden ser proclamadas mediante un juicio de inferencia formulado a partir de datos objetivos puestos de manifiesto por la actividad probatoria de las partes. Se trata, en fin, de proclamar el querer como verdadero hecho. De acuerdo con esta idea, afirmar el *animus* del agente no encierra una proposición valorativa, sino simplemente asertiva, mediante la que se afirma un hecho.

Como consecuencia de ello, la vía procesal que ofrece el art. 849.1 de la LECrim -pese a ser considerada idónea por la jurisprudencia de esta Sala y del propio Tribunal Constitucional- no está exenta de dificultades, en la medida en que el art. 884.3 de la LECrim obliga a la aceptación del hecho -en su dimensión objetiva



y subjetiva- como presupuesto *sine qua non* para la viabilidad del recurso. Pero más allá de la evolución jurisprudencial sobre este aspecto, lo cierto es que existe un obstáculo añadido para convertir, en fase casacional, lo imprudente en doloso. Estamos aludiendo, claro es, a las exigencias impuestas por los principios de contradicción y defensa y su significado en la más reciente jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derecho Humanos. Y es aquí donde reside el segundo de los obstáculos al que antes nos hemos referido.

B) En efecto, el estado actual de la jurisprudencia del TEDH y del TC, descartan la posibilidad al alcance del Tribunal Supremo de convertir lo imprudente en doloso y hacerlo, además, por la vía del art. 849.1 de la LECrim y sin oír al encausado.

La STEDH 22 noviembre 2011 (*Lacadena Calero v. España*) consideró vulnerado el derecho a un proceso justo del Notario que, habiendo sido absuelto por la Audiencia Nacional al no apreciar dolo en el delito de falsedad por el que había sido acusado, fue condenado con posterioridad en casación por el Tribunal Supremo, al entender que el dolo no formaba parte del hecho y que, como tal, podía ser apreciado en fase casacional sustituyendo el criterio de valoración del Tribunal de instancia.

La demandante estimó que el Tribunal Supremo procedió a una nueva valoración de las pruebas practicadas ante la Audiencia Nacional y que, tras volver a examinar los hechos declarados probados y las cuestiones de derecho, concluyó que existía dolo en la actuación del encausado. La demandante veía en el dolo un elemento de carácter fundamentalmente psicológico cuya existencia solo puede acreditarse tras apreciar la intención real del acusado cuando es oído personalmente.

En defensa de la legalidad de la condena impuesta por el Tribunal Supremo -avalada por el Tribunal Constitucional, que rechazó el recurso de amparo promovido contra aquélla-, el representante español ante el TEDH argumentaba que la condena del Notario por el Tribunal Supremo se trataba de una cuestión de estricta valoración jurídica, que podía resolverse sobre la base de lo actuado. A su juicio, la divergencia entre los dispositivos de ambas sentencias se refiere a los distintos criterios para apreciar la culpabilidad. Así, el Tribunal Supremo extrajo nuevas conclusiones de los hechos declarados probados por el Tribunal de instancia y, sobre la base de pruebas documentales tales como las escrituras, consideró que, con su actuación, el acusado contribuyó objetivamente favoreciendo el delito de estafa. En particular, señaló que el acusado había autorizado y firmado una serie de títulos de las obligaciones, si bien la legislación aplicable lo prohibía claramente.

