

Roj: **STS 8316/2012 - ECLI:ES:TS:2012:8316**Id Cendoj: **28079120012012100978**Órgano: **Tribunal Supremo. Sala de lo Penal**Sede: **Madrid**Sección: **1**Fecha: **03/12/2012**Nº de Recurso: **2429/2011**Nº de Resolución: **987/2012**Procedimiento: **RECURSO CASACIÓN**Ponente: **LUCIANO VARELA CASTRO**Tipo de Resolución: **Sentencia**Resoluciones del caso: **SAP, Guipúzcoa, Sección 1ª, 28-10-2011 (rec.1119/2010),
STS 8316/2012**

SENTENCIA

En la Villa de Madrid, a tres de Diciembre de dos mil doce.

Esta Sala, compuesta como se hace constar, ha visto los recursos de casación por infracción de ley y precepto constitucional, interpuestos por los procesados **Arcadio** representado por el Procurador D. Ignacio Aguilar Fernández y por **Carmelo** representado por la Procuradora Dª Sandra Cilla Díaz, contra la sentencia dictada por la Sección Primera de la **Audiencia Provincial de Guipúzcoa** con fecha **28 de octubre de 2011**, que les condenó por un delito de estafa informática. Ha intervenido el Ministerio Fiscal. Ha sido Magistrado Ponente, el Excmo. Sr. D. Luciano Varela Castro.

I. ANTECEDENTES

PRIMERO.- El Juzgado de Instrucción nº 4 de San Sebastián instruyó Procedimiento Abreviado nº 103/2010, contra **Arcadio** y **Carmelo**, por un delito continuado de estafa en su modalidad de manipulación informática y un delito de receptación, en su modalidad de blanqueo de capitales, y, una vez concluso, lo remitió a la Audiencia Provincial de San Sebastián, que con fecha 28 de octubre de 2011, en el rollo nº 1119/2010, dictó sentencia que contiene los siguientes **hechos probados**:

*"El día 3 de mayo de 2007, el acusado D. Arcadio se conectó a internet desde su domicilio, mediante la dirección IP NUM000, que le había sido asignada por su operador ONO. Así, y teniendo en su poder las claves bancarias, obtenidas de forma fraudulenta, correspondientes a la cuenta NUM001 de Banesto, titularidad de D. Fructuoso, ordenó una transferencia a nombre de esta persona y sin su consentimiento, a la cuenta NUM002, que fue rechazada por el sistema de seguridad del banco afectado.- **SEGUNDO.-** Un minuto después, y desde la misma dirección IP, ordenó una segunda transferencia a la cuenta NUM003, titularidad del acusado D. Carmelo, quien había ofrecido una cuenta bancaria específicamente abierta para estos hechos, a través de internet, con la finalidad de obtener lucro ilícito.- En este momento, los sistema de autenticación y seguridad de Banesto no detectaron el origen fraudulento de la orden, y la transferencia se realizó.- **TERCERO.-** El acusado D. Carmelo, recibió la transferencia, por valor de 3.363,43 euros, hizo efectivos en ventanilla 3.060 euros, en la sucursal de Banesto en la Plaza Mayor de Segovia, y los envió al extranjero mediante un servicio de envío postal de dinero. El acusado se quedó el resto del dinero en concepto de comisión, desconociéndose el destino definitivo del resto de la cantidad sustraída al denunciante." (sic)*

SEGUNDO.- La Audiencia de instancia, dictó el siguiente pronunciamiento:

*"FALLAMOS.- 1.- **DEBEMOS CONDENAR Y CONDENAMOS A** Arcadio como autor de un delito de estafa informática, previsto y penado en los arts. 248.2 y 249 del CP., **a la pena de DIEZ MESES de prisión, inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena y el pago de la mitad de las***



costas procesales.- **2.- DEBEMOS CONDENAR Y CONDENAMOS A Carmelo** , como autor de un delito de estafa informática, previsto y penado en los arts. 248.2 y 249 del CP . **a la pena de DIEZ MESES de prisión, inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena y el pago de la mitad de las costas procesales.- 3.- En concepto de responsabilidad civil, deberán indemnizar al perjudicado D. Fructuoso en la cantidad de 3.363,43 euros, en aplicación del art. 106 y 116 del CP , más los intereses procesales de esta cantidad, contemplados en el art. 576 de la LEC .- 4.- El Banco Banesto responde como responsable civil subsidiario, caso de insolvencia del autor del delito, por la cantidad de 3.363,43 euros, con los intereses legales correspondientes."**

TERCERO.- Notificada la sentencia a las partes, se prepararon recursos de casación, por los condenados, que se tuvieron por anunciados, remitiéndose a esta Sala Segunda del Tribunal Supremo, las certificaciones necesarias para su substanciación y resolución, formándose el correspondiente rollo y formalizándose los recursos.

