



Roj: **STS 3326/2019** - ECLI: **ES:TS:2019:3326**

Id Cendoj: **28079120012019100564**

Órgano: **Tribunal Supremo. Sala de lo Penal**

Sede: **Madrid**

Sección: **1**

Fecha: **29/10/2019**

Nº de Recurso: **1614/2018**

Nº de Resolución: **515/2019**

Procedimiento: **Recurso de casación**

Ponente: **VICENTE MAGRO SERVET**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Penal

Sentencia núm. 515/2019

Fecha de sentencia: 29/10/2019

Tipo de procedimiento: RECURSO CASACION

Número del procedimiento: **1614/2018**

Fallo/Acuerdo:

Fecha de Votación y Fallo: 15/10/2019

Ponente: Excmo. Sr. D. Vicente Magro Servet

Procedencia: Audiencia Provincial de Valladolid, Sección Cuarta

Letrada de la Administración de Justicia: Ilma. Sra. Dña. Sonsoles de la Cuesta y de Quero

Transcrito por: MBP

Nota:

RECURSO CASACION núm.: **1614/2018**

Ponente: Excmo. Sr. D. Vicente Magro Servet

Letrada de la Administración de Justicia: Ilma. Sra. Dña. Sonsoles de la Cuesta y de Quero

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Penal

Sentencia núm. 515/2019

Excmos. Sres.

D. Julian Sanchez Melgar

D. Francisco Monterde Ferrer

D. Andres Palomo Del Arco

D. Vicente Magro Servet

D. Eduardo de Porres Ortiz de Urbina

En Madrid, a 29 de octubre de 2019.



Esta sala ha visto el recurso de casación por infracción de ley e infracción de precepto constitucional, interpuesto por la representación del acusado **Eulogio**, contra sentencia dictada por la Audiencia Provincial de Valladolid, Sección Cuarta, que le condenó por delito de falsificación de tarjetas de crédito y débito en concurso medial con un delito continuado de estafa, los componentes de la Sala Segunda del Tribunal Supremo que al margen se expresan se han constituido para la votación y fallo bajo la Presidencia del primero de los indicados, siendo también parte el Ministerio Fiscal y estando dicho recurrente acusado representado por la Procuradora Sra. Armesto Tinoco y bajo la dirección Letrada del Sr. De Diego Gómez y los recurridos Acusación Particular Servired representado por la Procuradora Sra. Sampere Meneses y bajo la Dirección Letrada del Sr. Santiago Arranz y BBVA, S.A. representado por el Procurador Sr. Villasante Almeida y bajo la dirección Letrada del Sr. Cabrero García.

Ha sido ponente el Excmo. Sr. D. Vicente Magro Servet.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- El Juzgado de Instrucción nº 3 de Valladolid incoó Procedimiento Abreviado con el nº 30 de 2014 contra Eulogio, y, una vez concluso, lo remitió a Audiencia Provincial de Valladolid, Sección Cuarta, que con fecha 14 de marzo de 2018 dictó sentencia que contiene los siguientes Hechos Probados:

"Primero.- El acusado Eulogio, mayor de edad y sin antecedentes penales, propuso al ya condenado Gines, aprovechando que éste trabajaba como empleado en la gasolinera "FEROSLU" de Laguna del Duero (Valladolid) que procediera a la copia de tarjetas de crédito y de débito con las que pagaban los clientes, con la finalidad de obtener los datos de las respectivas bandas magnéticas que eran almacenadas a través de un aparato denominado "skimmer", de modo que la tarjeta era devuelta al cliente sin despertar sospechas, pero los datos quedaban almacenados y permitían la fabricación de nuevas tarjetas enteramente falsas de las llamadas "clonadas" a las que se incorporaban los datos copiados, de modo que servían para pagar compras que se cargaban al titular de la tarjeta copiada. Así lo hizo Gines entre el 21 de marzo y el 5 de abril de 2009. Segundo.- Todo ello se hacía con la finalidad de proceder (se desconoce si por el acusado o por otras personas no identificadas) a la posterior clonación de las tarjetas, conteniendo la tarjeta clonada todos los datos de la banda magnética de la original, pero con los datos personales de la persona que la fuera a utilizar a fin de no levantar las sospechas del establecimiento en la que fuera a ser utilizada. Por ello, personas no identificadas, procedieron a incorporar los datos de las bandas magnéticas de las tarjetas, a otras tarjetas con apariencia comercial normal, para así poder darlas como medio de pago en establecimientos de comercio, tarjetas que al utilizarse producían los correspondientes cargos en las cuentas vinculadas a las tarjetas anteriormente clonadas. TERCERO.- Posteriormente, a lo largo del mes de abril de 2009, diversas personas (algunas no identificadas, y otras, entre las que sí estaba Eulogio) procedieron a utilizar las tarjetas clonadas, causando los perjuicios que a continuación se relacionan: 1.- Indalecio, que ha sido indemnizado por su entidad. Tarjeta: NUM000 del Banco Spiritu Santo, por operaciones realizadas entre el 3 de abril de 2009 y el 13 de abril de 2009, por un importe total de 3.130,35 €. 2.- Jeronimo, que ha sido indemnizado por su entidad. Tarjeta: NUM001 del Banco Deutsche Bank, por operaciones realizadas entre el 6 de abril de 2009 y el 11 de abril de 2009, por un importe total de 1.936,24 €. 3.- Laureano, que no reclama nada por haber sido indemnizado por su entidad. Tarjeta: NUM002 de Caja Duero, por una operación realizada el 11 de abril de 2009 por un importe de 50 €. 4.- Leopoldo, que no reclama nada por haber sido indemnizado por su entidad. Tarjeta: NUM003 de Cajamar, por operaciones realizadas entre el 7 de abril de 2009 y el 11 de abril de 2009, por un importe total de 3.314 €. 5.- Marcos, que ha sido indemnizado por SERVIRED. Tarjeta: NUM004 de Caja Laboral, por una operación del día 20 de abril de 2009 por un importe de 375 €. 6.- Mauricio, que ha sido indemnizado por su entidad, salvo la cantidad de 150 €, que sí reclama. Tarjeta: NUM005 de Caja Duero, por operaciones realizadas entre el 3 de abril de 2009 y el 4 de abril de 2009, por un importe total de 522,18 €. 7.- Millán, que ha sido indemnizado por su entidad, salvo la cantidad de 150 €, que sí reclama. Tarjeta: NUM006 de Caja Duero, por operaciones realizadas en el mes de 2009, por un importe total de 557,35 €. 8.- Octavio, que no ha sido indemnizado por su entidad, y que reclama. Tarjeta: NUM007 de La Caixa, por operaciones realizadas entre el 24 de abril de 2009 y el 29 de abril de 2009, por un importe total de 2.736 €. 9.- Pascual, que no reclama por haber sido indemnizado por su entidad. Tarjeta: NUM008 de Citibank, por operaciones realizadas el 15 de abril de 2009, por un importe total de 2.060,15 €. 10.- Rafael, que no consta haya sido indemnizado por su entidad. Tarjeta: NUM009 de Caja Vital Kutxa, por una operación realizada el 18 de abril de 2009 por un importe de 62,25 €. 11.- Adolfinia, que no reclama nada por haber sido indemnizada por su entidad. Tarjeta: NUM010 de American Express, por operaciones realizadas el 18 de abril de 2009 por un importe total de 2.708 €. 12.- Segismundo, que ha sido reintegrado por su entidad, salvo una comisión de 50 €, que sí reclama. Tarjeta: NUM011 de Cepsa Citibank, por operaciones realizadas por un importe total de 970 €. 13.- Tomás. Ha sido indemnizado por SERVIRED y no reclama nada. Tarjeta: NUM012 de Caja España, por



operaciones realizadas entre el 29 y el 30 de abril de 2009 cuyo importe total es de 1.498,93 €. 14.- Vidal , que no reclama por haber sido indemnizado por su entidad. Tarjeta: NUM013 de Caja Madrid, por operaciones realizadas el 15 de abril de 2009, por un importe total de 400 €. 15.- Lorena , que no reclama por haber sido indemnizado por su entidad, que es el BBVA. Tarjeta: NUM014 de BBVA, por operaciones realizadas el 15 de abril de 2009, por un importe total de 400 €. Además consta que Servired se ha hecho cargo de las operaciones fraudulentas realizadas con otras dos tarjetas, cuyos titulares no constan, y que son: 16.- Tarjeta NUM015 , por un importe de 2.181,16 €. 22-4-2009 ALSA- ENATCAR E. AUTOBUSES 24,26 €. 23-4-2009 PIZZA HUT PUENTE COLGANTE 21,10€. 23-4-2009 CEDIPSA MULLER MACHA 50,00 €. 23-4-2009 CEDIPSA 31500-1 LA P 40,50 €. 25-4-2009 TOYS'R US IBERIA SA 789,97 €. 25-4-2009 CARREFOUR PARQUESOL 757,90 €. 25-4-2009 TWINS VALLADOLID 49,92 €. 25-4-2009 MERCADONA C/ DON SANCHO 288,14 €. 25-4-2009 MERCADONA C/ DON SANCHO 68,97 €. 25-4-2009 375. GA. AV. DE SEGOVIA 70,40 €. 25-4-2009 RETAIL OPERATING COM 20,00 €. 17.- Tarjeta: NUM007 , por un importe de 2.754,70 €. 24-4-2009 TOYS'R US IBERIA SA 659,96 €. 24-4-2009 MERCADONA P. RENACIMIE 201,55 €. 24-4-2009 CARREFOUR PARQUESOL 404,14 €. 24-4-2009 TIEN 21 300,00 €. 24-4-2009 TIEN 21 390,00 €. 25-4-2009 EROSKI CENT FLEMING 175,69 €. 25-4-2009 CARREFOUR 4004 PALE 484,80 €. 25-4-2009 ALSA-ENATCAR E. AUT. 5,77. 27-4-2009 GRUPO FORTE RESTAU 21,10 €. 27-4-2009 ES GALP MEDINA DEL 46,00 €. 27-4-2009 ES LOFER 20,00€. 27-4-2009 IBERPISTAS SACE 9,35 €. 27-4-2009 IBERPISTAS SACE 9,35 €. 28-4-2009 E.S. ARCA REAL 10,00 €. 29-4-2009 E.S. ARCA REAL 19,99 €. CUARTO.- En concreto, el mismo Eulogio , conociendo la procedencia ilícita de la tarjeta que copiaba a la genuina NUM003 , cuyo titular era Leopoldo , procedió en fecha 7 de abril de 2009, sobre las 221,30 horas, a realizar en el establecimiento supermercado para mayoristas MAKRO, sito en la calle Fernández Ladreda nº 42 de Valladolid, dos compras por valor de 741,97 € y 63,39 €, y de igual manera con la tarjeta correspondiente a la numerada NUM001 cuyo titular era Jeronimo , estaba presente y en compañía de dos mujeres cuando una de éstas procedió en el mismo establecimiento y día a realizar la compra de un ordenador portátil SONY VAIO por valor de 799,24 €. Dándose la circunstancia de que las mercancías compradas en la compra que importaba 741,97 € (la que realizó él personalmente) eran exclusivamente bebidas alcohólicas y que el acusado era titular y explotaba el local, bar llamado "Entrepuentes" sito en la Avenida de Santa Teresa esquina Paseo Renacimiento, de Valladolid, y para el que destinaba las mismas. El establecimiento MAKRO no ha cobrado el importe de las compras efectuadas por el acusado. De igual manera el día 11 de abril de 2009, en el establecimiento PC CITY, sito en el Centro Comercial Equinoccio (Zaratán), el acusado Eulogio procedió a comprar un "Home Cinema" y una televisión marca SAMSUNG de 32" LE32A336 por un precio de 149 € y 468 €, que abonó con una tarjeta que se correspondía con la número NUM003 , cuyo titular era Leopoldo y que ya había utilizado ilícitamente, días antes, en fecha 07/04/2009. QUINTO.- La causa tuvo diversas paralizaciones injustificadas de modo que su tramitación se prolongó durante seis años. En concreto existe una paralización entre el 4/11/09 y el 21/09/11".