El TEDH matiza, sin embargo, que *"... las modalidades de aplicación del artículo 6 del Convenio a los procedimientos de apelación dependen de las características del procedimiento de que se trate; conviene tener en cuenta el conjunto del procedimiento interno y el papel del órgano de apelación en el ordenamiento jurídico interno. Celebrado el juicio oral y público en primera instancia, la ausencia de debate público en apelación puede hallar justificación en las particularidades del procedimiento considerado, teniendo en cuenta la naturaleza del sistema de apelación interno, el alcance de las facultades del órgano jurisdiccional de apelación, la manera en que los intereses del demandante han sido realmente expuestos y protegidos ante éste, y principalmente la índole de las cuestiones que éste tiene que juzgar (sentencia Botten contra Noruega, 19 febrero 1996, ap. 39, Repertorio de sentencias y decisiones 1996-I). Así, los procedimientos de autorización para recurrir, o dedicados exclusivamente a cuestiones de Derecho y no de hecho, pueden cumplir los requisitos del artículo 6 aun cuando los Tribunales de apelación o casación no otorguen al recurrente la facultad de expresarse personalmente ante ellos (véase, entre otras, sentencias Monnell y Morris, 2 marzo 1987, ap. 58, serie A núm. 115, en lo referente a la autorización para recurrir, y Sutter de 22 febrero 1984, ap. 30, serie A núm. 74, en lo que respecta a la instancia de casación). La razón es, en el segundo de los casos, que no corresponde al órgano jurisdiccional en cuestión establecer los hechos, sino solamente interpretar las normas jurídicas en litigio (sentencias Ekbatani contra Suecia de 26 mayo 1988, ap. 31, serie A núm. 134 y las sentencias dictadas a este respecto en relación con España, Igual Coll, núm. 37496/2004, 10 marzo 2009, Marcos Barrios, núm. 17122/2007, 21 septiembre 2010 y García Hernández núm. 15256/2007, 16 noviembre 2010).*

Así, ante un Tribunal de apelación que goza de plenitud de jurisdicción, el artículo 6 no garantiza necesariamente el derecho a una vista pública ni, si dicha vista ha tenido lugar, el de comparecer personalmente en los debates (véase, mutatis mutandis, Golubev contra Rusia, dec., núm. 26260/2002, 9 noviembre 2006, y Fejde contra Suecia, Sentencia de 29 octubre 1991, ap. 33, serie A núm. 212-C). Sin embargo, el Tribunal ha declarado que, cuando el Tribunal de apelación ha de conocer tanto de cuestiones de hecho como de Derecho, y especialmente cuando ha de pronunciarse sobre la culpabilidad o inocencia del acusado, no puede, por motivos de equidad del proceso, decidir esas cuestiones sin la valoración directa del testimonio del acusado que sostiene que no ha cometido el hecho delictivo que se le imputa (sentencias Dondarini contra San Marino, núm. 50545/1999, ap. 27, 6 julio 2004, Ekbatani contra Suecia, ap. 32, Sentencia de 26 mayo 1988, serie A núm. 134, Constantinescu contra Rumanía, ap. 55, Sentencia de 27 junio 2000 e Igual Coll, Marcos Barrios y García Hernández mencionadas en el apartado



36). *En tales casos, el nuevo análisis de la culpabilidad del acusado debería conducir a una nueva audición de las partes interesadas (Sentencia Ekbatani contra Suecia , previamente mencionada, ap. 32) "*.

Pues bien, volcando este cuerpo de doctrina sobre el supuesto de hecho que sirvió de referencia al TEDH para matizar su doctrina, concluye su fundamentación jurídica precisando que "... el Tribunal destaca que, en Derecho español, según el artículo 849.1 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, sobre la base del cual se pronunció el Tribunal Supremo, el recurso de casación no prevé la posibilidad de revisar las pruebas practicadas en primera instancia. El objeto del recurso encuentra su límite en la existencia o no de una violación de un precepto penal de carácter sustantivo u otra norma jurídica del mismo carácter. Como recuerda el Tribunal Supremo en su sentencia, solo se podrá efectuar una nueva valoración de las pruebas si ha existido una falta de racionalidad en el proceso valorativo, pero sin volver sobre los hechos declarados probados (apartado 12 supra).

Por consiguiente, en el caso de autos, el Tribunal Supremo no tenía competencia para proceder a una nueva valoración de los hechos declarados probados, debiendo pronunciarse el Juez de casación sobre las normas aplicables a un caso concreto y sobre su interpretación, e incluso, como en el caso de autos, sobre la calificación jurídica de la actuación del acusado. Estos últimos elementos pueden ser objeto de un debate contradictorio en el marco de un recurso de casación, de un lado por medio de las escrituras presentadas por las partes, y de otro lado, con la celebración de una vista pública como la celebrada en el presente caso.

El Tribunal señala que las partes discrepan sobre la cuestión de si el Tribunal Supremo alcanzó la convicción de la culpabilidad del acusado tras examinar nuevamente algunas cuestiones de hecho y pruebas practicadas en primera instancia o, por el contrario, tras proceder a una valoración estrictamente jurídica, sin modificar los hechos declarados probados. [...] No se discute que la valoración del Tribunal Supremo desembocó en una nueva calificación jurídica de la conducta del acusado en el ejercicio de su funciones de notario distinta de la realizada por la Audiencia Nacional, su complicidad en un delito de estafa.