CUARTO.- Las representaciones de los recurrentes, basan sus recursos en los siguientes motivos

Recurso de Arcadio

1º.- Al amparo del art. 852 de la LECrim ., en relación con el art. 5.4 de la LOPJ , por haberse vulnerado el derecho fundamental a la presunción de inocencia.

2º.- Por infracción de ley, al amparo del art. 849.1 de la LECrim . por aplicación indebida de los arts. 248.2 y 74 del CP .

3º.- Al amparo del art. 849.2 de la LECrim . por error en la apreciación de la prueba.

Recurso de Carmelo

1º.- Por infracción de ley, al amparo del art. 849.1 de la LECrim . por aplicación indebida de los arts. 24/2 y 249 del CP , y por infracción de ley del art. 849.2 de la LECrim . por error en la apreciación de la prueba basado en documentos obrantes en autos.

2º.- Por infracción de ley, al amparo del art. 850.1 de la LECrim . por haberse denegado alguna diligencia de prueba que, propuesta en tiempo y forma por las partes, resulte pertinente.

3º.- Por infracción de precepto constitucional, al amparo del art. 5.4 de la LOPJ , al resultar vulnerado el art. 24.1 y 2 de la CE .

QUINTO.- Instruido el Ministerio Fiscal y las partes de los recursos interpuestos, la Sala los admitió, quedando conclusos los autos para el señalamiento de fallo cuando por turno correspondiera.

SEXTO.- Hecho el señalamiento del fallo prevenido, se celebró deliberación y votación el día 28 de noviembre de 2012.

II. FUNDAMENTOS DE DERECHO

Recurso de Arcadio

PRIMERO.- 1.- El *primero* de los motivos denuncia, al amparo del artículo 852 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal la vulneración de la garantía constitucional de *presunción de inocencia* .

Alega el recurrente que el Tribunal de instancia no ha dispuesto de una "mínima actividad probatoria" que desvirtúe aquélla. Y ello en relación al dato esencial de la **autoría** de los hechos que se le imputa.

Reprocha a la sentencia el desprecio de la prueba pericial que acreditaría que, pese a la identificación de la IP desde la que se desplegó la actividad defraudadora, el indicio que permite inferir que fue el acusado el autor resulta poco concluyente y equívoco.

En el *segundo* de los motivos, pese a acogerse al cauce del artículo 849.1 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal , para denunciar *infracción de los artículos 248.2 y 74 del Código Penal* , se reitera la tesis iniciada en el primero. Así, lejos de circunscribir el debate a la calificación del hecho tal como es declarado probado en la sentencia, reitera la insuficiencia probatoria para establecer la autoría imputada. Siquiera añade la ausencia de otros elementos del tipo penal imputado. Así niega la existencia de ánimo de lucro en el recurrente. Y siguiendo con la impugnación del resultado probatorio, advierte que el recurrente carece de conocimientos y capacidad para llevar a cabo las operaciones informáticas que se le imputan.



Finalmente en el *tercero* de los motivos, ahora bajo el amparo del artículo 849.2 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, reitera el mismo reproche de insuficiencia probatoria. Alega ahora que la *prueba pericial* acredita la debilidad de la inferencia de la sentencia acerca de la autoría que imputa al recurrente.

2.- Desde luego el informe pericial no acredita por sí solo el error que se denuncia y es objeto de consideración, siquiera insuficiente, en la sentencia. Eso le inhabilita como documento a los efectos del cauce casacional en que es invocado.

Por otra parte el artículo 849.1 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal no autoriza otro debate que el exclusivamente jurídico relativo a la subsunción del hecho, tal como ha sido determinado en la sentencia, pero no sobre la declaración del mismo como probado.

No obstante toda la argumentación del recurso se dirige a un mismo objetivo: la insuficiencia probatoria para enervar la garantía que invoca en el primero de los motivos.

Desde esa perspectiva examinaremos el recurso en la totalidad de su argumentación.

SEGUNDO.- Respecto a la presunción de inocencia, resulta necesario recordar ahora su contenido constitucional y relevancia como canon de legitimidad de la resolución impugnada.

Al respecto hemos dicho que constituye contenido de ese derecho fundamental el siguiente:

1º.- En primer lugar la doctrina constitucional y jurisprudencial ha incluido en el contenido de la presunción de inocencia la exigencia de **validez en los medios de prueba** que justifican la conclusión probatoria ratificando la imputación de la acusación.

Así pues la convicción del Juzgador debe atenerse al método legalmente establecido para obtenerla, lo que ocurre si los medios de prueba pueden ser considerados válidos y el debate se somete a las condiciones de contradicción, igualdad y publicidad.