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

"CONDENAMOS al acusado Eulogio como autor de un delito continuado de falsificación de tarjetas de crédito y débito, en concurso medial con un delito continuado de estafa, concurriendo la atenuante de dilaciones indebidas (como muy cualificada), a la pena de TRES AÑOS DE PRISIÓN, con su accesoria de inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena. En concepto de responsabilidad civil, el acusado indemnizará, conjunta y solidariamente con los acusados ya condenados Gines y Raúl , a: - Mauricio : 150 €. - Millán : 150 €. - Octavio : 2.736 €. - Segismundo : 50 €. - SERVIRE: 6.809,79 €. - BBVA: 400 €. El acusado Eulogio igualmente indemnizará a MAKRO con la cantidad de 1.604,60 €. Tales cantidades devengarán los intereses prevenidos en el artículo 576 de la Ley de Enjuiciamiento Civil desde la fecha de la presente resolución. Se le condena igualmente al pago de las costas procesales causadas, incluidas las de las acusaciones particulares. Se aprueba el Auto del Instructor por el que se declara insolvente al acusado. Notifíquese esta sentencia a las partes haciéndoles saber que contra la misma pueden interponer Recurso de Casación, ante la Sala Segunda del Tribunal Supremo, por infracción de Ley o Quebrantamiento de Forma, en el plazo de CINCO DÍAS, a contar desde la última notificación".

TERCERO.- Notificada la sentencia a las partes, se preparó recurso de casación por infracción de ley e infracción de precepto constitucional, por la representación del acusado **Eulogio** , que se tuvo por anunciado, remitiéndose a esta Sala Segunda del Tribunal Supremo las certificaciones necesarias para su sustanciación y resolución, formándose el correspondiente rollo y formalizándose el recurso.

CUARTO.- El recurso interpuesto por la representación del acusado **Eulogio** , lo basó en los siguientes MOTIVOS DE CASACIÓN:

Primero.- Por infracción de precepto constitucional al amparo de lo previsto en el art. 5.4 L.O.P.J. al considerar que la sentencia vulnera el derecho fundamental a la presunción de inocencia previsto en el art. 24.2 C.E.

QUINTO.- Instruido el Ministerio Fiscal del recurso interpuesto, solicitó su inadmisión y subsidiaria impugnación, dándose asimismo por instruida la representación de la Acusación Particular BBVA, S.A. que



solicitó igualmente la inadmisión, quedando conclusos los autos para señalamiento de fallo cuando por turno correspondiera.

SEXTO.- Por Providencia de esta Sala se señala el presente recurso para deliberación y fallo para el día 15 de octubre de 2019, prolongándose los mismos hasta el día de la fecha.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Es objeto del presente recurso de casación el interpuesto por Eulogio contra la sentencia de la Audiencia Provincial de Valladolid de fecha 14 de Marzo de 2018 que le condenó como autor de un delito continuado de falsificación de tarjetas de crédito y débito, en concurso medial con un delito continuado de estafa, concurriendo la atenuante de dilaciones indebidas (como muy cualificada), a la pena de TRES AÑOS DE PRISIÓN, con su accesoria de inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena.

SEGUNDO.- 1.- Infracción de precepto constitucional al amparo de lo previsto en el artículo 5.4 de la LOPJ al considerar que la sentencia vulnera el derecho fundamental a la presunción de inocencia previsto en el artículo 24.2 CE.

Sobre esta cuestión debemos recordar que es doctrina jurisprudencial reiterada (STS. 383/2010 de 5.5, 84/2010 de 18.2, 14/2010 de 28.1 y 1322/2009 de 30.12, STS 45/2011 de 11 Feb. 2011) la que establece, que nuestro sistema casacional no queda limitado al análisis de cuestiones jurídicas y formales y a la revisión de las pruebas por el restringido cauce que ofrece el art. 849.2 LECrim pues como señala la STC. 136/2006 de 8.5, en virtud del art. 852 LECrim, el recurso de casación puede interponerse, en todo caso, fundándose en la infracción de un precepto constitucional, de modo que a través de la invocación del 24.2 CE (fundamentalmente, en cuanto se refiere al derecho a la presunción de inocencia), es posible que el Tribunal Supremo controle tanto la licitud de la prueba practicada en la que se fundamenta el fallo, como su suficiencia para desvirtuar la presunción de inocencia y la razonabilidad de las inferencias realizadas (por todas STC. 60/2008 de 26.5).

Por ello a través de un motivo de casación basado en la infracción del derecho a la presunción de inocencia, se puede cuestionar no solo el cumplimiento de las garantías legales y constitucionales de la prueba practicada, sino la declaración de culpabilidad que el Juzgador de instancia haya deducido de su contenido. Por tanto, el acusado tiene abierta una vía que permite a este Tribunal Supremo "la revisión íntegra" entendida en el sentido de posibilidad de acceder no solo a las cuestiones jurídicas, sino también a las fácticas en que se fundamenta la declaración de culpabilidad, a través del control de la aplicación de las reglas procesales y de valoración de la prueba (SSTC. 70/2002 de 3.4 y 116/2006 de 29.4).

Como hemos explicitado en numerosas resoluciones de esta Sala, por ejemplo SS. 1126/2006 de 15.12, 742/2007 de 26.9 y 52/2008 de 5.2 cuando se alega infracción de este derecho a la presunción de inocencia, la función de esta Sala no puede consistir en realizar una nueva valoración de las pruebas practicadas a presencia del Juzgador de instancia, porque a éste solo corresponde esa función valorativa, pero sí puede este Tribunal verificar que, efectivamente, el Tribunal "a quo" contó con suficiente prueba de signo acusatorio sobre la comisión del hecho y la participación en él del acusado, para dictar un fallo de condena, cerciorándose también de que esa prueba fue obtenida sin violar derechos o libertades fundamentales y sus correctas condiciones de oralidad, publicidad, inmediación y contradicción y comprobando también que en la preceptiva motivación de la sentencia se ha expresado por el Juzgador el proceso de un raciocinio, al menos en sus aspectos fundamentales, que le han llevado a decidir el fallo sin infringir en ellos los criterios de la lógica y de la experiencia (STS. 1125/2001 de 12.7).

Así pues, al Tribunal de casación le corresponde comprobar que el Tribunal ha dispuesto de la precisa actividad probatoria para la afirmación fáctica contenida en la sentencia, lo que supone constatar que existió porque se realiza con observancia de la legalidad en su obtención y se practica en el juicio oral bajo la vigencia de los principios de inmediación, oralidad, contradicción efectiva y publicidad, y que el razonamiento de la convicción obedece a criterios lógicos y razonables que permitan su consideración de prueba de cargo. Pero no acaba aquí la función casacional en las impugnaciones referidas a la vulneración del derecho fundamental a la presunción de inocencia, pues la ausencia en nuestro ordenamiento de una segunda instancia revisora de la condena impuesta en la instancia obliga al Tribunal de casación a realizar una función valorativa de la actividad probatoria, actividad que desarrolla en los aspectos no comprometidos con la inmediación de la que carece, pero que se extiende a los aspectos referidos a la racionalidad de la inferencia realizada y a la suficiencia de la actividad probatoria.

Es decir, el control casacional a la presunción de inocencia se extenderá a la constatación de la existencia de una actividad probatoria sobre todos y cada uno de los elementos del tipo penal, con examen de la denominada



disciplina de garantía de la prueba, y del proceso de formación de la prueba, por su obtención de acuerdo a los principios de inmediación, oralidad, contradicción efectiva y publicidad. Además, el proceso racional, expresado en la sentencia, a través del que la prueba practicada resulta la acreditación de un hecho y la participación en el mismo de una persona a la que se imputa la comisión de un hecho delictivo (STS. 299/2004 de 4.3). Esta estructura racional del discurso valorativo sí puede ser revisada en casación, censurando aquellas fundamentaciones que resulten ilógicas, irracionales, absurdas o, en definitiva arbitrarias (art. 9.1 CE), o bien que sean contradictorias con los principios constitucionales, por ejemplo, con las reglas valorativas derivadas del principio de presunción de inocencia o del principio "nemo tenetur" (STS. 1030/2006 de 25.10).