En su sentencia condenatoria, el Tribunal Supremo declaró que habían de ser respetados los hechos declarados probados por la Audiencia Nacional. Sin embargo, dejó sin efecto una conclusión de la sentencia a quo, según la cual no quedaba suficientemente acreditado que el notario acusado, al autorizar las escrituras, hubiese previsto y contemplado como probable un futuro perjuicio para los suscriptores de los títulos. A su juicio, no se trataba de un hecho, sino de un juicio de valor sobre la culpabilidad del acusado que, en consecuencia, podía ser revisado en sede casacional (apartado 12 supra).

[...] El Tribunal Supremo recordó, además, que los mencionados preceptos legales exigían al notario mencionar las irregularidades de este tipo, sin lo cual se prohibía claramente la autorización. Por tanto, consideró que el acusado había incumplido su obligación de notario por cuanto, con su firma, había autorizado la emisión de obligaciones no conformes a las exigencias legales en las que figuraba la mención «Obligación hipotecaria al portador». Asimismo, el acusado no solamente no denegó la autorización del instrumento público, sino que señaló arteramente (según los términos del Tribunal Supremo) que tales obligaciones se hallaban «garantizadas con hipoteca constituida en la misma escritura». A juicio del Tribunal Supremo, esta conducta originó el engaño que criminaliza el delito de estafa, al ser consciente que por su incumplimiento se estaba creando una falsa expectativa de recobro en caso de insolvencia de la entidad emisora. De esta forma, debía forzosamente saberse cómplice de una estafa generalizada.

En síntesis, el Tribunal considera que el Tribunal Supremo, para llegar a una nueva calificación jurídica de la conducta del acusado, se pronunció sobre las circunstancias subjetivas de este último, que era consciente de la ilicitud de los documentos que autorizaba y su voluntad fraudulenta (dolo eventual) frente a las personas afectadas. Ahora bien, el Tribunal Supremo se pronunció sobre la existencia de dicha voluntad, elemento decisivo para la culpabilidad del acusado, sin valorar directamente su testimonio y en contradicción con las conclusiones alcanzadas por el Tribunal de instancia, que sí había tenido la oportunidad de oír al acusado y a los otros testigos.

En opinión del Tribunal, el Tribunal Supremo se apartó de la sentencia de instancia al pronunciarse sobre elementos de hecho y de derecho que le permitieron determinar la culpabilidad del acusado. A este respecto, cabe constatar que cuando la inferencia de un tribunal se refiere a elemento subjetivos (como en este caso la existencia de dolo eventual), no es posible proceder a valorar jurídicamente la actuación del acusado sin tratar de acreditar previamente la realidad de dicha actuación, lo que implica necesariamente la comprobación de la intención del acusado en relación con los hechos que se le imputan.

En efecto, el Tribunal Supremo extrajo inferencias de la intención del acusado a partir de los hechos declarados probados por la instancia inferior (la prueba documental). Sin embargo, para extraer tal inferencia, el Tribunal Supremo no escuchó al interesado, quien no tuvo la oportunidad (inexistente en el proceso de casación) de exponer ante el tribunal las razones por las que negaba ser consciente de la ilicitud de su actuación y la voluntad defraudatoria.



A la luz de lo que antecede, el Tribunal considera que las cuestiones que debían ser analizadas por el Tribunal Supremo requerían la valoración directa del testimonio del acusado, o incluso de los demás testigos (véase Sentencias Botten contra Noruega, 19 febrero 1996, ap. 52, Repertorio 1996-I; Ekbatani contra Suecia, previamente mencionada, y los asuntos españoles citados en el apartado 36).

Por lo demás, el Tribunal recuerda que se celebró juicio oral y público ante el Tribunal Supremo en el curso del cual, si bien el letrado del acusado pudo exponer sus medios de defensa, entre ellos el relativo a la calificación jurídica de los hechos de la causa, el acusado no fue oído personalmente sobre una cuestión de hecho determinante para la valoración de su culpabilidad.