2º.- Que, con independencia de esa convicción subjetiva del juzgador, **pueda asumirse objetivamente la veracidad de las afirmaciones de la imputación**. Tal objetividad concurre cuando y sólo si: **a)** puede afirmarse la *inexistencia de vacío probatorio*, porque se haya practicado medios de prueba que hayan aportado un contenido incriminador y **b)** la revisión de la valoración hecha por el juzgador de instancia de tales medios y contenidos permite predicar de la acusación una veracidad que se justifique por adecuación al canon de *coherencia lógica* que excluya la mendacidad de la imputación., partiendo de proposiciones tenidas por una generalidad indiscutidamente por *premisas correctas*.

3º.- Y eso en relación a los elementos esenciales del delito, tanto objetivos como subjetivos, y, entre ellos, a la participación del acusado.

4º.- Aunque aquella objetividad no implique exigencia de que las conclusiones sean absolutamente incuestionables, sí que se estimará que **no concurre cuando existen alternativas** razonables a la hipótesis que justificó la condena. Y éstas concurren cuando, aún no acreditando sin más la falsedad de la imputación, las **objeciones** a ésta se fundan en motivos que para la generalidad susciten **dudas razonables** sobre la veracidad de la acusación, más allá de la inevitable mera posibilidad de dudar, nunca excluible.

Puede pues decirse, finalmente, que cuando existe una **duda objetiva** debe actuarse el efecto garantista de la presunción constitucional, con la subsiguiente absolución del acusado.

Sin que aquella duda sea parangonable tampoco a la duda subjetiva del juzgador, que puede asaltarle pese al colmado probatorio que justificaría la condena. Esta duda también debe acarrear la absolución, pero fuera ya del marco normativo de exigencias contenidas en el derecho fundamental a la presunción de inocencia. Y

5º.- Cuando se trata de **prueba indiciaria**, la prueba directa no se traduce en tal caso en afirmaciones de tal carácter sobre la imputación, sino que establece otras premisas fácticas desde las cuales el juez puede, siguiendo cánones de lógica y experiencia, inferir la concurrencia de los elementos fácticos típicos. En tal caso merece una específica consideración la enervación de presunción de inocencia.

La Sentencia del Tribunal Constitucional 128/2011 ha dicho al respecto que: a falta de prueba directa de cargo, también la prueba indiciaria puede sustentar un pronunciamiento condenatorio, sin menoscabo del derecho a la presunción de inocencia, siempre que: **1)** el hecho o los hechos bases (o indicios) han de estar plenamente probados; **2)** los hechos constitutivos del delito deben deducirse precisamente de estos hechos bases completamente probados; **3)** se pueda controlar la razonabilidad de la inferencia, para lo que es preciso, en primer lugar, que el órgano judicial exteriorice los hechos que están acreditados, o indicios, y, sobre todo que explique el razonamiento o engarce lógico entre los hechos base y los hechos consecuencia; y, finalmente, que este **razonamiento** esté asentado en las reglas del criterio humano o en las reglas de la experiencia común



o, "en una comprensión razonable de la realidad normalmente vivida y apreciada conforme a los criterios colectivos vigentes". Y concluye advirtiendo que, en el ámbito del amparo constitucional, sólo se considera vulnerado el derecho a la presunción de inocenciacuando "la inferencia sea **ilógica** o tan **abierta** que en su seno quepa tal pluralidad de conclusiones alternativas que ninguna de ellas pueda darse por probada".

Es decir que en tales supuestos ha de constatarse tanto la **solidez** de la inferencia desde el canon de la lógica y la coherencia, como la suficiencia o carácter **concluyente** que se considerará ausente en los casos de inferencias excesivamente abiertas, débiles o indeterminadas (Sentencia del Tribunal Constitucional 117/2007).

(Sentencias TS núms. 991/12 de 27 de noviembre , 915/12 de 15 de noviembre , 871/12 de 25 de octubre , 820/12 de 24 de octubre , 819/12 de 10 de octubre , 762/12 de 26 septiembre , 638/12 de 16 de julio y 648/12 de 17 de julio , reiterando lo dicho en la núm. 542/12 de 21 de junio, resolviendo el recurso nº 1358/2011 y SSTs núms. 122/2012 de 22 de febrero , 103/12 y 99/12 de 27 de febrero , 1342/11 de 14 de diciembre , 1370/11 y 1432/11 de 16 de diciembre , 1385/11 de 22 de diciembre , 1270/2011 de 21 de noviembre , 1276/11 de 28 de noviembre , 1198/11 de 16 de noviembre , 1192/2011 de 16 de noviembre , 1159/11 de 7 de noviembre).