Doctrina esta que ha sido recogida en la STC. 123/2006 de 24.4, que recuerda en cuanto al derecho de presunción de inocencia, art. 24.2 CE que "se configura en tanto que regla de juicio y desde la perspectiva constitucional, como el derecho a no ser condenado sin pruebas de cargo válidas, lo que implica que exista una mínima actividad probatoria, realizada con las garantías necesarias, referida a todos los elementos esenciales del delito y que de la misma quepa inferir razonablemente los hechos y la participación del acusado en ellos. En cualquier caso, es doctrina consolidada de este Tribunal que no le corresponde revisar la valoración de las pruebas a través de las cuales el órgano judicial alcanza su íntima convicción, sustituyendo de tal forma a los Jueces y Tribunales ordinarios en la función exclusiva que les atribuye el art. 117.3 CE, sino únicamente controlar la razonabilidad del discurso que une la actividad probatoria y el relato fáctico que de ella resulta.

De modo que sólo podemos considerar insuficiente la conclusión probatoria a la que hayan llegado los órganos judiciales desde las exigencias del derecho a la presunción de inocencia si, a la vista de la motivación judicial de la valoración del conjunto de la prueba, cabe apreciar de un modo indubitado, desde una perspectiva objetiva y externa, que la versión judicial de los hechos es más improbable que probable. En tales casos, aun partiendo de las limitaciones ya señaladas al canon de enjuiciamiento de este Tribunal y de la posición privilegiada de que goza el órgano judicial para la valoración de las pruebas, no cabrá estimar como razonable, bien que el órgano judicial actuó con una convicción suficiente, más allá de toda duda razonable, bien la convicción en sí (STC. 300/2005 de 2.1, FJ. 5).

En definitiva, como esta Sala ha repetido de forma constante, en el ámbito del control casacional, cuando se denuncia la vulneración del derecho a la presunción de inocencia, se concreta, en la verificación de si la prueba de cargo en base a la cual el Tribunal sentenciador dictó sentencia condenatoria fue obtenida con respeto a las garantías inherentes del proceso debido, y por tanto:

1.- En primer lugar, **debe analizar el "juicio sobre la prueba"**, es decir, si existió prueba de cargo, entendiendo por tal aquélla que haya sido obtenida, con respeto al canon de legalidad constitucional exigible, y que además, haya sido introducida en el plenario de acuerdo con el canon de legalidad ordinaria y sometida a los principios que rigen de contradicción, inmediación, publicidad e igualdad.

2.- En segundo lugar, **se ha de verificar "el juicio sobre la suficiencia"**, es decir, si constatada la existencia de prueba de cargo, ésta es de tal consistencia que tiene virtualidad de provocar el decaimiento de la presunción de inocencia.

3.- En tercer lugar, **debemos verificar "el juicio sobre la motivación y su razonabilidad"**, es decir, si el Tribunal cumplió con el deber de motivación, o sea, si explicitó los razonamientos para justificar el efectivo decaimiento de la presunción de inocencia.

En cuanto al límite en esta función revisora en lo atinente a la prueba señalar que como establece la STS. 1507/2005 de 9.12:

" El único límite a esa función revisora lo constituye la inmediación en la percepción de la actividad probatoria, es decir, la percepción sensorial de la prueba practicada en el juicio oral .

1.- Lo que el testigo dice y que es oído por el tribunal.

2.- Cómo lo dice.

3.- Las circunstancias que rodean a la expresión de unos hechos.

Esa limitación es común a todos los órganos de revisión de la prueba, salvo que se reitere ante ellos la prueba de carácter personal, y a ella se refieren los arts. 741 y 717 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal.

a.- El primero cuando exige que **la actividad probatoria a valorar sea la practicada "en el juicio"**.

b.- El segundo cuando **exige una valoración racional de la prueba testifical**.

En definitiva, el ámbito del control casacional en relación a la presunción de inocencia se concreta en verificar si la motivación fáctica alcanza el estándar exigible y si, en consecuencia, la decisión alcanzada por el Tribunal



sentenciador, en sí misma considerada, es lógico, coherente y razonable, de acuerdo con las máximas de experiencia, reglas de la lógica y principios científicos, aunque puedan existir otras conclusiones porque no se trata de comparar conclusiones sino más limitadamente, si la decisión escogida por el Tribunal sentenciador soporta y mantiene la condena - SSTC 68/98, 85/99, 117/2000, 4 de Junio de 2001 o 28 de Enero de 1002, o de esta Sala 1171/2001, 6/2003, 220/2004, 711/2005, 866/2005, 476/2006, 528/2007 entre otras-.

Por ello, queda fuera, extramuros del ámbito casacional verificado el canon de cumplimiento de la motivación fáctica y la razonabilidad de sus conclusiones alcanzadas en la instancia, la posibilidad de que esta Sala pueda sustituir la valoración que hizo el Tribunal de instancia, ya que esa misión le corresponde a ese Tribunal en virtud del art. 741 LECriminal y de la inmediación de que dispuso, inmediación que no puede servir de coartada para eximir de la obligación de motivar.

En definitiva, en cuanto al ámbito del control en relación a las pruebas de cargo de carácter personal que han sido valoradas por el tribunal de instancia en virtud de la inmediación de que se dispuso -y de la que carece como es obvio esta Sala casacional- se puede decir con la STS. 90/2007 de 23.1, que aborda precisamente esta cuestión, que es lo cierto que reiterada jurisprudencia de esta Sala y del Tribunal Constitucional han declarado la naturaleza efectiva del recurso de casación penal en el doble aspecto del reexamen de la culpabilidad y pena impuesta por el Tribunal de instancia al condenado por la flexibilización y amplitud con que se está interpretando el recurso de casación desposeído de toda rigidez formalista y por la ampliación de su ámbito a través del cauce de la vulneración de derechos constitucionales, singularmente por vulneración del derecho a la presunción de inocencia que exige un reexamen de la prueba de cargo tenida en cuenta por el Tribunal sentenciador desde el triple aspecto de **verificar la existencia de prueba válida, prueba suficiente y prueba debidamente razonada y motivada**, todo ello en garantía de la efectividad de la interdicción de toda decisión arbitraria –art. 9-3º–, de la que esta Sala debe ser especialmente garante, lo que exige verificar la razonabilidad de la argumentación del Tribunal sentenciador a fin de que las conclusiones sean acordes a las máximas de experiencia, reglas de la lógica y principios científicos, pero ajustado a las limitaciones que ya se han expuesto.

Así, para resumir, se deben comprobar varias cuestiones que desgajamos en las siguientes:

- 1.- Si hay prueba en sentido material (prueba personal o real).
- 2.- Si estas pruebas son de contenido incriminatorio.
- 3.- Si la prueba ha sido constitucionalmente obtenida, esto es, si accedió lícitamente al juicio oral.
- 4.- Si ha sido practicada con regularidad procesal.
- 5.- Si es suficiente para enervar la presunción de inocencia; y finalmente.
- 6.- Si ha sido racionalmente valorada por el Tribunal sentenciador.

Las cinco primeras exigencias en orden a la obtención y práctica de la prueba deben ser tenidas en cuenta por el juez o tribunal penal para luego proceder este al juego de la valoración de la prueba consistente en la debida motivación de la sentencia, que es la sede en donde radica la función del juez para explicitar de forma razonada por qué opta por una determinada conclusión y cuál es la base probatoria sobre la que descansa esta elección. Además, en la resolución debe dejarse patente una suficiente motivación que evidencie que esta no es arbitraria o adoptada sin las exigencias de explicación suficiente acerca de por qué se llega a una determinada conclusión.

Además, como decimos, el privilegio de la inmediación veta a los órganos superiores, funcionalmente hablando, a revisar esta valoración de la prueba, como recuerda el TS al señalar que cuando en esta vía de casación se alega infracción de ese fundamental derecho, la función de esta Sala no puede consistir en realizar una nueva valoración de las pruebas practicadas a la presencia del juzgador de instancia, porque a éste sólo corresponde esa función valorativa (STS 28-12-2005).

Y dado que se alega que no ha habido "prueba de cargo" señalar que la doctrina apunta 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; 87/2001, de 2 de abril; 233/2005, de 26 de septiembre; 267/2005, de 24 de octubre; 8/2006, de 16 de enero; y 92/2006, de 27 de marzo).

En la misma dirección, la doctrina constitucional ha establecido que la presunción de inocencia opera, en el ámbito del proceso penal, como derecho del acusado a no sufrir una condena a menos que su culpabilidad haya quedado establecida, más allá de toda duda razonable, en virtud de pruebas que puedan considerarse de cargo y obtenidas con todas las garantías.

La presunción de inocencia comporta en el orden penal, al menos, las cuatro siguientes exigencias:



- 1.ª) La carga de la prueba sobre los hechos constitutivos de la pretensión penal corresponde exclusivamente a la acusación, sin que sea exigible a la defensa una probatio diabólica de los hechos negativos (STC 140/1991, de 20 de junio);
- 2.ª) solo puede entenderse como prueba la practicada en el juicio oral bajo la intermediación del órgano judicial decisor y con observancia de los principios de contradicción y publicidad;
- 3.ª) de dicha regla general solo pueden exceptuarse los supuestos de prueba preconstituida y anticipada, cuya reproducción en el juicio oral sea o se prevea imposible y siempre que se garantice el ejercicio del derecho de defensa y, especialmente, la posibilidad de contradicción (SSTC 82/1992, de 28 de mayo; y 138/1992, de 13 de octubre); y
- 4.ª) la valoración conjunta de la prueba practicada es una potestad exclusiva del juzgador, que éste ejerce libremente con la sola obligación de razonar el resultado de dicha valoración.

