

RECURSO DE CASACIÓN. REVISIÓN DE LA INTENCIÓN DOLOSA DEL ACUSADO

(Comentario a la STS de 25 de octubre de 2012)¹

Ángel Muñoz Marín

Fiscal (Fiscalía General del Estado)

EXTRACTO

El estado actual de la cuestión, tanto de la jurisprudencia constitucional como del Tribunal Europeo de Derecho Humanos, 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 del CP) por un delito doloso de estafa informática (art. 248.2). Y que se está ante algo más que un debate jurídico. 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 TC– 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.

Palabras claves: recurso de casación: valoración de la intencionalidad del acusado, estafa informática y blanqueo de capitales.

Fecha de entrada: 14-06-2013 / Fecha de aceptación: 14-06-2013

¹ Véase el texto de esta sentencia en *Ceflegal. Legislación y Jurisprudencia*, núm. 150, julio 2013.

RESOURCE OF CASSATION. REVIEW OF THE FRAUDULENT INTENTION OF THE DEFENDANT

(Commentary on the Supreme Court of 25 October 2012)

Ángel Muñoz Marín

ABSTRACT

The current condition of the question, so much in the constitutional jurisprudence as of the European Court of Law Human beings, imposes severe restrictions to the aspiration of the appellant to replace the juridical qualification of the facts as constitutive of an imprudent crime of capital whitening (art. 301.1 and 3 CP) for a fraudulent crime of swindle computer science (art. 248.2). And that one is before something more than a juridical debate. The functional meaning of the beginning of immediacy –in the first stage of the evolution of the jurisprudence on that we comment– and the need to preserve the right of defense –in the last pronouncements of the Constitutional Court–, they have blurred the challenging casacional of the judgments that absolve the defendant and of those contested by the accusations, when they seek to aggravate the sentence by means of a new valuation of the facts, since they are those that concern the premeditation with which the criminal fact is executed.

Keywords: resource of cassation: valuation of the premeditation of the defendant, it defrauds computer science and capital whitening.

La sentencia estudia dos cuestiones de indudable interés jurídico, una desde la perspectiva del derecho sustantivo, la cual es la posible tipificación de los hechos descritos como probados en un delito de estafa informática o en un delito de blanqueo de capitales; y la segunda, con trascendencia procesal, la posibilidad de que en sede de recurso de casación pueda proceder el Tribunal Supremo a revisar la calificación jurídica realizada por el tribunal a quo sustituyendo la calificación de imprudente de un delito por la calificación dolosa.

En cuanto a la primera de las cuestiones planteadas, hay que partir de la siguiente dinámica de hechos: la acusada recibió en su correo electrónico una propuesta de trabajo de una determinada empresa, en la que se la informaba de que se necesitaban representantes en España para recibir pagos de clientes y proveedores. Dando cumplimiento a la referida propuesta 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 una cuenta corriente en una entidad bancaria. A partir de dicho momento la acusada procedió de realizar determinadas transferencias de dinero que recibía en dicha cuenta a un país extranjero, quedándose ella con determinadas comisiones. La empresa que contactó con la acusada, mediante el envío masivo 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, la clave de su cuenta bancaria, retirando después diversas cantidades de dinero que eran las que, posteriormente, la acusada procedía a remitir fuera del país.