TERCERO.- 1.- La sentencia de instancia construye el comportamiento del recurrente tipificado como estafa conforme a las siguientes premisas:

a) El acusado obtuvo las claves que permiten dirigir una orden por vía telemática a la entidad bancaria en la que el perjudicado tenía abierta una cuenta.

b) Utilizando una IP asignada por el proveedor al equipo del acusado, se envió aquella orden a la entidad bancaria.

c) Consecuencia de tal orden la entidad bancaria traspasó fondos a la cuenta de que era titular el coacusado.

No indica la sentencia cual sea el beneficio obtenido por este recurrente.

Para justificar tales conclusiones la sentencia parte del informe policial, confeccionado a partir de la denuncia de quien luego fue coacusado, y que acredita que la orden telemática dirigida a la entidad bancaria se emitió utilizando una IP que había sido adjudicada a un equipo terminal que usaba una línea telefónica de la que era titular el recurrente.

La sentencia enfatiza la validez de la indagación policial.

Y concluye: el acusado era el usuario del ordenador usado en dicha comunicación. Y, a partir de tal dato básico infiere que él fue el que impartió la orden.

En cuanto al informe pericial aportado por la defensa no hace otra consideración que la de recordar que el perito y la policía "en ningún momento examinaron el ordenador del acusado".

2.- No se cuestiona por el recurrente la validez de la obtención de fuentes probatorias. El debate se circunscribe a la suficiencia de la información obtenida para enervar la presunción constitucional de inocencia.

Tampoco se discute la corrección de las conclusiones probatorias que llevan a establecer el hecho básico de que la IP del recurrente fue utilizada para la vía telemática usada para producir confusión en la entidad bancaria.

Ni siquiera el hecho también básico de que el ordenador y la línea telefónica a la que se adjudicó la IP utilizada son de uso ordinario por el acusado.

Son las afirmaciones inferidas a partir de ahí las refutadas y ello por ilógicas y en exceso abierta. Todo ello a partir de la ostensible insuficiencia del trato retórico dado a la prueba pericial aportada. La sentencia omite todo análisis crítico de tal informe y lo desautoriza partiendo de un dato, tampoco discutido, que, sin embargo, hace poco razonable tal rechazo.

En efecto el propio informe advierte que su objetivo y alcance se reduce a poner en evidencia que la inferencia que vincula ser usuario de un ordenador y línea telefónica no lleva necesariamente a la conclusión de que ese usuario sea el autor de toda utilización telemática de esa infraestructura informática. Y tal desautorización se hace desde premisas acreditadas y cuya obtención no exige el examen del equipo informático. En el caso, además de no desmentidos por el informe pericial, el perito indica que dispuso de los datos premisa de sus conclusiones desde la factura emitida por el servidor.

En esencia el informe pone de manifiesto que, al tiempo en que los hechos tuvieron lugar el entorno usado era Windows XP Professional edición 32 bits, con antivirus de licencia gratuita y con conexión a través de modem (no router). Ello implicaba una información a internet de los puertos que estaban disponibles en el PC, lo que es un factor de vulnerabilidad cognoscible por otros usuarios de la red. De éstos un atacante malicioso puede



aprovechar aquella vulnerabilidad para utilizar el equipo ajeno quedando su uso registrado como si fuera el auténtico titular el que utiliza la IP en esa manipulación del equipo, sin más condición que la de que el equipo del titular verdadero se encuentre encendido. Y ello sin que este titular pueda ni siquiera percatarse de ese uso malicioso y ajeno de su equipo.

El informe avala sus conclusiones con experiencias que relata y advierte de que ni siquiera tal posibilidad exige una muy cualificada formación en el invasor que incluso dispone de herramientas de ayuda en la misma red. Al respecto facilita un amplio elenco de links en que se puede obtener tutoriales paso a paso para hacerse con el control de otro ordenador.

La propia sentencia admite que este informe acredita la "posibilidad" de que ocurra tal ataque a un titular inocente

Y no nos corresponde ahora entrar a valorar si el día de los hechos tuvo o no lugar la ocurrencia efectiva de tal control remoto del equipo y línea telefónica titularidad del acusado.

Lo que nos corresponde es examinar si el razonamiento de la sentencia para justificar su inferencia se acomoda a las reglas lógicas y a las máximas de experiencia, de tal suerte que pueda darse por excluidas otras inferencias partiendo de la misma premisa básica las cuales objetivamente susciten para la generalidad **dudas razonables** sobre la veracidad de la acusación.

Y al respecto ha de reconocerse que la sentencia es poco prolija en argumentos, por no decir excesivamente cicatera. Ciertamente el perito habla del ataque ajeno al equipo del recurrente como una *posibilidad*. Pero como una posibilidad altamente accesible a terceros. Consideración ausente en el razonamiento de la sentencia recurrida.

