



Roj: **SAP M 8070/2017 - ECLI:ES:APM:2017:8070**

Id Cendoj: **28079370022017100330**

Órgano: **Audiencia Provincial**

Sede: **Madrid**

Sección: **2**

Fecha: **22/03/2017**

Nº de Recurso: **1471/2014**

Nº de Resolución: **200/2017**

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

Ponente: **VALENTIN JAVIER SANZ ALTOZANO**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

Sección nº 02 de la Audiencia Provincial de Madrid

C/ de Santiago de Compostela, 96 , Planta 4 - 28035

Teléfono: 914934540,914933800

Fax: 914934539

GRUPO TRABAJO: CONS

37051530

N.I.G.: 28.006.00.1-2013/0029295

Procedimiento Abreviado 1471/2014

Delito: Falsificación de moneda

O. Judicial Origen: Juzgado de Instrucción nº 03 de Alcobendas

Procedimiento Origen: Diligencias Previas Proc. Abreviado 5553/2013

ILMOS. SRES. MAGISTRADOS/AS

DOÑA CARMEN COMPAIRED PLO

DON VALENTÍN SANZ ALTOZANO (PONENTE)

DOÑA CARIDAD HERNÁNDEZ GARCÍA

SENTENCIA 200/2017

En Madrid, a 22 de marzo de 2017

La Sección 2ª de la Audiencia Provincial de Madrid, integrada por los Magistrados arriba indicados, ha visto, en juicio oral y público, celebrado el día 17 de marzo de 2017, la causa seguida con el nº 1471/2014 de rollo de Sala, correspondiente al procedimiento abreviado instruido como diligencias previas nº 5553/2013 del Juzgado de Instrucción nº 3 de Alcobendas, por un supuesto delito de falsedad de tarjeta de crédito y un delito continuado de estafa en grado de tentativa, contra Salvador , mayor de edad, nacido el día NUM000 de 1972, hijo de Torcuato y de Rebeca , natural de Madrid, en prisión provisional por esta causa y con DNI nº NUM001 , con antecedentes penales no computables y de ignorada solvencia; representado por la Procuradora de los Tribunales doña Pilar Pérez Bayona, y defendido por la Letrada doña Coral Ayora Escalada; habiendo intervenido el Ministerio Fiscal, representado por el Ilmo. Sr. Don Fidel Solera Guijarro, actuando como ponente el Ilmo. Sr. Magistrado don VALENTÍN SANZ ALTOZANO, que expresa el parecer del Tribunal.

ANTECEDENTES DE HECHO





PRIMERO.- El Ministerio Fiscal, en sus conclusiones definitivas, calificó los hechos como constitutivos de un delito de falsedad del artículo 399 bis 1 del Código Penal , en concurso del artículo 77 del Código Penal con un delito de estafa continuado, en grado de tentativa, tipificado en los artículos 248,1 y 249 del Código Penal , en relación con los artículos 16 , 62 y 74 del mismo texto legal. Considera que el Código Penal aplicable es el resultante tras la modificación introducida por la Ley Orgánica 1/2015, de 30 de marzo.

De ambos delitos es responsable en concepto de autor (artículos 27 y 28 del Código Penal) a Salvador , sin la concurrencia de circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal, solicitando se le imponga la pena de CUATRO AÑOS Y UN DÍA DE PRISIÓN e inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena, además del abono de las costas procesales.

SEGUNDO.- La Letrada del acusado, en igual trámite, solicitó la absolución de su defendido y subsidiariamente, para el caso de condena, interesó que se aplicara el número 3 del artículo 399 bis del Código Penal , concurriendo la circunstancia atenuante de confesión del artículo 21.4 del Código Penal , por lo que, en tal caso, procedería imponer una pena de dos años de prisión, siendo de aplicación la reforma del Código Penal introducida por la citada Ley Orgánica.