La audiencia provincial condenó por un delito de blanqueo de capitales por imprudencia grave, tipificado en el artículo 301.1 y 3 del Código Penal. El recurso solicita la condena, como cooperadora necesaria, por un delito de estafa informática tipificada en el artículo 248.2 del Código Penal. La jurisprudencia mayoritaria ha encuadrado dicha actividad (la obtención de las claves bancarias de forma fraudulenta y la posterior extracción de diversas cantidades de dinero de las mismas) dentro de la denominada estafa informática. Ello es así en tanto en cuanto el «engaño» se manifiesta de forma palmaria; y ni la actitud del titular de la cuenta ni la actuación de la entidad bancaria pueden calificarse como de apatía o de dejadez, ya que la actividad llevada a cabo por el defraudador se considera apta para producir el error que dará lugar a la subsiguiente disposición patrimonial en perjuicio propio. Sabido es que la praxis judicial considera la idoneidad del engaño con arreglo a parámetros mixtos (objetivos y subjetivos), ya que las condiciones personales de la víctima tienen una incidencia decisiva. Hay que hacer una precisión en este punto, ya que nos encontramos ante la denominada estafa informática –art. 248.2 del CP– en la cual no es necesaria la existencia del engaño (los 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).

Por tanto, si el tronco de la actividad desplegada es encuadrable dentro de la estafa informática, cabe preguntarse qué dudas pueden surgir al intérprete del derecho sobre subsumir la conducta de aquella persona que da salida al dinero obtenido de forma ilícita, en un delito de estafa informática o en un delito de blanqueo de capitales. La solución hay que buscarla en el análisis

del *iter criminis*; esto es, si se parte de la base de que la actuación de ese tercero, cuya actividad se circunscribe a recibir el dinero y transferirlo fuera del país, se produce una vez que el delito está consumado y se encuentra en fase de agotamiento, su consideración como delito de receptación no admite discusión. Sin embargo, si se considera que la actuación de ese, que hemos denominado «tercero», se produce dentro de la fase de ejecución del delito, considerándose como una actividad inherente al mismo, y sin cuya realización el mismo no se podría consumir, estaríamos ante una cooperación necesaria –art. 28 b) del CP–.

El Tribunal Supremo apunta que la regla general será la de considerar las conductas relatadas como constitutivas de una cooperación necesaria a un delito de estafa informática, siempre y cuando quede acreditada su participación dolosa en el delito. Dicha afirmación tiene como consecuencia que habrá de valorarse en cada caso cuál pueda haber sido el conocimiento que haya tenido este tercero de la conducta antijurídica desarrollada por aquellos que ponen en marcha la defraudación informática. En este sentido la Sentencia del Tribunal Supremo 533/2007, de 12 de junio, afirma 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 solo 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, prestando su conformidad con un evidente ánimo de enriquecimiento, ya supieran, no quisieran saber –ignorancia deliberada– o les fuera indiferente el origen del dinero que en cantidad tan relevante recibieron. Lo relevante es que se beneficiaron con todo o, más probablemente, en parte como «pago» de sus servicios, es obvio que prestaron su colaboración eficiente y causalmente relevante en una actividad antijurídica con pleno conocimiento y cobrando por ello, no pueden ignorar indefensión alguna; por su parte la "explicación" que dieron de que no pensaban que efectuaban algo ilícito es de un angelismo que se desmorona por sí solo».

La segunda de las cuestiones abordadas por la sentencia es la referente a si por vía de recurso de casación el Tribunal Supremo puede modificar el criterio de la audiencia provincial, que entendía que los hechos eran constitutivos de un delito de blanqueo de capitales por imprudencia –art. 301.1 y 3 del CP– y declarar que lo hechos, aun respetando el relato fáctico, eran constitutivos de un delito de estafa informática –art. 248.2 del CP–. Lo cual llevaría a su vez de decidir si «el elemento subjetivo del injusto», esto es, el ánimo interno del sujeto venía únicamente referido a la calificación jurídica de los hechos, o si hundía sus raíces en el alma de los hechos declarados como probados. A ello habría que añadir si, para tornar una sentencia absolutoria –en este caso modificar una calificación jurídica con un contenido imprudente en doloso– en condenatoria, podía el Tribunal Supremo arbitrar un trámite para dar audiencia al condenado a fin de cumplir con los mandatos exigidos por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos cuando interpreta el artículo 6 del Convenio Europeo de Derechos Humanos.