La razonabilidad de la alternativa que el recurrente alega, justificándose con tal informe, se realiza por la ausencia de toda referencia en la sentencia a uno de los hechos base que utiliza en su construcción retórica. Así, como no podía ser de otra forma, proclama que, previamente, ha sido necesario obtener las claves de acceso a la cuenta bancaria del perjudicado. Pero omite hasta la más mínima indicación de las razones por las que imputa al acusado recurrente esa obtención.

La omisión es tanto más sobresaliente cuanto también se reproduce en relación al dato por el cual se pueda concluir que el acusado obtuvo para sí algún beneficio económico. O, en su caso, se encontraba dispuesto a procurar ese lucro a terceros, con los que alguna relación habría de tener y de las que se debería haber dado alguna indicación en la sentencia.

Sugerente es también la ausencia de cualquier referencia a relaciones entre los dos coacusados, que realza la posibilidad de que el recurrente se mantuviera ajeno a las consecuencias de las acciones emprendidas desde su equipo informático y, por ello, a las acciones mismas.

Finalmente tampoco es irrelevante que el reproche de insuficiencia de exploración en la diligencia de investigación, que la sentencia hace al perito de parte, sea también predicable del informe pericial. La inmediatez a los hechos de esa actuación policial y accesibilidad al equipo del acusado hubiera podido, de ser más intensa, rastreando el disco duro, por ejemplo, ratificar la inferencia excluyendo alternativas que, por aquella indolencia investigadora, ahora no cabe rechazar sin más.

En conclusión, la imputación del hecho -autoría de la orden telemática al banco- aún cuando parta de premisas correctas y mantenga con ellas coherencia lógica, no puede objetivamente tenerse por veraz en la medida que es compatible con alternativas razonables, siendo la inferencia en exceso abierta y poco concluyente.

Lo que hace que la imputación no resulte justificada y la decisión de condena vulnere la garantía constitucional de presunción de inocencia del recurrente.

Se estima el motivo primero con la correlativa absolucióndel acusado que se declarará en la segunda sentencia a dictar a continuación de esta de casación.

Recurso de Carmelo

CUARTO.- 1.- Examinaremos en primer lugar el *tercero* de los motivos. Su eventual estimación determinará la suerte del recurso sin necesidad de considerar otros motivos.

El acusado invoca el artículo 5 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, siquiera hubiera sido más atinado ampararse en el hace tiempo vigente artículo 852 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal. Reprocha a la sentencia recurrida la vulneración de la garantía constitucional de presunción de inocencia.

Concretamente la proclamación de que el acusado actuó con la finalidad de obtener un lucro, bien **consciente** de su ilicitud, bien con **sospecha** de la misma. Y con esa finalidad procedió a la apertura de una cuenta



para recibir en ella dinero, transferido por terceros para que el recurrente después lo reenviara a personas desconocidas utilizando un servicio postal. Por tal disponibilidad y comportamiento recibiría un porcentaje.

Además de la probanza de los componentes objetivos del delito, la sentencia da por cumplida la relativa al **elemento subjetivo**. Arguye la recurrida que, al menos, actuó con dolo eventual porque "pudiendo y debiendo conocer la naturaleza del acto o colaboración que se le pide **se mantiene en situación de no querer saber**". Actitud que la sentencia califica de "*ignorancia deliberada*".

Tal actitud es inferida en la sentencia recurrida porque **al no conocer a las personas que le transferían** dinero aumentaba el **riesgo de que la transferencia se efectuara sin el consentimiento del titular de los fondos transferidos**.

Añade que, como licenciado en Teología y Filosofía, debía *necesariamente* saber que la empresa que le contrató, por el modo de hacerlo -mediante oferta de trabajo a través de internet y los términos de la oferta- actuaba ilícitamente. A ello añade que *omitió* todo esfuerzo de informarse al respecto, en particular sobre la existencia de la supuesta multinacional empleadora con la que contactó.

Por ello, concluye la recurrida, el recurrente "tenía severas sospechas de la ilicitud de la operación concertada".

2.- El Tribunal constitucional ha recordado que la concurrencia de los denominados elementos subjetivos del delito debe recibir el mismo tratamiento garantista dispensado en relación a los demás componentes de naturaleza fáctica, y, por ello, su afirmación como concurrentes debe satisfacer las exigencias de la garantía constitucional de presunción de inocencia.

Y, también, por ello, el control casacional debe efectuarse a través del cauce por el que esa garantía puede discutirse en la casación. No como manera cuestión de subsunción de los hechos en la norma a que se refiere el artículo 849.1 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal.

Basta respecto a ello la cita de la doctrina constitucional que reitera la STC nº 126/2012 de 18 de junio de 2012: *también el enjuiciamiento sobre **la concurrencia de los elementos subjetivos del delito forma parte, a estos efectos, de la vertiente fáctica del juicio** que corresponde efectuar a los órganos judiciales, debiendo distinguirse del mismo el relativo a la estricta calificación jurídica que deba asignarse a los hechos una vez acreditada su existencia*.