Atendidas las circunstancias del proceso, el Tribunal concluye que se privó al esposo de la demandante de su derecho a defenderse en el marco de un debate contradictorio. En consecuencia, ha habido violación del derecho a un proceso equitativo recogido en el artículo 6.1 del Convenio".

Esta línea de razonamiento, ligada a las limitaciones del tribunal revisor cuando de lo que se trata es de valorar la intención del encausado, ya había sido proclamada por el propio TEDH en la sentencia de fecha 16 noviembre 2010 (*García Hernández v. España*). Entonces estimó vulnerado el derecho a un proceso equitativo (art. 6 CEDH) al revocar la Audiencia Provincial un pronunciamiento absolutorio del Juzgado de lo penal, que estimó que no existían razones para apreciar la existencia de *mala praxis* por parte del facultativo encausado. Allí puede leerse lo siguiente: "... en el presente caso, el Juzgado de lo Penal núm. 3 de Murcia resolvió sobre la base de varios elementos probatorios, a saber, los informes periciales, así como la declaración de la acusada y de los testigos, entre ellos el doctor Julián. Tras la celebración de una vista pública en la cual pudo formar su propia convicción, el Juzgado concluyó con la inexistencia de imprudencia por parte de la demandante. [...] La Audiencia revocó la sentencia apelada y estimó, sin audiencia personal de la demandante ni de los testigos que habían depuesto ante el Juzgado de lo Penal, que el puesto que ocupaba la demandante exigía mayor diligencia, superior a la mostrada en el tratamiento del paciente en cuestión. En particular, consideró que la exploración del enfermo había sido incompleta. A juicio de la Audiencia, esta «mala praxis» era la responsable incontrovertible de las secuelas del paciente. Estos elementos eran así suficientes para condenarla por los hechos que se le imputaban.

Cabe constatar que, a diferencia del referido asunto Bazo González, la Audiencia Provincial no se limitó a proceder a una nueva valoración de cuestiones puramente jurídicas, sino que se pronunció sobre una cuestión jurídica, la mala praxis de la demandante y el origen de las secuelas del paciente, modificando así los hechos declarados probados por el Juzgado de primera instancia. En opinión del Tribunal, tal examen implica, por sus características, posicionarse ante unos hechos decisivos para la determinación de la culpabilidad del demandante (véase Sentencia Igual Coll, anteriormente citada, ap. 35). [...] Siendo las cuestiones tratadas de índole fáctica, el Tribunal estima que la condena de la demandante en apelación por la Audiencia Provincial tras modificarse la valoración de elementos tales como el comportamiento de la demandante, sin que ésta tuviera la posibilidad de ser oída personalmente y someterlos a contradicción en una vista pública, no es conforme con las exigencias del juicio justo que garantiza el artículo 6.1 del Convenio".

C) La jurisprudencia constitucional también ha evolucionado hacia una nítida limitación de las facultades del Tribunal revisor respecto de aquellas cuestiones fácticas que sólo pueden ser aprehendidas a partir de un examen directo de las pruebas personales.

En efecto, en la STS 1223/2011, 18 de noviembre, nos hacíamos eco -prescindiendo de antecedentes más remotos- de la evolución de la jurisprudencia constitucional, tomando como referencia la STC 142/2011, de 26 de septiembre: "... en ella se anula la condena dictada en apelación contra tres sujetos acusados de un delito contra la Hacienda Pública que habían sido absueltos por el Juzgado de lo Penal. En esta ocasión, al igual que sucedió con la sentencia 184/2009, el Tribunal Constitucional considera que no se ha infringido el derecho a un proceso con todas las garantías desde la perspectiva del principio de inmediación, ya que la condena en apelación se fundamentó en la prueba documental y en la pericial documentada, prueba que el órgano constitucional consideró "estrictamente documental". Sin embargo, sí entiende que se ha conculcado el derecho de defensa por no haber sido oídos los acusados por el órgano de apelación que acabó condenándolos.

Es importante destacar que en la resolución que resuelve el amparo se especifican las razones por las que la Sala de apelación acabó infringiendo que los acusados participaron en una operación simulada para conseguir la elusión del pago de impuestos. Por lo cual, estima el Tribunal Constitucional que no se está ante una cuestión de estricta calificación jurídica <en cuanto se encontraba también implicado el elemento subjetivo del injusto, al menos en el extremo referido a la finalidad con que se hicieron los negocios que finalmente se consideraron simulados>. Debió por tanto, según afirma el Tribunal Constitucional, citarse para ser oídos a quienes refutaron en la instancia la finalidad simuladora de su conducta para que ejercitaran su derecho de defensa ofreciendo su relato personal sobre los hechos enjuiciados y su participación en los mismos.