En los hechos probados se fija que:

"El acusado Eulogio , mayor de edad y sin antecedentes penales, propuso al ya condenado Gines , aprovechando que éste trabajaba como empleado en la gasolinera "FEROSLU" de Laguna del Duero (Valladolid) **que procediera a la copia de tarjetas de crédito y de débito con las que pagaban los clientes, con la finalidad de obtener los datos de las respectivas bandas magnéticas que eran almacenadas a través de un aparato denominado "skimmer"**, de modo que la tarjeta era devuelta al cliente sin despertar sospechas, pero los datos quedaban almacenados y permitían la fabricación de nuevas tarjetas enteramente falsas de las llamadas "clonadas" a las que se incorporaban los datos copiados, de modo que servían para pagar compras que se cargaban al titular de la tarjeta copiada. Así lo hizo Gines entre el 21 de marzo y el 5 de abril de 2009.

Todo ello se hacía con la finalidad de proceder (se desconoce si por el acusado o por otras personas no identificadas) a la posterior clonación de las tarjetas, conteniendo la tarjeta donada todos los datos de la banda magnética de la original, pero con los datos personales de la persona que la fuera a utilizar a fin de no levantar las sospechas del establecimiento en la que fuera a ser utilizada. Por ello, personas no identificadas, procedieron a incorporar los datos de las bandas magnéticas de las tarjetas, a otras tarjetas con apariencia comercial normal, para así poder darlas como medio de pago en establecimientos de comercio, tarjetas que al utilizarse producían los correspondientes cargos en las cuentas vinculadas a las tarjetas anteriormente clonadas.

Posteriormente, a lo largo del mes de abril de 2009, diversas personas (algunas no identificadas, y otras, entre las que sí estaba Eulogio) procedieron a utilizar las tarjetas clonadas, causando los perjuicios que a continuación se relacionan: (recogiéndose la relación de los causados).

Pues bien, señala el Tribunal que "El acusado Gines ha reconocido ser el autor material del hecho, es decir, de haber aprovechado la circunstancia de trabajar a comienzos del año 2009 como empleado en la gasolinera "FEROSLU" sita en Laguna del Duero (Valladolid) para proceder a copiar las bandas magnéticas de las tarjetas de crédito y de débito que los clientes le entregaban para pagar utilizando para ello un aparato que, según él ha manifestado, le dieron otras personas, con el que copiaba los datos de la banda magnética de las tarjetas, datos que luego este acusado (ya juzgado con anterioridad) almacenaba y entregaba a otros individuos para que pudieran clonarlas y utilizar fraudulentamente las tarjetas así clonadas para efectuar pagos con cargo a las cuentas de los titulares de la tarjetas originales", y que el ahora recurrente Eulogio ha sido inductor del citado delito.

Valoración de la prueba. Existencia de prueba de cargo.

En este sentido, en orden a llevar a cabo el proceso de valoración de la prueba que lleva a la convicción de su autoría apunta el Tribunal que:

"El acusado Gines cuando prestó declaración ante la Guardia Civil (folio 40), en presencia de su abogado, designado por el detenido, Don Pedro Antonio , explicó que la procedencia del TPV irregular fue porque se la ofrecieron un tal Abilio o Gonsalo a finales de noviembre o principios de diciembre de 2008. **Que también se la ofrecieron Eulogio** el que tiene la discoteca o bar Entrepuentes, que otro llamado Aureliano (el ya juzgado en esta causa Raúl) que estaba junto con Abilio , y el compadre de éste último que se llama Casiano o Ceferino , todos sudamericanos, aparentemente dominicanos, de color de piel similar a él o más oscura. Más adelante indica que era Abilio quien le pagaba los 50 euros de cada una de las tarjetas, y le entregaba y recogía la máquina.

Este acusado (ya juzgado) decidió colaborar con la investigación, como así explicó ante el Juez de Instrucción (folio 191 y 192) cuando prestó declaración, en la que además ratificó su declaración policial, y reiteró que su actuación había sido a instancia de las personas que indica en su declaración, y bajo amenazas de que le



podían hacer algo a su madre. Esta colaboración sirvió para que a él se le apreciara en su día la atenuante del art. 21.4 del Código Penal, de haber procedido el culpable, antes de conocer que el procedimiento judicial se dirigía contra él a confesar la infracción a las autoridades.

El acusado Gines , prestó declaración en el Juicio Oral, ya en calidad de testigo, y **en todo momento ha explicado que su actuación no fue una iniciativa suya sino que** fueron otras personas las que le obligaron a hacerlo; en sus declaraciones sumariales indicó que este acusado (Eulogio) al igual que Raúl (que también ha sido ya juzgado en esta causa, y se conformó), le dijeron que procediera a la clonación de las tarjetas, si bien trata de matizar lo que allí dijo y ahora dice que cuando este acusado le pido eso, no le hizo caso y solo lo hizo después cuando se lo dijeron Abilio y Casiano (personas que no han llegado a ser identificadas en la causa).

Esta Sala considera que tiene mayor verosimilitud la versión que dio inicialmente, cuando atribuyó a diversas personas (entre ellas al aquí acusado Eulogio) ser los que le obligaron a realizar la conducta que realizó, de proceder al copiado de las bandas magnéticas de las tarjetas, versión que ni siquiera ha sido propiamente desmentida en su testimonio en el Juicio Oral (aunque como decimos ahora intente matizarlo para evitarse problemas con los otros acusados, a los que ha reconocido en diversas manifestaciones que les tiene miedo).

Por lo tanto y como venimos diciendo, el acusado Gines no actuó de propia iniciativa, sino que fueron otras personas las que le dijeron que lo hiciera, le explicaron lo que tenía que hacer, y le dieron el aparato "skimmer" con el que realizarlo, y entre las personas que le dijeron que tenía que realizar estos hechos estaba el acusado Eulogio , accediendo finalmente Gines a ello, lo que convierte a Eulogio en inductor.

En el testimonio de Gines atribuyendo a Eulogio ser uno de los que le obligaron a cometer estos hechos no se aprecia que existan motivos espurios, pues con ese testimonio él no quedaba exento de responsabilidad criminal, y lo único que trataba era de que se hicieran responsables de los hechos los que realmente le habían obligado a hacerlo, aquellos que le habían explicado cómo tenía que hacerlo, e incluso en alguno de ellos, le habían dado el aparato que se precisaba para su ejecución.

Eulogio ha indicado que tuvo una pelea con Gines , argumento que también ha sido alegado por éste último en su declaración en el Juicio Oral, como forma de explicar que éste último pudiera tener algún tipo de animadversión al primero para implicarle en estos hechos, pero la realidad es que de tal versión de que hubiera una pelea entre ellos no existe más prueba que sus propias manifestaciones, y como puede comprobarse entre una y otra declaración, incurrieron en claras contradicciones, pues no se pusieron de acuerdo ni siquiera sobre el lugar en el que había tenido lugar el altercado (que si le había echado de su bar, que si había sido en la calle, en otro lugar), estimando esta Sala que tal argumentación no es cierta y solo obedece al intento de buscar una explicación de por qué Gines le ha implicado en estos hechos".

En orden a fijar las pruebas complementarias a esta declaración del ya condenado añade el Tribunal que:

"En nuestro caso el acusado aquí enjuiciado fue en parte autor material de los delitos de estafa que se cometieron, pues como hemos reflejado en el relato de Hechos Probados, éste acusado fue quien utilizó la tarjeta que copiaba a la genuina NUM003 , cuyo titular era Leopoldo en las siguientes ocasiones:

1.- El día 07/04/2009, **en el supermercado MAKRO efectuó dos compras por valor de 741,97 € y 63,39 €.**

En ese momento estaba acompañado de dos mujeres no identificadas, y una de ellas con la tarjeta correspondiente a la numerada NUM001 cuyo titular era Jeronimo procedió en el mismo establecimiento a realizar la compra de un ordenador portátil SONY VAIO por valor de 799,24 €.

De este hecho existe prueba pues se da la circunstancia de que **la testigo Candida , que ha explicado tanto en la Instrucción como en el Juicio Oral la forma como se produjeron los hechos, ha identificado al acusado Eulogio sin género de dudas** como el varón que iba acompañado de dos mujeres y que fue protagonista de estos hechos, dándose la circunstancia que indicó en el acto del Juicio Oral, de que lo conocía de vista porque era un cliente habitual, y que por eso **no dudó cuando lo reconoció fotográficamente.**

De lo que aparece en los folios 230 a 237, la tarjeta de MAKRO que fue utilizada es la de una persona llamada Bernabe . Como se desconoce a nombre de quién estaba la tarjeta clonada, es perfectamente posible que el acusado se hiciera pasar por esta otra persona, a la que el acusado Gines también le atribuyó en sus declaraciones tener responsabilidad en estos hechos, y que también fue imputada en este procedimiento, aunque finalmente no se siguiera el procedimiento contra él por la única circunstancia de que estaba en prisión en aquellos tiempos.

Es significativo que el acusado regenta un bar o discoteca llamada "Entrepuentes", y que precisamente la compra que él realizó fuera de bebidas alcohólicas (folios 233 y 235).



2.- De igual manera el día 11/04/2009, **en el establecimiento PC CITY**, sito en el Centro Comercial Equinoccio (Zaratán), el acusado Eulogio procedió a comprar un "Home Cinema" y una televisión marca SAMSUNG de 32" LE32A336 por un precio de 149€ y 468€, que abonó con la tarjeta antes citada, cuyo titular era Leopoldo .

El testigo Edmundo (folios 242, 460, 706) ha explicado que atendió en la tienda al acusado Eulogio , al que identifica sin género de dudas, prestándole la correspondiente atención comercial para la venta de los productos y el empaquetado de los mismos, y aunque luego no fue el empleado que le atendió personalmente en la caja, sí sabe que abonó mediante tarjeta de crédito su importe. A esta persona se le dio una factura de empresa (folio 244), identificándose como Enrique , nombre que como puede observarse coincide parcialmente con el del acusado. El testigo ratificó su testimonio en el Juicio Oral.

Decimos que el acusado fue autor material de los citados delitos de estafa, pero respecto **del resto de las estafas es también responsable, aunque en concepto de cooperador necesario.**

En la medida en que **indujo a Gines a cometer el delito continuado de falsificación de tarjetas de crédito y débito** , con su actuación se convirtió en **cooperador necesario de todos los delitos de estafa que luego se cometieran con el uso de las tarjetas clonadas**, pues con su actuación aportó un acto sin el cual no hubiese sido posible la utilización fraudulenta de las tarjetas clonadas, y él sabía que el único motivo por el que se procedía a la copia de las bandas magnéticas (conducta a la que él indujo a Gines) era para proceder a la clonación de las tarjetas, y para su posterior utilización fraudulenta, comprando productos y pagando gastos con cargo a la correspondiente tarjeta de crédito o débito verdadera, por lo que sí debe responder también de este delito.