Precisamente cuando la sentencia es absolutoria la revisión de la razonabilidad de las inferencias a partir de la cual el órgano a quo llega a su conclusión sobre la inexistencia de dolo -u otro **elemento subjetivo** del tipo- exige en todo caso la previa audiencia por el órgano revisor del acusado absuelto.

Como recuerda esa Sentencia del Tribunal Constitucional esa doctrina es acorde a la de TEDH declarada en la sentencia de 13 de diciembre de 2011, caso Valbuena Redondo c. España, en la que lo discutido era la ausencia de **voluntad fraudulenta** del acusado como fundamento de su inicial absolución, pues la revisión de ésta sobre aquella voluntad implicó el pronunciarse sobre una **cuestión de hecho, en concreto, la existencia de una voluntad de defraudar** a la Hacienda Pública ... modificando así los hechos declarados probados por el Juez de la primera instancia.

Doctrina reiterada por el TEDH en la Sentencia de 22 de noviembre de 2011, caso Lacadena Calero c. España. En el que la revocación de la inicial absolución se refería a un delito de estafa fundándose la condena del Tribunal del recurso (el Tribunal Supremo) en la proclamación de un **dolo eventual de defraudar**.

También este Tribunal Supremo ha tenido ocasión de pronunciarse al respecto en la Sentencia nº 274/2012 de 4 de abril, en la que dijimos que: *el elemento típico del engaño que caracteriza la estafa, tiene un alcance factual cuya proclamación debe acomodarse a las exigencias de aquella garantía constitucional*.

*Ciertamente no ha faltado una abundante jurisprudencia que venía residenciando el control casacional de la proclamación de tales elementos subjetivos dentro de la casación por infracción de ley, al amparo del artículo 849.1 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal (LA LEY 1/1882). Entre las recientes cabría citar la **STS** de 15 de Noviembre del 2011, resolviendo el recurso 11029/2011, que, sin embargo, califica el elemento subjetivo de la intención como un hecho de conciencia, y que se encuentra precisado de prueba, cuya existencia no puede acreditarse normalmente a través de prueba directa, siendo necesario acudir a un juicio de inferencia para afirmar su presencia sobre la base de un razonamiento inductivo construido sobre datos fácticos debidamente acreditados. Salvo, es obvio, en los supuestos en que se disponga de una confesión del autor que por sus circunstancias resulte creíble. Esa inferencia debe aparecer de modo expreso en la sentencia y debe ser razonable, de tal manera que la conclusión obtenida acerca del elemento subjetivo surja naturalmente de los datos disponibles. Esa razonabilidad es precisamente el objeto del control casacional cuando la cuestión se plantea como aquí lo hace el recurrente.*



En otras Sentencias de esta Sala, como la de 5 de mayo de 2011, resolviendo el recurso 10467/2010, se ha recordado que la prueba de cargo ha de venir referida al sustrato fáctico de todos los elementos tanto objetivos como subjetivos del tipo delictivo, pues la presunción de inocencia no consiente en ningún caso que alguno de los elementos constitutivos del delito se presuma en contra del acusado (SSTC 127/1990 de 5 de julio, FJ 4 ; 87/2001 de 2 de abril FJ 9 ; 233/2005 de 26 de septiembre, FJ 11 ; 267/2005, de 24 de octubre (LA LEY 10580/2006), FJ 4; 8/2006 (LA LEY 11139/2006), de 16 de enero, FJ 2 y 92/2006, de 27 de marzo, FJ 2).

En la **Sentencia de este Tribunal de 12 de Marzo del 2012**, resolviendo el recurso 11925/2011 se reitera que sobre la naturaleza de premisa fáctica que cabe predicar del elemento subjetivo del delito poco cabe dudar.

Y la Sentencia también de este Tribunal Supremo nº 32/2012 de 25 de enero, recuerda con el TEDH que la apreciación de un elemento subjetivo del injusto alberga un componente fáctico.

3.- Procede por ello recordar el contenido de la garantía desde la cual ha de revisarse el aserto fáctico de la sentencia recurrida acerca de la sospecha que imputa al acusado sobre la ilegalidad de su comportamiento.

Al respecto damos por reproducido lo antes expuesto sobre el contenido de la garantía constitucional de presunción de inocencia.

Siquiera debemos comenzar por rechazar el recurso que la sentencia hace al sintagma "ignorancia deliberada" como argumento para establecer la conclusión sobre el elemento subjetivo de la estafa que imputa.