El Tribunal matiza en esa sentencia 142/2011 la diferencia del supuesto que trata con el que se contempla en la sentencia 45/2011, de 11 de abril, toda vez que en ésta, después de recordar que cuando se dirimen cuestiones de hecho que afecten a la inocencia o culpabilidad del acusado ha de dársele la oportunidad de que exponga su versión personal de los hechos en la segunda instancia, señala que no se requiere tal audiencia del acusado cuando se debate en apelación una cuestión estrictamente jurídica, cual era la sustitución de un concurso de normas por un concurso de delitos.

La referida doctrina del Tribunal Constitucional se fundamenta en diferentes resoluciones dictadas por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos. Y así lo recuerda la STC 120/2009, de 18 de mayo, al argumentar que el Tribunal Europeo de Derechos Humanos ha declarado que cuando el tribunal de apelación conozca de cuestiones de hecho y de Derecho, estudiando en general la cuestión de la culpabilidad o la inocencia, no puede, por motivos de equidad en el proceso, resolver sin la apreciación directa del testimonio del acusado que sostiene que no ha cometido el hecho delictivo que se le imputa (entre otras, SSTEDH de 27 de junio de 2000, caso Constantinescu c. Rumanía, § 55; 1 de diciembre de 2005 (TEDH 2005, 132), caso Iliescu y Chiforec c. Rumanía, § 39; 18 de octubre de 2006, caso Hermi c. Italia, § 64; y 10 de marzo de 2009, caso Coll c. España, § 27), resaltando, además, que tras revocar la absolución dictada en la primera instancia, el pronunciamiento condenatorio requiere que el acusado haya tenido la posibilidad de declarar en defensa de su causa ante el órgano judicial que conoce del recurso, especialmente si se tiene en cuenta el hecho de que este es el primero en condenarle en el marco de un proceso en el que se decide sobre una acusación en materia penal dirigida contra él (STEDH de 27 de junio de 2000, caso Constantinescu c. Rumanía, §§ 58 y 59).

Recientemente, en la STEDH de 25 de octubre de 2011, caso Almenara Álvarez contra España, se hace hincapié en la misma doctrina. Se trata de un supuesto en que el Juzgado de lo Penal había absuelto a la acusada del delito de alzamiento de bienes, absolución que fue revocada por la Audiencia Provincial de Barcelona argumentando con prueba documental de la que colegía la conducta defraudatoria de la encausada en perjuicio de sus acreedores. El TEDH recuerda que ha tenido oportunidad de pronunciarse sobre la problemática jurídica del asunto que trata, dado que la cuestión suscitada es la misma que la examinada en las sentencias Bazo González contra España, de 16 de diciembre de 2008; caso Igual Coll contra España, de 10 de marzo de 2009; Marcos Barros contra España, de 21 de septiembre de 2010; y García Hernández contra España, de 16 de noviembre de 2010. En estos procedimientos el Tribunal estimó que es necesaria una audiencia pública cuando la jurisdicción de apelación hace una nueva valoración de los hechos declarados probados en primera instancia y los reconsidera, situándose así más allá de las consideraciones estrictamente jurídicas. En tales casos es necesaria una audiencia pública antes de dictar una sentencia sobre la culpabilidad del demandante.

En ese mismo caso Almenara Álvarez contra España, el TEDH incide en que, además de la prueba documental, el Juez de lo penal interrogó a la acusada, a una amiga de esta y a su psicóloga, declaraciones que fueron tenidas en cuenta por el juez para formar su convicción. Y enfatiza en el parágrafo 47 de la sentencia que la Audiencia Provincial no se limita a hacer una nueva valoración de los elementos de naturaleza puramente jurídica, sino que se pronuncia sobre una cuestión de hecho, a saber: la intencionalidad de la acusada en el momento de vender algunos de sus bienes inmuebles, modificando así los hechos declarados probados por el Juzgado de lo Penal. Entiende el TEDH que tal examen implica, por sus características, tomar posición sobre hechos decisivos para la determinación de la culpabilidad de la acusada. Y más adelante remarca que la Audiencia Provincial ha examinado las intenciones y el comportamiento de la acusada y ha estimado que existía una voluntad fraudulenta por su parte, cuestión que considera sustancialmente de naturaleza factual.