Existe prueba sobrada en la causa de que el delito continuado de estafa sí se cometió.

Una vez que se comenzaron a producir las denuncias por los titulares de las tarjetas clonadas, la policía descubrió que **el "punto de conexión", el lugar común en el que todos los titulares de las tarjetas habían utilizado su respectiva tarjeta de crédito o débito, era en la gasolinera en la que trabajaba como empleado el acusado Gines** , y así lo han corroborado después los titulares de las tarjetas, explicando que efectivamente habían usado la tarjeta en dicha gasolinera.

El acusado Gines ha reconocido que fue él quien utilizó el aparato (el "skimmer"), con el que procedió a copiar los datos de las bandas magnéticas de las tarjetas, y que esta acción la ejecutó obligado, entre otros, por el aquí acusado Eulogio .

No se sabe quién o quiénes fueron los que procedieron a la posterior clonación de las tarjetas, pero lo que sí consta plenamente acreditado en la causa es la utilización fraudulenta que después se efectuó por terceras personas (algunas desconocidas y otras sí identificadas en la causa, entre las que, como hemos indicado, está el propio Eulogio) de las tarjetas clonadas, constandingo el quebranto económico que se fue produciendo en las cuentas corrientes de las que eran titulares los respectivos titulares reales de las tarjetas, quebranto del que en algunos casos se han hecho cargo las correspondientes entidades financieras, en los términos que hemos reflejado en el relato de hechos probados de esta resolución".

En consecuencia, el Tribunal, bajo el privilegio de su inmediación ha tenido en cuenta que el testigo de cargo, que fue quien recibió el encargo del recurrente de realizar el clonado de tarjetas, en el plenario manifestó que no hizo caso del recurrente, aunque sí de otros individuos no identificados. En este sentido, el Tribunal provincial se han inclinado por conceder verosimilitud a la versión que dio inicialmente, cuando atribuyó al recurrente ser una de las personas que le obligaron a llevar a cabo la copia de las bandas magnéticas.

Valor declaraciones sumariales

Señala el recurrente que dichas declaraciones del ya condenado en sede sumarial se practicaron sin la presencia del letrado del recurrente, antes incluso de la detención y puesta a disposición judicial del recurrente, que en aquellas fechas no ostentaba siquiera la figura de imputado o investigado. Y se alega, asimismo, que tampoco la defensa estuvo presente en el acto de la vista oral celebrado contra el acusado. Añade que ninguna de sus anteriores declaraciones pudieron ser sometidas a contradicción por la defensa del recurrente, salvo la que se realiza en el acto de la vista oral en la presente causa, única por tanto que cumple con todos los requisitos para dotarla de la suficiente validez y eficacia probatoria.

Deben tenerse en consideración diversas circunstancias que en este caso se refieren a:

- 1.- No presencia del letrado del recurrente en las declaraciones sumariales donde le incrimina por ser el inductor de los hechos que comete.
- 2.- Que no estuvo en el juicio oral donde al anterior se le condena.



Debemos tener presente que el Tribunal ha motivado debidamente la asunción de la declaración inculpatoria de reconocimiento de los hechos en sede sumarial y de implicación del recurrente en los hechos por lo que el testigo ya fue condenado, otorgando valor a esta declaración sumarial inculpativa en razón a la identidad del recurrente como la persona que la facilitó el sistema de clonado de tarjetas para realizar todo el operativo desplegado que se llevó a cabo. Esta declaración del testigo que implica al recurrente fue llevada a cabo con las garantías realizadas en sede judicial y a su presencia letrada, no siendo posible la presencia del letrado del recurrente, porque no estaba imputado todavía en esta causa, pero ello no priva de valor a esas declaraciones ante el juez si el Tribunal de enjuiciamiento puede valorar razones de temor a ratificar en el plenario esa identificación, pero considera válida y creíble la versión dada ante el juez en la fase sumarial con la condena posterior en su parte de responsabilidad por la necesaria colaboración en la facilitación en el clonado de las tarjetas. Por ello, la ausencia del letrado del recurrente en estas fases no puede conllevar la nulidad de estas declaraciones, o la imposibilidad de sus valoraciones por el juez, por cuanto esta imposibilidad solo procede cuando en el mismo procedimiento la defensa de uno de los acusados no ha estado en estas declaraciones y no ha podido ejercerse la debida contradicción que garantice su derecho de defensa, pero no cuando esta presencia deviene imposible por no estar personado en la causa en la que reconoció los hechos Gines e implicó en los mismos al ahora recurrente.

Sobre este tema hay que destacar la importante sentencia de esta Sala del Tribunal Supremo 1031/2013 de 12 Dic. 2013, Rec. 10596/2013, que destaca que:

"Es verdad que el derecho del acusado a interrogar a los testigos de cargo está consagrado por el Convenido Europeo de Derechos Humanos e implícitamente por el derecho a un proceso con todas las garantías (art. 24 CE). Forma parte esencial del principio de contradicción que enlaza con el derecho de defensa. Pero ese principio admite modulaciones y ponderación en función de las circunstancias.

Los párrafos 3 d) y 1 del artículo 6 del CEDH han sido objeto de una abundante jurisprudencia del TEDH conforme a la cual "los derechos de defensa se restringen de forma incompatible con las garantías del artículo 6 cuando una condena, se funda exclusivamente en declaraciones hechas por una persona que el acusado no ha podido interrogar ni en la fase de instrucción ni en la fase de Plenario" (STEDH de 27 de febrero de 2001: caso Lucá contra Italia).

Ahora bien, eso no es una doctrina pétrea, impermeable a matizaciones que, como se verá, ha efectuado el propio TEDH.

El debate se focaliza en un punto: dilucidar si la fórmula subrogada de práctica de prueba contemplada en el artículo 730 LECrim que propicia la introducción en el plenario de las declaraciones testificales producidas en la fase previa habilita para su valoración ulterior junto al resto del cuadro probatorio.

Según el TEDH basta con haber tenido la posibilidad de interrogar. No es exigible un interrogatorio efectivo.

*La argumentación del Fiscal para impugnar el motivo pivota, de una parte, sobre ese eje: resalta la **posibilidad que tuvo y desaprovechó la defensa de haber reclamado una nueva declaración de la testigo durante la fase de instrucción una vez personada. Cuando declaró judicialmente no estaba imputado por lo que era imposible su citación. Y no cabe achacar al órgano judicial deficiencia en la gestión del procedimiento: nada hacía prever que la testigo no estaría localizable llegado el momento del juicio oral. No había base para activar el mecanismo de preconstitución probatoria con plena contradicción.***

... El principio de contradicción se respeta, no sólo cuando el demandante goza de la posibilidad de intervenir en el interrogatorio de quien declara en su contra, sino también cuando tal efectiva intervención no llega a tener lugar por motivos o circunstancias que no se deben a una actuación judicial constitucionalmente censurable" (SSTC 80/2003 , 187/2003 , 134/2010).

Ese criterio es básico. Analicemos desde ahí el argumento del Fiscal. Caben idealmente tres situaciones:

a) Que la falta de contradicción traiga como causa una conducta desidiosa o negligente o imputable a la parte (estaba en rebeldía; no formuló pregunta alguna; incompareció cuando había sido citada; no asistió a la prueba anticipada).

b) La ausencia de una posibilidad de interrogar al testigo de cargo es fruto de una deficiente gestión procesal achacable al órgano judicial (no se preconstituyó la prueba pese a que las circunstancias invitaban a ello; se omitió la citación de la defensa debidamente personada...).

c) Casos en que esa situación no es achacable ni a las partes ni a los agentes estatales (el sumario estaba declarado secreto; falleció el testigo inesperadamente; no se había averiguado todavía la identidad del imputado; estaba ilocalizado). Aquí encajaría el supuesto que se ventila ahora.



El canon empleado por el TC para determinar cuándo un testimonio prestado sin contradicción puede ser prueba de cargo no es el de la atribución al propio imputado de la falta de contradicción, sino el de no atribución al órgano judicial, criterio más holgado y que acogerá más supuestos de prueba de cargo sin contradicción total, pero valorable; por ejemplo, cuando la declaración tiene lugar sin la presencia del acusado y su defensa por hallarse la causa bajo secreto de sumario, o **cuando se efectúa en una fase procesal en la que el sujeto a quien apunta la incriminación aún no ha adquirido la condición de imputado**. En tales casos, **la ausencia de contradicción del testimonio prestado en instrucción no es imputable a la negligencia del órgano judicial, sino a factores inevitables e imprevisibles o instituciones inherentes al sistema procesal**. Por tal razón, el TC entiende que una condena basada en tales testimonios no vulnera el derecho a un proceso equitativo.

La compatibilidad del mecanismo del art. 730 LECrim con las exigencias derivadas del derecho a un proceso con todas las garantías y en particular, con el derecho del acusado a interrogar por sí o por representante a los testigos de cargo está también fuera de dudas en la jurisprudencia constitucional. Será necesario que concurren unos requisitos adicionales (SSTC 148/2005 , 12/2002 209/2001), a saber, i) que la diligencia sea intervenida por la autoridad judicial (SSTC 12/2002 , 187/2003 , 1/2006); lo que aquí no supone problema alguno; ii) cuando sea factible, que se haya dado oportunidad efectiva a la defensa del inculcado a participar activamente en la práctica de la diligencia sumarial; y iii) que se hayan realizado los esfuerzos razonables conducentes a conseguir la presencia en el plenario del testigo.

El punto decisivo aquí es aclarar si la necesidad de que haya existido al menos una oportunidad de interrogar al testigo de cargo es un requisito sine qua non o por el contrario es una condición que en caso de imposibilidad puede ser sustituida por fórmulas menos eficaces de contradicción permitiendo la valoración del testimonio así introducido, aunque sopesando esa limitación. Es decir, si estamos ante una regla taxativa, un mandato imperativo sin excepciones; o ante un principio ponderable con otros, es decir un mandato de optimización.