HECHOS PROBADOS

ÚNICO. - Se declara probado que el acusado, Salvador , con DNI nº NUM001 , mayor de edad y con antecedentes penales no computables, sobre las 18.00 horas del día 8 de octubre de 2013, se dirigió al Centro Comercial Plaza Norte, sito en la Plaza del Comercio de San Sebastián de los Reyes, perteneciente a la localidad de Alcobendas (Madrid), provisto de una tarjeta de crédito previamente manipulada por él, o por un tercero no identificado al que habría proporcionado sus datos de identidad, haciendo que figurara su nombre como titular y el de la entidad CHASE BUSINESS CARD, pese a que por la numeración la tarjeta era propiedad de la entidad PCSU FINANCIAL SERVICES INC de ST PETESBURG-FLORIDA-EEUU. Valiéndose de la misma, con la finalidad de obtener un ilícito beneficio económico, intentó adquirir en el establecimiento ZARA varias tarjetas regalo por importe de 500 euros cada una y en el establecimiento H&M cuatro tarjetas regalo por idéntico importe cada una, no consiguiendo su propósito al advertir la manipulación los empleados de dichos establecimientos. A continuación, el acusado con la misma finalidad, se dirigió al establecimiento ZARA del Centro Comercial La Moraleja Green, sito en la avenida de Europa de la misma localidad, donde intentó adquirir doce tarjetas regalo de 500 euros cada una valiéndose de la misma tarjeta de crédito manipulada, no consiguiendo su propósito por las mismas razones anteriormente expresadas.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Los hechos declarados probados se encuentran acreditados tras la valoración contrastada de las declaraciones realizadas en el acto del juicio oral por el acusado y por los testigos (Araceli , Caridad , Debora y el Policía Nacional titular del carné profesional de número 88488). Resulta especialmente relevante la declaración del acusado, en la que el Sr. Salvador reconoce expresamente los hechos objeto de enjuiciamiento, así como que se encontrara en su poder la tarjeta bancaria con su nombre instantes después de que pretendiera su utilización para realizar las compras mencionadas en el establecimiento ZARA del Centro Comercial Moraleja Green.

SEGUNDO.- Los hechos declarados probados son constitutivos de un delito de falsificación de tarjetas de crédito del art. 399 bis, apartado 1, del Código Penal , en concurso medial del artículo 77 con un delito continuado intentado de estafa de los artículos 248 y 249 del mismo texto legal ; siendo responsable de ambas infracciones, en concepto de autor, Salvador , conforme a los artículos 27 y 28 del Código Penal .

La Ley Orgánica 5/2010, de 22 de junio, tipificó el delito de falsificación de tarjetas de crédito y débito y cheques de viaje en el art. 399 bis, incluido antes en los delitos de falsificación de moneda y efectos timbrados, cuyo tenor literal es el siguiente :

"1. El que altere, copie, reproduzca o de cualquier otro modo falsifique tarjetas de crédito o débito o cheques de viaje, será castigado con la pena de prisión de cuatro a ocho años. Se impondrá la pena en su mitad superior cuando los efectos falsificados afecten a una generalidad de personas o cuando los hechos se cometan en el marco de una organización criminal dedicada a estas actividades.

Cuando de acuerdo con lo establecido en el art. 31 bis una persona jurídica sea responsable de los anteriores delitos, se le impondrá la pena de multa de dos a cinco años.

Atendidas las reglas establecidas en el art. 66 bis, los Jueces y Tribunales podrán asimismo imponer las penas recogidas en las letras b) a g) del apartado 7 del art. 33.

2. La tenencia de tarjetas de crédito o débito o cheques de viaje falsificados destinados a la distribución o tráfico será castigada con la pena señalada a la falsificación.

3. El que sin haber intervenido en la falsificación usare, en perjuicio de otro y a sabiendas de la falsedad, tarjetas de crédito o débito o cheques de viaje falsificados será castigado con la pena de prisión de dos a cinco años".