Y hemos de hacerlo reiterando una doctrina de esta Sala que ya proclamaba serias advertencias sobre la difícil compatibilidad de tal método con las exigencias de la garantía constitucional de presunción de inocencia. Así en la Sentencia de este Tribunal Supremo nº 68/2011 de 15 de febrero dijimos: *En alguno de los precedentes de esta Sala, no obstante, se ha mencionado la "ignorancia deliberada", como criterio para tener por acreditado el elemento cognitivo del dolo, es decir, para tener por probado que el autor obró conociendo los elementos del tipo objetivo (hecho constitutivo de la infracción penal en la terminología del art. 14.1 CP) o de un hecho que cualifique la infracción penal, como es el caso de la cantidad de notoria importancia discutida en el recurso).*

Este punto de vista ha sido fuertemente criticado en la doctrina porque se lo entendió como una transposición del "willful blindness" del derecho norteamericano y porque se considera que no resulta adecuado a las exigencias del principio de culpabilidad, cuyo rango constitucional ha puesto de manifiesto el Tribunal Constitucional. Asimismo se ha llamado la atención sobre el riesgo de que la fórmula de la "ignorancia deliberada" -cuya incorrección idiomática ya fue señalada en la STS de 20-7-2006 - pueda ser utilizada para eludir "la prueba del conocimiento en el que se basa la aplicación de la figura del dolo eventual", o, para invertir la carga de la prueba sobre este extremo.

Debemos, por lo tanto, aclarar que en el derecho vigente no cabe ni la presunción del dolo, ni eliminar sin más las exigencias probatorias del elemento cognitivo del dolo. Asimismo tampoco cabe impugnar la aplicación del principio "in dubio pro reo" realizada por los Tribunales de instancia sobre los hechos con apoyo en un supuesto "principio" de la ignorancia deliberada.

Nuestra jurisprudencia referente al concepto de dolo eventual ha establecido que en aquellos supuestos en los que se haya probado que el autor decide la realización de la acción, no obstante haber tenido consistentes y claras sospechas de que se dan en el hecho los elementos del tipo objetivo, manifestando indiferencia respecto de la concurrencia o no de estos, no cabe alegar un error o ignorancia relevantes para la exclusión del dolo en el sentido del art. 14.1 CP. Esta situación, como se ha dicho, es de apreciar en aquellos casos en los que el autor incumple conscientemente obligaciones legales o reglamentarias de cerciorarse sobre los elementos del hecho, como en el delito de blanqueo de capitales, o en los delitos de tenencia y tráfico de drogas, cuando el autor tuvo razones evidentes para comprobar los hechos y no lo hizo porque le daba igual que concurrieran o no los elementos del tipo; es decir: cuando está acreditado que estaba decidido a actuar cualquiera fuera la situación en la que lo hacía y que existían razones de peso para sospechar la realización del tipo. En todo caso, la prueba de estas circunstancias del caso estará a cargo de la acusación y sometida a las reglas generales que rigen sobre la prueba.

En conclusión se trata de explicar la concurrencia del dolo en la situación de determinadas personas especialmente obligadas a conocer por específicas reglamentaciones, como operadores financieros respecto a movimientos de capitales sobre los que actúan, de manera que están jurídicamente obligados a realizar concretas comprobaciones sobre los actos financieros. En estos supuestos, puede explicarse racionalmente su indiferencia respecto a la procedencia ilícita del dinero en la medida en que deliberadamente actúa cegando las fuentes de conocimiento a las que está obligado. Es decir, como dijo la STS 74/2007, de 27 de julio, el sujeto que está en situación de conocer y obligado a conocer y consecuentemente omite el cumplimiento de su deber. Estos supuestos expresan una indiferencia respecto al origen ilícito que permite afirmar de forma racional su conocimiento típico respecto al delito de blanqueo de dinero. Se trata, por lo tanto, de explicar racionalmente



la indiferencia respecto al elemento cognitivo del **dolo** y sólo puede ser aplicado a concretos delitos como por ejemplo el blanqueo de dinero.

4.- La condición de licenciado en Teología y Filosofía del acusado, que resalta la sentencia de instancia, no parece ubicar al acusado en esa situación de especial exigencia de indagar sobre datos que puedan revelar la naturaleza ilícita de la operación en que interviene.

Además la inferencia que parte de las circunstancias en que el acusado recibe la propuesta y concluye que éste, no solamente debía tener sospechas de que le involucraban, de aceptar, en una estafa, sino que tal sospecha había de ser de muy alta intensidad, ni es acorde a lógica de manera necesaria, ni se trata de una inferencia concluyente e inequívoca.