En los casos antes enumerados como achacables a la defensa, el criterio es la valorabilidad como regla general. Cuando las razones, de la falta de contradicción hay que buscarlas en deficiencias de los órganos estatales, se invierte la regla. La zona dudosa es la tercera, la enunciada como c).

En el caso de que la imposibilidad sobrevenga por el fallecimiento del testigo, se admite su valorabilidad.

Más controvertidos son los supuestos de incomparecencia por falta de localización que se mueven en un territorio de penumbra.

La jurisprudencia no ha sido lineal. La más reciente considera que **no estamos necesariamente ante un caso de inutilizabilidad radical. No es un supuesto de invalidez probatoria**. Habrá que ponderar todas las circunstancias y entre ellas esa limitación de la contradicción para valorar tal prueba sumarial introducida en el juicio oral a través de su lectura o la comparecencia de quienes oyeron esa declaración. No está vedada tajantemente la posibilidad de aprovechamiento probatorio. El derecho de contradicción puede satisfacerse de forma suficiente in casu mediante el interrogatorio defensivo a otros testigos sobre los elementos informativos trasladados por el testigo no comparecido. Será un problema de fiabilidad o credibilidad que habrá que solventar teniendo en cuenta que esa declaración se hizo al margen de la contradicción y por tanto que estará precisada de más elementos corroboradores (tesis que es la que a grandes rasgos viene a sostener aquí el Fiscal, recogiendo un nutrido ramillete de resoluciones judiciales), o habrá de limitarse a ser ella misma elemento corroborador que por sí solo no bastaría para la condena (tesis por la que se ha inclinado la Audiencia Provincial). Pero no es correcto negar a priori todo valor a esa declaración como pretende el recurrente.

No rige aquí una regla de inutilización probatoria. En ocasiones alguna jurisprudencia ha insinuado una tímida regla de ese tenor derivada de la falta de contradicción en la fuente productora. En esa línea discurriría aparentemente la STC 1/2006 : aunque se insiste en que la contradicción es un elemento contingente cuya efectiva realización debe valorarse circunstancialmente, lo cierto es que en el caso excluye la fuerza incriminadora del testigo pues de utilizarse se afectaría el derecho defensa del acusado. También las SSTC 187/2003 , 80/2003 y 209/2001 inciden en ese tema aunque en todos esos casos la efectiva indefensión se anudaba a incorrectas actuaciones de la autoridad judicial en el manejo del procedimiento. En el último supuesto, la prueba de cargo, dada la imposibilidad de utilizar la información testifical directa por falta de condiciones contradictorias, se fundó sobre las informaciones referenciales: los policías que escucharon las manifestaciones de los testigos extranjeros reconociendo a los detenidos como autores del robo.

El Tribunal Europeo de Derechos Humanos es punto de referencia inevitable. Enfatiza siempre al derecho a interrogar a los testigos de cargo consagrado con la categoría de derecho procesal autónomo en los artículos. 6.1 y 6.3. d) CEDH , pero simultáneamente y en especial en recientes pronunciamientos no eleva a la ausencia de esa más que deseable posibilidad de contradicción a la categoría de radical invalidez.



La utilización como prueba de las declaraciones obtenidas en la fase de investigación policial y/o judicial no es en sí misma incompatible con los apartados 1 y 3. d) del art. 6 CEDH, siempre que se respeten los derechos de la defensa -Caso Kostovski c/Holanda, de 20 de noviembre de 1989; caso Asch c/ Austria de 26 de abril de 1999-. El acusado ha de tener una oportunidad adecuada y concreta de impugnar e interrogar a un testigo que declare en su contra, bien en el momento de prestar declaración bien en una fase posterior del procedimiento.

El Tribunal flexibiliza el modo en el que debe realizarse la contradicción en la producción de la fuente de prueba. Es suficiente que pueda detectarse un marco potencial de producción contradictoria, no necesariamente jurisdiccionalizado -Caso S.N c/Suecia, de 2 de julio de 2002; caso Bocos-Cuesta c/ Holanda, STEDH de 10 de noviembre de 2005; caso P.S c/Alemania, STEDH de 20 de diciembre de 2001; o caso A.M c/ Italia, STEDH de 14 de diciembre de 1999-.

Nuestro Tribunal Constitucional en ese punto parece ser más exigente. No bastará en esos casos la lectura de la declaración policial. Será imprescindible la comparecencia en el juicio de quienes oyeron tal declaración. Hace falta jurisdiccionalidad, al menos del testimonio de referencia.

El art. 6 del Convenio, siempre según el TEDH, no concede al acusado un derecho ilimitado a que se le garantice la presencia de testigos ante el Tribunal. Corresponde a los Tribunales nacionales decidir si es necesario o conveniente escuchar a un testigo -Caso Isgró c/ Italia, STEDH de 19 febrero 1991, apdo. 34; caso Lüdi c/Suiza, SETDH de 15 junio 1992-. La solución no puede ser igual si fallaron las partes (tuvieron posibilidad de contradicción pero no la aprovecharon) que si fallaron los agentes estatales, o, por fin, si no cabe dirigir reproche a nadie.

En consecuencia, **no puede hablarse de inutilizabilidad de una prueba llevada a cabo con todas las garantías "al momento de practicarse" la prueba y teniendo en cuenta las circunstancias que en ese momento concurrían**, pudiendo en estos casos volver a interesar la parte ya imputada la nueva declaración sumarial al estar ya presente en el procedimiento, pero no atacándose de nulidad una prueba practicada con todas las garantías.

En el momento de la declaración de Gines éste fue asistido de letrado, de ahí su "recuperabilidad", ya que no puede achacarse al órgano judicial conducta contraria al ordenamiento jurídico. Otra cuestión es que esta declaración sumarial sea corroborada por otras, como en este caso ocurre, pero no puede hablarse en modo alguno de *inutilizabilidad* de la declaración sumarial cuando el imputado posterior no lo era al momento de esa declaración, la cual se llevó a la práctica con las debidas garantías "en ese momento procesal".

La respuesta del Tribunal Constitucional a tales casos considera que la garantía de contradicción se respeta siempre que su ausencia no sea imputable a una negligencia del órgano judicial, todos aquellos supuestos en los que la imposibilidad de interrogar al coimputado se deban a otras causas podrán dar lugar a una condena sin merma del derecho a la presunción de inocencia.

En este caso, la declaración de Gines se produce en un contexto en el que éste intervino en los hechos como autor, también, y fue condenado por ello, pero su participación en el juicio donde no es juzgado, al haberlo sido ya, lo es en calidad de testigo, pero no puede desgajarse su condición de imputado que lo fue ya en su momento y que en este caso también debe tener esa consideración al aceptarse su declaración inculpativa en sede sumarial.

Por otro lado, especifica la STC 80/2003 que en cuanto al uso de ese material lo decisivo es "que las declaraciones sumariales que se consideran sean sometidas a confrontación y puedan ser contradichas por las partes, lo que tiene lugar tanto si se leen expresamente como si a través de las preguntas formuladas se pone en evidencia y se debate su contenido", que es lo que en este caso ocurrió.

Valor declaración coimputado

Sobre la declaración del coimputado hay que destacar que esta Sala del Tribunal Supremo, Sala Segunda, de lo Penal, **Sentencia 241/2019 de 9 May. 2019**, Rec. 10455/2018 ha señalado que:

"Valoración de la declaración del coimputado en el proceso penal

Hay que recordar que esta Sala del Tribunal Supremo (entre otras, **Sentencia 472/2016 de 1 Jun. 2016, Rec. 1245/2015**) ha afirmado igualmente de manera reiterada que "las declaraciones de coimputados son pruebas de cargo válidas para enervar la presunción de inocencia, pues se trata de declaraciones prestadas por quienes han tenido un conocimiento extraprocesal de los hechos imputados, sin que su participación en ellos suponga necesariamente la invalidez de su testimonio, aunque sea un dato a valorar al determinar su credibilidad (SSTS 1290/2009 de 23 de diciembre; 84/2010 de 18 de febrero; 60/2012 de 8 de febrero; 129/2014 de 26 de febrero o 622/2015 de 23 de octubre).



Hemos llamado la atención acerca de la especial cautela que debe presidir la valoración de tales declaraciones a causa de la posición que el coimputado ocupa en el proceso, en el que no comparece como testigo, obligado como tal a decir la verdad y conminado con la pena correspondiente al delito de falso testimonio, sino como acusado y por ello asistido de los derechos a no declarar en su contra y a no reconocerse como culpable, por lo cual no está obligado legalmente a declarar, pudiendo callar total o parcialmente. Precisamente en atención a esas reticencias se ha afirmado que la declaración inculpativa del coimputado carece de consistencia plena como prueba de cargo cuando, siendo única, no resulta mínimamente corroborada. Es la existencia de alguna corroboración lo que permite proceder a la valoración de esa declaración como prueba de cargo.

En definitiva, nos encontramos ante una prueba peculiar que exige un plus: unas condiciones externas, verificables desde fuera, más allá de que el proceso racional por el que un Tribunal llega a conferirles credibilidad esté fuertemente asentado y sea convincente.

En orden a superar las reticencias que derivan de la especial posición del coimputado, esta Sala ha establecido una serie de pautas de valoración que se mueven en cánones paralelos a los elaborados para las declaraciones de la víctima, aunque, en palabras, entre otras, de la STS 513/2015, de 9 de septiembre, en este caso suponen algo más que simples orientaciones. Entre ellas y de manera especial la existencia de motivaciones espurias, lo que enlaza con las ventajas derivadas de la heteroimputación.

Como recuerda la STS 145/2015, de 8 de mayo, existe toda una tradición doctrinal que contempla con recelo el otorgamiento de beneficios por la delación. Ahora bien, no es extraña a esa política nuestra legislación: admitida por la ley esa mecánica, el intérprete no puede sustraerse a ella por la vía indirecta del ámbito procesal. Varios artículos del Código Penal de los que el 376 es un paradigma, así como la interpretación jurisprudencial de la atenuante analógica en relación con la confesión, acreditan que en nuestro derecho está admitida e incluso alentada en algunas parcelas esa forma de acreditamiento.