Por todo lo cual, concluye el TEDH su sentencia de 25 de octubre de 2011 declarando que la condena de la demandante en apelación por la Audiencia Provincial tras un cambio en la valoración de elementos integrantes de sus intenciones y su comportamiento, que han sido decisivos para la declaración de culpabilidad, no es conforme con las exigencias del proceso equitativo que garantiza el art. 6 del Convenio, precepto que se consideró por tanto violado por el Tribunal español al no habersele ofrecido a la demandante la posibilidad de ser oída personalmente mediante un examen contradictorio en una audiencia pública.

Por tanto, también en esta sentencia del TEDH de 25 de octubre de 2011 se entendió que la apreciación de un elemento subjetivo del injusto alberga un componente fáctico que hace imprescindible oír al acusado antes de dictarse una sentencia condenatoria en apelación. Pues en ella se dilucidaba como cuestión principal si concurría en la conducta de la acusada el elemento subjetivo del injusto del delito de alzamiento de bienes, esto es, si había actuado con el fin de defraudar a sus acreedores.

D) La jurisprudencia de esta Sala del Tribunal Supremo también ha acogido últimamente los criterios interpretativos del TEDH y del Tribunal Constitucional y los ha trasladado al recurso de casación. Y así, en las recientes SSTs 998/2011, de 29 de septiembre, 1052/2011, de 5 de octubre, y 1106/2011, de 20 de octubre, además de la ya reseñada 1215/2011, de 15 de noviembre, en la que nos basamos, se ha considerado que no procede la condena ex novo en casación de un acusado que haya resultado absuelto en el juicio de



instancia cuando la condena requiere entrar a examinar y modificar la convicción sobre los hechos, dado que ello exigiría la celebración previa de una comparecencia del acusado para ser oído, eventualidad que no está prevista actualmente en la sustanciación procesal del recurso de casación, por lo que habría que establecer un trámite específico para ello".

Sobre la materia también se ha pronunciado de modo expreso nuestra reciente STS 536/2012, 25 de junio : *"...en la doctrina jurisprudencial de esta Sala se ha señalado que los elementos subjetivos pueden tener una naturaleza mixta fáctico-jurídica, o al menos en la que es difícil deslindar lo fáctico de lo jurídico, en el sentido de que su apreciación está íntimamente vinculada a valoraciones o conceptos netamente jurídicos. Por ejemplo la consideración o no como doloso del resultado de muerte incluye una valoración fáctica sobre la intencionalidad del sujeto, pero también una valoración jurídica o conceptual sobre la naturaleza y requisitos del dolo y específicamente del dolo eventual. En el mismo sentido la apreciación de la concurrencia del engaño bastante integrador de la estafa requiere una valoración fáctica sobre la intencionalidad del acusado, pero también una valoración jurídica sobre la suficiencia típica del engaño, es decir sobre la concurrencia de un engaño de suficiente entidad para que en la convivencia social actúe como estímulo eficaz del traspaso patrimonial.*

Este tipo de pronunciamientos que nuestra jurisprudencia denomina «juicios de inferencia», término consolidado en el ámbito jurisdiccional aunque puede resultar algo confuso y ha sido objeto de crítica en el ámbito doctrinal, se consideran jurisprudencialmente revisables en casación por la vía del núm. 1º del art. 849 de la Lecrim, en lo que contienen de valoración jurídica, siempre que se aporten elementos que pongan de relieve la falta de lógica y racionalidad del juicio, en relación con los datos objetivos obrantes en el propio relato fáctico, sin perjuicio de que puedan ser impugnados también por la vía de la presunción de inocencia en lo que se refiere a sus presupuestos fácticos.