Comenzando por este último interrogante, por ser el de más fácil resolución a la vista de la jurisprudencia producida después de la publicación de la sentencia objeto de comentario, señalar que el Pleno no jurisdiccional de 10 de diciembre de 2012 estableció que «la citación del acusado a una vista para ser oído personalmente antes de la decisión del recurso ni es compatible con la naturaleza del recurso ni está prevista por la ley». Este criterio, sin embargo, no es aplicable a los recursos de apelación solventados por las audiencias provinciales, ya que en este caso no existe una postura unitaria, ni siquiera, parece ser, por el Tribunal Constitucional. Así, la Sentencia del Tribunal Constitucional 48/2008, de 11 de marzo, resolviendo el recurso de amparo planteado por la acusación particular, por

la denegación de la audiencia provincial de admitir la petición de que volvieran a practicarse pruebas de carácter personal en la alzada, a fin de proceder a la condena del absuelto en primera instancia, desestima el amparo al entender que dicha negativa de la audiencia provincial no vulneraba el derecho a la tutela judicial efectiva, ya que la doctrina que emana de la Sentencia del Tribunal Constitucional 167/2002 no implica la necesidad de que deban practicarse nuevas pruebas en la segunda instancia cuando se trate de atacar los hechos probados, sino que ello sería una competencia del legislador al regular los recursos. Por el contrario, la Sentencia del Tribunal Constitucional 22/2013, de 21 de enero, que aborda el recurso de amparo planteado por el acusado condenado en segunda instancia (previamente absuelto en primera instancia), ya que por la audiencia provincial se habían realizado determinados elementos probatorios –interrogatorio del acusado y prueba pericial– excediendo, según el recurso planteado, de lo establecido en el artículo 790.3 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, afirma: «En el presente caso, ninguna vulneración constitucional del derecho a un proceso con todas las garantías de inmediación y contradicción (art. 24.2 de la CE) puede apreciarse en el proceder de la audiencia provincial, que consideró necesario convocar una vista oral, a los efectos de oír a los acusados y a los peritos cuya presencia fue solicitada por una de las partes apelantes, precisamente con la finalidad de cumplir con los requerimientos establecidos por la doctrina constitucional inaugurada por la Sentencia del Tribunal Constitucional 167/2002, de 18 de septiembre –tal como expresamente se motiva en la sentencia impugnada–, a partir de un entendimiento no arbitrario ni irrazonable de la misma y en el ejercicio de su exclusiva competencia para interpretar la legalidad procesal, de la que forma parte el artículo 791.1 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, que permite la celebración de vista "cuando, de oficio o a petición de parte, la estime el tribunal necesaria para la correcta formación de una convicción fundada". Dicha vista fue convocada por el órgano jurisdiccional con la finalidad de que los acusados tuvieran la oportunidad de ser oídos, y en su transcurso se practicó la única prueba viable, la solicitada al tribunal. Este escrupuloso y correcto proceder, a los efectos constitucionales de la garantía del principio de inmediación, no puede ser merecedor de reproche alguno y determina que debamos descartar la vulneración de los derechos alegada».

De cualquier forma, no hay que olvidar que la Ley de Enjuiciamiento Criminal, en su artículo 791, sí establece la celebración de una vista, con lo cual el supuesto es palmariamente diferente al que se pudiera plantear en el recurso de casación.