El hecho de que se deriven beneficios de la delación ha de ser sopesado, pero no lleva ineludiblemente a negar valor probatorio a la declaración del coimputado. El Tribunal Constitucional ha afirmado que el testimonio obtenido mediante promesa de reducción de pena no comporta una desnaturalización que suponga en sí misma la lesión de derecho fundamental alguno. Igualmente ha expresado que la búsqueda de un trato de favor no excluye el valor de la declaración del coimputado, aunque en esos casos exista una mayor obligación de graduar la credibilidad (por todas STS 279/2000, de 3 de marzo). La Decisión de inadmisión del TEDH de 25 de mayo de 2004, recaída en el asunto CORNEILS v. Holanda abunda en esas ideas.

En la STC 233/2002, de 9 de diciembre, se reitera el criterio de que la exigencia de corroboración se concreta en dos ideas:

- 1.- Que la corroboración no ha de ser plena, ya que ello exigiría entrar a valorar la prueba, posibilidad que está vedada tanto al Tribunal Constitucional como a esta propia Sala Casacional, sino mínima; y
- 2.- Que no cabe establecer qué ha de entenderse por corroboración en términos generales, más allá de la idea obvia de que la veracidad objetiva de la declaración del coimputado ha de estar avalada por algún hecho, dato o circunstancia externa, debiendo dejar al análisis caso por caso la determinación de si dicha mínima corroboración se ha producido o no.

Resume dicha resolución la doctrina consolidada del Tribunal Constitucional sobre esta materia, señalando que los rasgos que la definen son:

- a) la declaración inculpativa de un coimputado es prueba legítima desde la perspectiva constitucional;
- b) la declaración inculpativa de un coimputado es prueba insuficiente y no constituye por sí misma actividad probatoria de cargo mínima para enervar la presunción de inocencia;
- c) la aptitud como prueba de cargo mínima de la declaración inculpativa de un imputado se adquiere a partir de que su contenido quede mínimamente corroborado;
- d) se considera corroboración mínima la existencia de hechos, datos o circunstancias externas que avalen de manera genérica la veracidad de la declaración; y
- e) la valoración de la existencia de corroboración mínima ha de realizarse caso por caso.

Destaca en este punto la doctrina que se considera que existe corroboración objetiva cuando junto a las declaraciones de los coimputados existe un conjunto de hechos o indicios convergentes externos o periféricos de los que el Tribunal sentenciador extrae la conclusión de que tales declaraciones correspondían a la verdad (Sentencias del TC 68/2001 y 69/2001, ambas de 17 de marzo), es decir, que doten de verosimilitud bastante dicha declaración para hacer razonable su prudencial valoración. Y una vez comprobados estos factores, debe



examinarse, desde el punto de vista subjetivo, la ausencia de elementos de incredibilidad en el coimputado-declarante.

Tales elementos son los siguientes:

a) La personalidad del delincuente delator, entendiéndose la doctrina, que como de lo que se trata es de determinar la credibilidad de una declaración, las características de la personalidad del coimputado, sirven para elaborar una imagen de quien declara: rasgos de su carácter, patologías psíquicas, antecedentes penales, habitualidad delictiva, edad, formación, propensión a la delincuencia, etc.; convirtiéndose en un factor que apoya la credibilidad de las manifestaciones el hecho de que el coimputado haya tenido, hasta el momento de comisión del delito, una buena conducta personal y profesional (ejemplo citado en la Sentencia del Tribunal Supremo de 21 de marzo de 1988).

b) Relaciones que, precedentemente, mantuviese el delator con el coacusado al que incrimina, que pueden ser de carácter contractual, financiero u obligacional, ya que estas relaciones de amistad, enemistad, parentesco, obediencia o relación profesional, como sintetiza Flores Prada, pueden motivar reacciones opuestas como la exculpación o la inculpación, y de ellas pueden deducirse "datos de interés que arrojen cierta luz sobre la motivación que debe ser apreciable en el sentido de la declaración".

c) Declaraciones precisas, claras y contundentes, de modo que una descripción minuciosa de los hechos, la coherencia con otros datos que arrojen las actuaciones y el mantenimiento de una misma línea de manifestaciones desde la instrucción hasta el Juicio Oral, son elementos que conducen al Tribunal de instancia a valorar, de un modo positivo, la credibilidad de la declaración inculpativa (Sentencias del Tribunal Supremo de 21 de mayo de 1986, 14 de mayo de 1993, 24 de septiembre, 19 de octubre y 7 de diciembre de 1996).

d) El examen riguroso de la existencia de móviles turbios o inconfesables, que, impulsando la acusación de un inocente, pudieran tildar el testimonio como de falso o espurio o, al menos, restarle credibilidad, tales como el odio personal, la venganza, obediencia a terceras personas, sobornos, resentimientos, animadversión, etc. (Sentencias del Tribunal Supremo de 14 de mayo y 30 de septiembre de 1993). Se trata, en definitiva, de juicios de intención, que deben ser valorados por el Tribunal sentenciador que tuvo la inmediatez de juzgar de forma extremadamente cuidadosa, pudiendo ser inferidos de la conducta del coimputado mediante el contraste de los diferentes datos que obren en la causa. Pero lo decisivo para considerar o no esa credibilidad es que no aparezcan en las actuaciones extremos, datos o circunstancias que lleven a la conclusión de que dichos móviles existen, siendo el encargado de valorarlos el Tribunal Sentenciador (Sentencia del Tribunal Supremo de 24 de octubre de 1997).

e) Y el ánimo de buscar la propia exculpación, que no debe conducir a una pérdida de credibilidad por sí de la declaración inculpativa del coimputado, configurándose éste como un dato más para valorar la credibilidad de ese testimonio. Si bien no existen apenas dudas de la veracidad de las manifestaciones del coimputado cuando él mismo asume su participación en los hechos al mismo tiempo que incrimina a los demás partícipes (Sentencias del Tribunal Supremo de 25 de octubre de 1993, 3 de abril de 1995, 24 de septiembre de 1996 y 23 de enero de 2002), éstas sí pueden plantearse cuando inculpa al coacusado mientras el delator se exculpa, debiendo entonces, en este último caso, acudir a otras pruebas que obren en las actuaciones para confirmar o negar la culpabilidad de los acusados".

Dentro de este ámbito valorativo destaca, de igual modo, la doctrina que en los delitos con concierto o participación de varias personas resulta fundamental saber si el acusado trata con su declaración de eludir su responsabilidad. Por ello, tras este examen judicial, se otorga un gran valor a la declaración del coacusado que no pretende autoexculparse, sino que reconoce su culpa.

Consideración de testigo del condenado en otro juicio por los mismos hechos cuando declara en otro

Hemos señalado en sentencia del Tribunal Supremo 274/2009 de 18 Mar. 2009, Rec. 1583/2008 que "Esta Sala, para un caso como el presente, no mantiene tal doctrina sobre el status de coimputado del compareciente en juicio, y solo de forma contradictoria la mantuvo en el pasado.

En efecto, sentencias como, por ejemplo, la STS nº 1332/2004 de 11 de noviembre, y la STS 1007/2007 de 23 de noviembre, siguiendo la consulta de la Fiscalía General del Estado de 14 de abril de 2000, concluyen que: "el condenado que sea citado a prestar declaración en el juicio ulterior para los restantes acusados conserva los derechos que tuvo en la declaración que prestó en el juicio celebrado entonces para él...".

En cambio, sentencias como la STS 1079/2000, de 19 de julio; STS 1268/2000, de 30 de octubre; STS 68/2003 de 26 de febrero, o STS 1338/2003 de 15 de octubre, sostienen que: " **cuando ya se ha abandonado la posición de imputado para ser sustituida por la de ejecutoriamente condenado, la declaración no puede**



producirse bajo las prevenciones del art. 118 LECr , pues se declara sobre hechos que ya no le pueden afectar penalmente, por lo cual la única forma posible de comparecer es en calidad de testigo...".

Ante ello, y con objeto de salir al paso de tales criterios contradictorios, logrando su unificación, esta Sala II, en el Pleno no jurisdiccional de 16-12-08, declaró que: "La persona que ha sido juzgada por unos hechos y con posterioridad acude al juicio de otro imputado para declarar sobre esos mismos hechos, declara en el plenario como testigo y, por tanto, su testimonio debe ser valorado en términos racionales para determinar su credibilidad".

Con ello cabrá entender que **la valoración del testimonio del compareciente en las condiciones dichas quedará sujeta a las reglas generales, más allá de la exigencia impuesta respecto a la irrenunciable existencia de elementos de corroboración**, sin perjuicio del requerimiento de prueba lícita, suficiente y racionalmente valorada, que ha de estar presente en todo caso, en la actividad que corresponde efectuar al juzgador de acuerdo con el art. 741 LECr. La reciente STS nº 7/2009, de 7 de enero, se hace eco de tales criterios".

Existe, pues, corroboración objetiva de la declaración de Elpidio según ha expuesto el Tribunal al valorar la suficiencia de la prueba practicada, por cuanto en tanto en cuanto el recurrente fue autor directo de los hechos, aunque el recurrente pretenda obviarlo, es cierto y verdad que fue reconocido en los establecimientos donde llevó a cabo las compras, por lo que no se trata solo de una valoración aislada de una declaración sumarial, sino que esta se ajusta al proceder del recurrente en cuanto al uso de las tarjetas clonadas en establecimientos comerciales, como él hizo también.

Con ello, debe admitirse que no existía ánimo alguno de venganza contra el recurrente, ya que las alegaciones al respecto de posibles móviles se desvanecen en tanto en cuanto el testigo ya fue condenado, y, en su caso, lo que podría pretender es sus matices en el plenario para beneficiar al recurrente, arrepintiéndose de sus declaraciones iniciales inculpativas, que fueron realizadas con todas las garantías en ese momento procesal, no pudiendo predicarse la merma del derecho de defensa cuando en ese instante su presencia ni era posible, no existiendo defecto o error del órgano judicial.