Ahora bien, esta doctrina no faculta para sustituir el criterio probatorio del Tribunal de Instancia sobre un elemento fáctico subjetivo, por el criterio valorativo del Tribunal de casación. Se trata únicamente de revisar aquellos juicios de inferencia que, en su vertiente jurídica, sean manifiestamente carentes de lógica y racionalidad y siempre que dicha revisión pueda perjudicar al reo, este análisis debe realizarse partiendo exclusivamente de los datos objetivos obrantes en el propio relato fáctico, manteniendo inmutables estos hechos, y sin apoyar la revisión en ninguna otra prueba, pues la valoración conjunta de la prueba compete al Tribunal de instancia. Solo en tal supuesto puede afirmarse que la revisión es estrictamente jurídica y tiene cabida en el 849 1º, sin vulnerar el derecho de defensa del condenado.

Ha de tenerse en cuenta que el Tribunal casacional extravasa su función de control cuando realiza en perjuicio del reo una nueva valoración de una actividad probatoria que no ha percibido directamente, quebrantando con ello las normas básicas del procedimiento (art. 741 LECrim), de las que se deduce que es el Tribunal que ha presenciado el Juicio Oral el que debe valorar la prueba, racionalmente y en conciencia.

Concretamente no puede el Tribunal de casación revisar en perjuicio del reo la valoración de pruebas personales directas practicadas ante el Tribunal de instancia (testificales, periciales o declaraciones de los imputados o coimputados) a partir de su documentación en el acta, vulnerando el principio de inmediación, o ponderar el valor respectivo de cada medio válido de prueba para sustituir la convicción racionalmente obtenida por el Tribunal "a quo" por la suya propia, ni aun cuando dicha revisión se pretenda enmarcar en la modificación del "juicio de inferencia".

E) En definitiva, el estado actual de la cuestión, tanto en la jurisprudencia constitucional como del TEDH, impone severas restricciones a la aspiración del recurrente de reemplazar la calificación jurídica de los hechos como constitutiva de un delito imprudente de blanqueo de capitales (art. 301.1 y 3 CP) por un delito doloso de estafa informática (art. 248.2). Y es que estamos ante algo más que un debate jurídico.

La evolución de esa jurisprudencia, cuya falta de uniformidad añade más dificultades a nuestro análisis, ha cercenado de forma más que sensible la capacidad del órgano de casación para dejar sin efecto una sentencia absolutoria o, como en el presente caso, agravar la calificación jurídica proclamada en la instancia rectificando, sin audiencia del encausado, aspectos íntimamente ligados al tipo subjetivo y que, como tales, han de ser fijados a partir de un juicio de inferencia obtenido de la percepción directa de pruebas personales y del examen de los documentos obrantes en la causa. El significado funcional del principio de inmediación -en una primera etapa de la evolución de la jurisprudencia a la que nos estamos refiriendo- y la necesidad de preservar el derecho de defensa -en los últimos pronunciamientos del Tribunal Constitucional-, han desdibujado la impugnación casacional de las sentencias absolutorias y de aquellas impugnadas por las acusaciones, cuando buscan agravar la condena mediante una nueva valoración de aspectos fácticos, como son aquellos que afectan a la intencionalidad con la que se ejecuta el hecho delictivo.

Por cuanto antecede, el motivo ha de ser desestimado (art. 884.3 y 4 y 885.1 LECrim):



TERCERO.- El segundo de los motivos, con la misma cobertura que el precedente, sostiene infracción de ley (art. 849.1 LECrim), por inaplicación de los arts. 109 y 116 del CP .

Razona la parte recurrente que la indemnización fijada por el Tribunal de instancia -1.038,05 euros frente a los 9.049,55 euros solicitados por el Fiscal y la acusación particular, debe ser rectificada. Este motivo se formaliza por la entidad *Banesto* condicionando su prosperabilidad a la estimación del motivo precedente.

El Fiscal apoya el motivo, incluso, para el caso en que los hechos no fueran definitivamente calificados como constitutivos de un delito de estafa.

El motivo tiene que ser estimado.

La Sala ha de hacer suyo el razonamiento del Fiscal. Y es que no hay razón que justifique que la acusada sólo deba responder de la parte del lucro propio. Es cierto que en los delitos de receptación, la responsabilidad civil se señala en función del lucro experimentado por el receptor. Pero en este caso, no estamos ante una receptación, en la cual la intervención del reo es independiente del alcance del tipo principal. Aquí la acusada interviene en el blanqueo de todo el dinero que es sustraído a la víctima. Por ello debe responder civilmente del total sustraído.