La jurisprudencia del Tribunal Constitucional y del Tribunal Supremo, a la que habría que añadir la del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, ha ido modelando una línea interpretativa muy sólida en orden a la restricción de la posibilidad de modificar una sentencia absolutoria dictada en primera instancia por otra condenatoria. Sin embargo, hay que puntualizar que dicho criterio restrictivo se circunscribe a la facultad de revisar los hechos probados, no a los posibles errores de subsunción de los mismos en una determinada norma jurídica (precepto del CP). Desde la óptica del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, y a la vista de la naturaleza del recurso de casación, como recurso extraordinario, al no existir ningún trámite que de audiencia al acusado, cualquier modificación del material fáctico conlleva la infracción del artículo 6 del Convenio Europeo de Derechos Humanos. En el caso de que la actuación del Tribunal Supremo se limitara a una revisión de la subsunción del hecho en la norma jurídica, no habría vulneración de dicho precepto. Por ello, como ya adelantábamos, la clave para la decisión de la cuestión planteada será el decidir si la valoración que hace el tribunal de la intención que guía al sujeto activo del delito a llevar a cabo una determinada conducta es un elemento más de la construcción fáctica de la sentencia, o bien tiene la

consideración de un juicio de inferencia que permite la subsunción de los hechos en el tipo penal y, por ende, afecta solo a la calificación jurídica.

El Tribunal Supremo, tanto en la sentencia objeto de comentario como en otras, defiende el criterio de que los elementos subjetivos del delito forman parte de los prepuestos fácticos, esto es, de los hechos declarados como probados, ya que es a través del juicio de inferencia que se realiza a partir de los mismos como se llega a determinar cuál sea el ánimo que guía al sujeto activo del delito. Por tanto, no está entre las facultades del tribunal revisar, en contra del acusado, la determinación del mismo. Resultan interesantes las consideraciones que al respecto realiza el Tribunal Constitucional dictadas por el Pleno; número 88/2013, de 11 de abril: «Más en concreto, y centrándose en la cuestión de la acreditación de los elementos subjetivos del delito, se ha venido considerando, también en proyección de la doctrina de la Sentencia del Tribunal Constitucional 167/2002, que desde la perspectiva de la exigencia de la inmediación, el elemento determinante para concluir la eventual vulneración del derecho a un proceso con todas las garantías era verificar si el razonamiento judicial sobre la concurrencia de ese elemento subjetivo por el órgano judicial de segunda instancia se fundamentaba en elementos de prueba que exigieron inmediación (por todas, entre las últimas, SSTC 127/2010, de 29 de noviembre; o 126/2012, de 18 de junio); o, por el contrario, se vinculaba con pruebas que no tuvieron carácter personal (así, la STC 137/2007, de 4 de junio) o sobre la base de un control de la razonabilidad de la inferencia llevada a cabo en instancia, a partir de unos hechos base que se dan por acreditados, argumentando que, en este último caso, se trata de una cuestión de estricta valoración jurídica que no exige la reproducción del debate público y la inmediación (por todas, SSTC 328/2006, de 20 de noviembre; o 184/2009, de 7 de septiembre)»; continúa la citada sentencia: «Más en concreto, y por lo que se refiere a la acreditación de los elementos subjetivos del delito, este Tribunal Constitucional, perfilando el criterio de la Sentencia del Tribunal Constitucional 184/2009, ha recordado "que 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. De este modo, si bien 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, no precisará de la garantía de inmediación si tal enjuiciamiento no se produce a partir de la valoración de las declaraciones testimoniales, sí deberá venir presidido, en todo caso, por la previa audiencia al acusado" (STC 126/2012, de 18 de junio)».

Lo cierto es que, según la doctrina elaborada por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, la valoración del elemento subjetivo del injusto, esto es, la voluntad que preside la actuación del acusado, exige necesariamente una valoración del testimonio de este, y dicha revisión de su intencionabilidad no puede llevarse a cabo sin haberle oído.

Como conclusión se observa un palmario estrechamiento de las facultades de revisión del Tribunal Supremo a la hora de modificar una sentencia absolutoria en condenatoria o que, simplemente, agrave la situación del acusado. Tan solo en los casos en que se trate de modificar la interpretación jurídica de la norma aplicada, con respeto absoluto al material fáctico, podrá llevarse a cabo la revocación de la sentencia absolutoria en condenatoria, o como en este caso, de un delito imprudente a un delito doloso, si previamente no se ha oído al acusado.