La STS nº 39/2012, de 1 de febrero, expresa que "el delito de falsificación de tarjetas de crédito, otrora residenciado en el art. 386, en relación con el art. 387 CP, se ha reconducido expresamente al art. 399 bis CP. La LO 5/2010 ha añadido una Sección 4ª al Capítulo II del Título XVII C.P., en la que incluye el artículo 399 bis C.P., como una forma específica de falsedad documental. En el novísimo precepto se tipifica el comportamiento de la alteración, creación ex novo, reproducción, copia o cualquier otra forma de falsificación de tarjetas de crédito, débito y cheques de viaje. Tales instrumentos de pago, que son los principales a los que se refiere la Decisión Marco 2001/413, ya no son equiparados a moneda legal por el legislador". La penalidad básica asignada a estas conductas es también menor, pues se extiende de los cuatro a los ocho años de prisión, frente al abanico de entre ocho y doce años que continúa fijando el art. 386 del Código Penal para la falsificación de moneda (STS nº 711/2012, de 26 de septiembre).

En el caso de autos, la participación del acusado en la confección falsaria de la tarjeta ocupada por la Policía resulta evidente. El hecho de que figure como titular y que se encontrara en su poder, revela su participación a título de autor, independientemente de que fuera él u otro quien hubiera llevado a cabo la materialidad de la falsificación documental, pues es reiterada la doctrina jurisprudencial que establece que no nos encontramos ante un delito de "propia mano", en el que solo se castiga como autor a quien material y directamente lleva a cabo la falsificación, sino frente a la posibilidad de atribuir esa autoría a todos los que realicen un aporte determinante para su comisión, como el de la facilitación de los datos personales.

Es evidente que el acusado, de no ser quien personalmente manipuló la tarjeta de autos, fue el que facilitó sus datos personales para que figurasen en la misma. Pues bien, la doctrina jurisprudencial de manera reiterada (STS nº 1569/2002, de 27 de septiembre, que cita SSTS de 11/05/1993, 26/04/1997, 1/02/1999 o 26/02/2000, etc.) ha considerado aplicable con carácter general un concepto amplio de autoría en los delitos de falsedad documental, entre los que hay que ubicar el delito de falsificación de tarjetas de crédito y débito y cheques de viaje en el art. 399 bis.

Conforme a dicha jurisprudencia, procede la condena como autor aunque se ignore la identidad de quien llevó a cabo materialmente la fabricación o alteración falsaria del documento, debiendo extrapolarse la afirmación a la falsificación de la tarjeta de crédito objeto de enjuiciamiento cuando :

A) Conste la intervención del acusado en el previo concierto para llevar a cabo la misma; al no ser el delito de falsedad documental un delito de propia mano sino que puede ser cometido mediante persona interpuesta, debe ser considerado autor de la infracción no sólo quien directa y materialmente realiza la alteración o simulación o documenta la mendacidad, sino también quien consigue que otro lleve a cabo tales acciones haciéndole las indicaciones y facilitándole los medios conducentes al logro del fin falsario (STS, Sala 2.ª, núm. 1209/2003, de 27 de septiembre); o

B) Haya dispuesto del «dominio funcional del hecho», de modo que tanto es autor quien falsifica materialmente, como quien se aprovecha de la acción (coautor), con tal que tenga u ostente el condominio del hecho (SSTS, Sala 2.ª, núm. 146/2004, de 6 de febrero y núm. 146/2005, de 7 de febrero).

Por último, la defensa considera que los hechos declarados probados, en su caso, solo podrían ser constitutivos de un delito del artículo 399, bis 3 anteriormente transcrito, criterio que no se comparte al considerar que tal precepto no es aplicable porque el acusado no se limitó al uso estricto de las tarjetas, sino que colaboró en su falsificación al facilitar sus datos personales.

Se está finalmente en presencia de un delito continuado de los artículos 248 y 249 en concurso medial con un delito del artículo 399 bis 1, todos del Código Penal, porque la tarjeta se falsificó como medio necesario para cometer las estafas, dándose el engaño precedente y bastante que la caracteriza, que hubiera sido determinante del error consiguiente en el sujeto pasivo, un subsiguiente acto de disposición, y la existencia de nexo causal o relación de causalidad entre el engaño provocado y el perjuicio causado, con un evidente ánimo de lucro, elemento subjetivo del injusto. Es clara la existencia de una homogeneidad de actos que responden a un único fin o plan del autor, con un dolo unitario dirigido, mediante el aprovechamiento de similares circunstancias, al intento de comisión reiterada de las mismas conductas atentatorias contra el mismo bien jurídico.