En aquellos supuestos en los que la conducta del acusado fuera calificada como la de un receptor, la afirmación de una suerte de solidaridad grupal para satisfacer el perjuicio total a la víctima, sería contraria a los principios de culpabilidad y responsabilidad por el hecho propio.

En el presente caso, sin embargo, en la medida en que Leticia -conforme expresa el hecho probado- aceptó tres ingresos distintos, procedentes de la cuenta controlada por quienes se apoderaron de las claves de Aquilino y procedió a transferir su importe a las personas residentes en Moldavia, su responsabilidad civil ha de extenderse al valor total de lo transferido -dicho de forma más plástica, al valor total de lo blanqueado-, más la cuantía retenida en concepto de porcentaje.

4.- Conforme al art. 901 de la LECrim , procede la declaración de oficio de las costas procesales.

III. FALLO

Que **debemos declarar y declaramos HABER LUGAR** al recurso de casación promovido por la representación legal de la entidad **BANESTO** , en el ejercicio de la **acusación particular** , contra la sentencia de fecha 3 de noviembre de 2011, dictada por la Sección Primera de la Audiencia Provincial de Palencia , en causa seguida contra Leticia , por los delitos de estafa y blanqueo de capitales, **casando y anulando** dicha resolución y procediendo a dictar segunda sentencia, con declaración de oficio de las costas procesales y acordando la devolución del depósito si hubiere llegado a ser constituido.

Comuníquese esta resolución y la que seguidamente se dicta al Tribunal sentenciador a los efectos legales procedentes, con devolución de la causa que en su día remitió, interesando acuse de recibo.

Así por esta nuestra sentencia, que se publicará en la Colección Legislativa lo pronunciamos, mandamos y firmamos D. Joaquin Gimenez Garcia D. Andres Martinez Arrieta D. Jose Ramon Soriano Soriano **D. Luciano Varela Castro** D. Manuel Marchena Gomez

SEGUNDA SENTENCIA

En la Villa de Madrid, a veinticinco de Octubre de dos mil doce.

Por la Sección Primera de la Audiencia Provincial de Palencia, en el procedimiento abreviado núm. 6/2011, tramitado por el Juzgado de instrucción núm. 6 de Palencia, se dictó sentencia de fecha 3 de noviembre de 2011 , que ha sido **casada y anulada** por sentencia pronunciada el día de hoy por esta Sala Segunda del *Tribunal Supremo* integrada por los Excmos. Sres. expresados al margen y bajo la **ponencia** del Excmo. Sr. D. Manuel Marchena Gomez, se hace constar lo siguiente:

I. ANTECEDENTES

ÚNICO.- Se aceptan y dan por reproducidos los antecedentes de hecho y hechos probados de la sentencia recurrida.

II. FUNDAMENTOS DE DERECHO



ÚNICO .- Por las razones expuestas en el fundamento jurídico tercero de nuestra sentencia precedente, resulta obligada la estimación del segundo de los motivos entablados por la acusación particular, abarcando en el pronunciamiento de la responsabilidad civil la totalidad del perjuicio ocasionado como consecuencia del acto de blanqueo por el que ha sido condenada Leticia .

III. FALLO

Se deja sin efecto el pronunciamiento de responsabilidad civil contenido en la sentencia recurrida y se condena a **Leticia** al abono a la entidad *BANESTO* de la cantidad de 9.040,55 euros, con la fórmula de intereses prevista en el art. 576 de la Ley de Enjuiciamiento Civil . Se mantiene el resto de los pronunciamientos de la sentencia dictada en la instancia en lo que no se oponga a la presente.

Así por esta nuestra sentencia, que se publicará en la Colección Legislativa lo pronunciamos, mandamos y firmamos D. Joaquin Gimenez Garcia D. Andres Martinez Arrieta D. Jose Ramon Soriano Soriano D. Luciano Varela Castro D. Manuel Marchena Gomez

PUBLICACIÓN .- Leidas y publicadas han sido las anteriores sentencias por el Magistrado Ponente Excmo. Sr. D. Manuel Marchena Gomez, mientras se celebraba audiencia pública en el día de su fecha la Sala Segunda del Tribunal Supremo, de lo que como Secretario certifico.