Sobre la intensidad de la sospecha, que la Sala de instancia afirma le era exigible al acusado, habrá de convenirse que en ningún caso alcanza el grado de objetividad, al margen de la credulidad del sujeto concreto, que la imputación del elemento subjetivo como dolo eventual exige. Podrá, en efecto, convenirse que un hombre medio prudente experimentaría la duda sobre legalidad de la propuesta recibida por el acusado. Pero el descuido consistente en no apurar la indagación sobre la naturaleza de la oferta recibida se sitúa en el ámbito de la imprudencia. No alcanza la objetividad de la previsibilidad sobre los datos de hecho que requiere el dolo eventual. La lectura de los mensajes cruzados con el autor de la oferta debilitan la inferencia que asume la sentencia de instancia sobre la cognoscibilidad objetiva de su naturaleza delictiva.

La afirmación del elemento subjetivo por la sentencia de instancia se desvía así del canon que sobre prueba indiciaria dejamos antes expuesto.

Tanto más cuanto la tesis alternativa de la ignorancia que el recurrente proclama se compadece razonablemente con el dato de que fuera el propio acusado el que se apurase a denunciar el hecho a la primera dificultad operativa que se le suscitó, tan pronto como se le indicó la posibilidad de que el dinero recibido lo fuese dentro de una operación de blanqueo de capitales.

Por ello debemos estimar este motivo del recurso, con la obligada eliminación del hecho probado en cuanto incrimina al recurrente y las consecuencias que se dirán en la segunda sentencia sin necesidad de ulteriores consideraciones sobre los demás motivos

QUINTO.- La estimación del recurso lleva a declarar de **oficio las costas** del mismo conforme al artículo 901 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal .

III. FALLO

Que debemos declarar y declaramos **HABER LUGAR** a los recursos de casación interpuestos por Arcadio y Carmelo , contra la sentencia dictada por la Sección Primera de la **Audiencia Provincial de Guipúzcoa** con fecha **28 de octubre de 2011** , que les condenó por un delito de estafa informática. Sentencia que se casa y se anula, para ser sustituida por la que se dicta a continuación. Declarando de oficio las costas de sus respectivos recursos.

Comuníquese dicha resolución y la que se dicte a continuación a la mencionada Audiencia, con devolución de la causa en su día remitida.

Así por esta nuestra sentencia, que se publicará en la Colección Legislativa lo pronunciamos, mandamos y firmamos

SEGUNDA SENTENCIA

En la Villa de Madrid, a tres de Diciembre de dos mil doce.

En la causa rollo nº 1119/2010, seguida por la Sección Primera de la Audiencia Provincial de Guipúzcoa, dimanante del Procedimiento Abreviado nº 103/2010, incoado por el Juzgado de Instrucción nº 4 de San Sebastián, por un delito continuado de estafa en su modalidad de manipulación informática y un delito de receptación, en su modalidad de blanqueo de capitales, contra Arcadio con DNI nº NUM004 , nacido en La Línea de la Concepción (Cádiz), el día NUM005 de 1973, hijo de Alejandro y de María, y Carmelo , con DNI nº NUM006 , nacido en Villovela de Pirón (Segovia) el día NUM007 de 1948, hijo de Alejandro y de Teodosia, en la cual se dictó sentencia por la mencionada Audiencia con fecha 28 de octubre de 2011 , que ha sido recurrida en casación por los procesados, y ha sido **casada y anulada** por la dictada en el día de la fecha por esta Sala Segunda del Tribunal Supremo, integrada por los Excmos. Sres. anotados al margen. Ha sido Magistrado Ponente D. Luciano Varela Castro.



I. ANTECEDENTES

ÚNICO.- Se acepta la declaración de hechos probados de la recurrida con la salvedad de no constar acreditado que el acusado D. Arcadio fuera la persona que operó desde su PC para la emisión de las órdenes de transferencia ni siquiera que el mismo había sido utilizado a tal efecto. Y tampoco se estima acreditado que el acusado D. Carmelo realizase los actos que se le imputan sospechando la naturaleza ilícita de las operaciones en las que intervino.

II. FUNDAMENTOS DE DERECHO

ÚNICO.- Por las razones indicadas en la sentencia de casación de los hechos probados no deriva que el acusado D. Arcadio realizase los actos que se le imputan por lo que no cabe imputarle delito alguno. Asimismo los actos realizados por el acusado D. Carmelo, no revisten los caracteres necesarios para considerarle autor ni cooperador del delito de estafa imputado.

Procede pues su libre absolución declarando de oficio las costas de la instancia.

En consecuencia

III. FALLO

Que debemos absolver y absolvemos a Arcadio y a Carmelo, del delito de estafa por el que venían condenados con declaración de oficio de las costas causadas en la instancia y dejando sin efecto la imposición de responsabilidad civil a su cargo y la subsidiaria, declarada en la sentencia recurrida.

Así por esta nuestra sentencia, que se publicará en la Colección Legislativa lo pronunciamos, mandamos y firmamos

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