TERCERO.- No concurren circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal.



La defensa del acusado considera de aplicación la atenuante de confesión. En el número 4º del artículo 21 del Código Penal se establece como circunstancia atenuante la de haber procedido el culpable a confesar la infracción a las autoridades antes de conocer que el procedimiento judicial se dirige contra él. Los requisitos que deben concurrir para la apreciación de esta circunstancia, según ha establecido en jurisprudencia consolidada la Sala II del Tribunal Supremo son, en primer lugar, que el sujeto confiese a las autoridades la comisión de un hecho delictivo o su participación en el mismo; en segundo lugar, que la confesión sea veraz, quedando excluidos los supuestos en que se sostenga una versión interesada de carácter exculpatario que después se revela totalmente falsa; en tercer lugar, que la confesión se produzca antes de conocer que el procedimiento, entendido por tal también las diligencias de investigación iniciadas por la Policía, se dirige contra él, lo que ha de relacionarse con la utilidad de la confesión, de modo que quedan excluidos aquellos supuestos en los que, como en el caso de autos, la aparente confesión se produce cuando ya no existe posibilidad alguna de ocultar la infracción ante el inmediato e inevitable descubrimiento por la Autoridad.

Esto es lo que ocurrió en el caso que examinamos, toda vez que el recurrente reconoció los hechos tras su detención, cuando mantenía en su poder la tarjeta de crédito falsa, que le fue intervenida, y encontrándose en el último Centro Comercial donde poco antes había sido sorprendido por la empleada de ZARA, testigo presencial de su intento de comprar con el documento manipulado doce tarjetas regalo por valor, cada una de ellas, de 500 euros. Dada la estructura sencilla del hecho punible y la abundancia de datos que le identificaban como autor, es claro que el reconocimiento del acusado se produjo cuando el descubrimiento del delito y de su autor era inminente, inevitable y de fácil comprobación, por lo que, conforme a la doctrina anteriormente expuesta, la confesión carece de efectos atenuatorios.

En la redacción del actual Código han perdido importancia los factores de tipo subjetivo relativos al arrepentimiento y se han potenciado los de carácter objetivo, relacionados con la colaboración con la Justicia, lo que resalta también el aspecto de la utilidad de la confesión, negando efectos atenuatorios a la aceptación de la evidencia. Aun así, no puede dejar de tenerse en cuenta, que la aceptación de unos hechos que, de otra forma, precisarían de una investigación, es una conducta que facilita la labor de la justicia y que, de otro lado, revela una menor necesidad de pena al suponer una aceptación del mal realizado y una colaboración en el retorno a la situación de vigencia efectiva del ordenamiento jurídico, (STS núm. 155/2004, de 9 de febrero), lo cual debe ser valorado en el momento de individualización de la pena por el Tribunal.

De otro lado, la doctrina del Tribunal Supremo viene reconociendo eficacia atenuatoria a la confesión tardía cuando suponga en el ámbito propio del proceso una facilitación importante de la acción de la Justicia y, por tanto, una contribución relevante a la restauración del orden jurídico alterado por la acción delictiva, (STS núm. 344/2004, de 12 de marzo), señalándose en la STS núm. 809/2004, de 23 de junio que *"esta Sala ha entendido que la circunstancia analógica de colaboración con la justicia requiere una aportación que, aun prestada fuera de los límites temporales establecidos en el artículo 21.4ª del Código Penal, pueda ser considerada como relevante a los fines de restaurar de alguna forma el orden jurídico perturbado por la comisión del delito"*.

En el presente caso el recurrente, una vez detenido, ofreció a la Policía los datos de identificación de la persona que, según afirmó, le habría proporcionado la tarjeta. La investigación desarrollada al respecto no arrojó ningún resultado. Por ello, no resulta procedente la aplicación de la atenuante analógica de confesión, pues no se ha probado que se tratara de una conducta colaboradora ni que facilitara el desarrollo de la investigación, sino tardía e inútil.

CUARTO.- En cuanto a la concreta pena a imponer, los delitos de estafa y falsedad afectan a bienes jurídicos distintos; el primero ataca el patrimonio y el segundo a la seguridad del tráfico jurídico-mercantil, lo que permite la incardinación de ambas infracciones en la figura del concurso medial o instrumental al ser la actividad falsaria el medio necesario para la comisión de la estafa, por lo que la pena a imponer se determinará conforme a las reglas del art. 77 del Código Penal (STS nº 560/2013, de 17 de junio).

Tal como solicita tanto el Ministerio Fiscal como la defensa del Sr. Salvador , procede la aplicación del Código Penal en la redacción que introdujo la Ley Orgánica 1/2015, de 30 de marzo, que modificó dicho artículo de forma que resulta más favorable al acusado al disponer: *1. Lo dispuesto en los dos artículos anteriores no es aplicable en el caso de que un solo hecho constituya dos o más delitos, o cuando uno de ellos sea medio necesario para cometer el otro.*

2. En el primer caso, se aplicará en su mitad superior la pena prevista para la infracción más grave, sin que pueda exceder de la que represente la suma de las que correspondería aplicar si se penaran separadamente las infracciones. Cuando la pena así computada exceda de este límite, se sancionarán las infracciones por separado.

3. En el segundo, se impondrá una pena superior a la que habría correspondido, en el caso concreto, por la infracción más grave, y que no podrá exceder de la suma de las penas concretas que hubieran sido impuestas separadamente por cada uno de los delitos. Dentro de estos límites, el juez o tribunal individualizará la pena



conforme a los criterios expresados en el artículo 66. En todo caso, la pena impuesta no podrá exceder del límite de duración previsto en el artículo anterior.

Procede, en consecuencia, la imposición de una sola pena que debe ser superior a la que hubiera correspondido por el delito del artículo 399 bis 1 del Código Penal . Respecto a su individualización, por respeto al principio acusatorio y en consideración a las circunstancias concurrentes: reconocimiento de los hechos, escasa sofisticación del proceso de falsificación de la tarjeta y el reducido alcance del ámbito de actuación, procede la imposición de la pena correspondiente en su mínimo legal. En consecuencia, se impone al acusado la pena de cuatro años y un día de prisión como autor del delito de falsificación de tarjeta de crédito del art.399 bis 1 del Código Penal en concurso medial con el delito continuado de estafa en grado de tentativa, con la correspondiente accesoria de inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena.

QUINTO.- Con arreglo a lo establecido en los artículos 123 CP y 240 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal , se condena al acusado al abono de las costas procesales; y se acuerda el comiso de la tarjeta intervenida, en aplicación de lo dispuesto en el artículo 127 del Código Penal .

Vistos los artículos citados y demás de general y pertinente aplicación,

FALLAMOS

Que debemos condenar y condenamos a Salvador como autor de un delito de falsificación de tarjeta de crédito en concurso medial con un delito continuado de estafa en grado de tentativa, sin la concurrencia de circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal, a la pena de **CUATRO AÑOS Y UN DÍA DE PRISIÓN** , con la accesoria de inhabilitación especial para el ejercicio del derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena, y al abono de las costas causadas.

Se acuerda el decomiso de la tarjeta de crédito intervenida.

Para el cumplimiento de la pena de prisión se le abonará el tiempo que hubiere estado privado de libertad por esta causa.

Notifíquese esta sentencia en la forma señalada en el art. 248.4 de la Ley Orgánica del Poder Judicial , con instrucción a las partes de que no es firme y cabe interponer contra ella recurso de casación, que habrá de prepararse, en la forma prevista por los arts . 854 y 855 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal , dentro de los cinco días siguientes a su última notificación.

Así, por esta sentencia, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.

PUBLICACION.- Leída y publicada fue la anterior Sentencia por el Magistrado Ilmo. Sr. D. VALENTÍN SANZ ALTOZANO, estando celebrando audiencia pública. Doy fe.