En cuanto a su valoración por el Tribunal recordemos que se recoge que: "El acusado Gines , prestó declaración en el Juicio Oral, ya en calidad de testigo, y en todo momento ha explicado que su actuación no fue una iniciativa suya sino que fueron otras personas las que le obligaron a hacerlo; en sus declaraciones sumariales indicó que este acusado (Eulogio) al igual que Raúl (que también ha sido ya juzgado en esta causa, y se conformó), le dijeron que procediera a la clonación de las tarjetas, si bien trata de matizar lo que allí dijo y ahora dice que cuando este acusado le pido eso, no le hizo caso y solo lo hizo después cuando se lo dijeron Abilio y Casiano (personas que no han llegado a ser identificadas en la causa)".

Corroboración de las declaraciones sumariales de Gines

Apunta el Tribunal que " Gines ha reconocido que fue él quien utilizó el aparato (el "skimmer"), con el que procedió a copiar los datos de las bandas magnéticas de las tarjetas, y que esta acción la ejecutó obligado, entre otros, por el aquí acusado Eulogio".

Ello se corrobora por:

- 1.- Es por ello, por lo que las declaraciones de Gines y de Raúl respecto al operativo diseñado en la obtención de datos para la clonación de tarjetas son coincidentes.
- 2.- Señala el Tribunal que "una vez que se comenzaron a producir las denuncias por los titulares de las tarjetas clonadas, la policía descubrió que el "punto de conexión", el lugar común en el que todos los titulares de las tarjetas habían utilizado su respectiva tarjeta de crédito o débito, era en la gasolinera en la que trabajaba como empleado el acusado Gines .
- 3.- Este extremo lo han **corroborado después los titulares de las tarjetas**, explicando que efectivamente habían usado la tarjeta en dicha gasolinera.
- 4.- El recurrente ha sido detectado con tarjetas clonadas operando en establecimientos comerciales que se citan y ha sido reconocido por las personas que estaban en el establecimiento.
- 5.- Existe una relación acreditada de operaciones realizadas con tarjetas clonadas cuyo punto de conexión está en la gasolinera donde trabajaba Gines .

Pues bien, esta Sala ha señalado en **sentencia del Tribunal Supremo, 843/2017 de 21 Dic. 2017, Rec. 10399/2017** que:

"Cuando el coimputado ya condenado comparece como testigo en el juicio posterior contra los otros acusados, la jurisprudencia ha considerado que su posición procesal es la de testigo, con las obligaciones propias de



este estatus, como son el deber de comparecer al llamamiento judicial y la obligación de declarar, y en cuanto a la valoración de su declaración, esta Sala en el Pleno no jurisdiccional de 16 de diciembre de 2008, acordó en relación a la validez de declaración de coimputado juzgado con anterioridad que acude al juicio de otro acusado que "la persona que ha sido juzgada por unos hechos y con posterioridad acude al juicio de otro imputado para declarar sobre esos mismos hechos, declara en el plenario como testigo y, por tanto, su testimonio debe ser valorado en términos racionales para determinar su credibilidad".

No obstante, esa racionalidad suele requerir que tal declaración, sea tamizada por las cautelas exigidas para admitir la suficiencia del testimonio del coimputado como prueba de cargo; pues más allá de la mera atribución nominalista de testigo o coimputado, lo determinante es como perdura y le afecta su relación con el objeto del proceso; y de ahí que convenga recordar dichos requerimientos.

Como expresa la STS 675/2017, de 16 de octubre con abundante cita de la jurisprudencia constitucional y de esta propia Sala Segunda, las declaraciones de coimputados son pruebas de cargo válidas para enervar la presunción de inocencia, pues se trata de declaraciones emitidas por quienes han tenido un conocimiento extraprocesal de los hechos imputados, sin que su participación en ellos suponga necesariamente la invalidez de su testimonio.

Sin embargo, hemos llamado la atención acerca de la especial cautela que debe presidir la valoración de tales declaraciones a causa de la posición que el coimputado ocupa en el proceso, en el que no comparece en calidad de testigo, obligado como tal a decir la verdad y conminado con la pena correspondiente al delito de falso testimonio, sino que lo hace como acusado, por lo que está asistido del derecho a no declarar en su contra y no reconocerse culpable y exento en cuanto tal de cualquier tipo de responsabilidad que pueda derivarse de un relato mendaz. Superar las reticencias que se derivan de esta posición procesal exige de unas pautas de valoración de la credibilidad de su testimonio particularmente rigurosas, que se han centrado en la comprobación de inexistencia de motivos espurios que pudieran privar de credibilidad a tales declaraciones y la concurrencia de otros elementos probatorios que permitan corroborar mínimamente la versión que así se sostiene (STC 115/98, 118/2004, de 12 de julio o 190/2003, de 27 de octubre).

En todo caso, nuestra Jurisprudencia ha ido otorgando un valor creciente a las pautas objetivas de valoración de la credibilidad de la declaración del coimputado, expresando (SSTS 763/2013, de 14 de octubre; 679/2013, de 25 de septiembre; 558/2013, de 1 de julio; 248/2012, de 12 de abril o 1168/2010, de 28 de diciembre, entre muchas otras) que la operatividad de la declaración del coimputado como prueba de cargo hábil para desvirtuar la presunción de inocencia -cuando sea prueba única- podía concretarse en las siguientes reglas:

- a) La declaración inculpativa de un coimputado es prueba legítima desde la perspectiva constitucional.
- b) La declaración inculpativa de un coimputado es prueba insuficiente, como prueba única, y no constituye por sí sola actividad probatoria de cargo bastante para enervar la presunción de inocencia.
- c) La aptitud como prueba de cargo suficiente de la declaración de un coimputado se adquiere a partir de que su contenido quede mínimamente corroborado.
- d) Se considera corroboración mínima la existencia de hechos, datos o circunstancias externos que avalen de manera genérica la veracidad de la declaración y la intervención en el hecho concernido.
- e) La valoración de la existencia de corroboración del hecho concreto ha de realizarse caso por caso.
- f) La declaración de un coimputado no se corrobora suficientemente con la de otro coimputado".

Además, señalamos en la **sentencia de esta Sala del Tribunal Supremo, 498/2015 de 23 Jul. 2015**, Rec. 469/2015 que:

"El Tribunal Constitucional argumenta en el sentido de que "la exigencia de que la declaración inculpativa del coimputado cuente con un elemento externo de corroboración mínima no implica la existencia de una prueba directa o indiciaria sobre la participación del condenado en los hechos que se le imputan, sino, más limitadamente, **una prueba sobre la veracidad objetiva de la declaración del coimputado respecto de la concreta participación del condenado, y, en segundo lugar, que son los órganos judiciales los que gozan de inmediatez y de un contacto directo con los medios de prueba**" (SSTC 56/2009 y 57/2009, de 9 de marzo). Y en la misma dirección se matiza que "la corroboración externa mínima y suficiente que, como exigencia constitucional para completar el carácter inculpativo de las declaraciones de coimputados, venimos exigiendo, no constituye una prueba, pues, en otro caso, bastaría ésta sin necesidad de las declaraciones referidas; la corroboración es una confirmación de otra prueba, que es la que por sí sola no podría servir para la destrucción de la presunción de inocencia, pero que con dicha corroboración adquiere fuerza para fundar la condena" (SSTC 198/2006, de 3 de julio; y 258/2006, de 11 de septiembre).



Por último, el supremo intérprete de la Constitución afirma asimismo de forma reiterada que "la existencia de una **coincidencia entre lo declarado por un coimputado y las circunstancias del condenado atinentes a su conducta delictiva, "configuran una realidad externa e independiente a la propia declaración del coimputado que la avalan"** (así, SSTC 233/2002, de 9 de diciembre; 91/2008, de 21 de julio; y 56/2009 y 57/2009, de 9 de marzo)".

Hemos comprobado que existe corroboración de su declaración, y coherencia en el proceso discursivo de lo que contó ante el juez instructor ratificando su declaración policial en cuanto ese contenido coincide exactamente con la investigación policial que relaciona todo el marco operativo de las tarjetas clonadas con personas que habían acudido al lugar donde trabajaba Gines , con lo que su declaración es coincidente con lo que había ocurrido, y con que el recurrente fuera detectado con las tarjetas clonadas que utilizó.

Por otro lado, como destaca esta Sala en **sentencia del Tribunal Supremo 249/2008 de 20 May. 2008**, Rec. 10983/2007 :

"Esta Sala ya ha tenido ocasión de pronunciarse acerca de la validez incriminatoria de las declaraciones prestadas en fase de instrucción judicial que luego son rectificadas en el acto del juicio oral. La STS 1241/2005, 27 de octubre, sintetiza el actual estado de la jurisprudencia en esta materia, razonando en su FJ 2º que las declaraciones de los testigos aún cuando se retracten en el juicio oral, pueden ser tenidas como actividad probatoria suficiente para enervar el derecho fundamental a la presunción de inocencia sobre la base de la mayor fiabilidad que pudiera tener la versión sumarial. Pero esta afirmación aparece sujeta a determinados requisitos que inciden sobre la apreciación de la credibilidad de la rectificación con confrontación de las distintas manifestaciones, extremo que depende sustancialmente de la percepción directa que sólo tiene el Tribunal de instancia por la inmediación de la prueba (Sentencias de 7 de noviembre de 1997 [RJ 1997\8348]; 14 de mayo de 1999 [RJ 1999\5391], STC 98/90 de 24 de mayo). En otros términos, la posibilidad de valorar una u otra declaración no significa un omnímodo poder de los tribunales para optar por una u otra declaración, a modo de alternativa siempre disponible por el solo hecho de existir en los autos una declaración distinta de la prestada por el testigo, o en su caso coimputado, en el Juicio Oral.

Jurisprudencialmente hemos requerido la concurrencia de circunstancias que afectan tanto a las condiciones de validez de la prueba que permita su valoración como a los criterios de valoración.

Así, en primer término, para que la declaración sumarial sea valorable en sentido objetivo, es decir, susceptible de ser valorada como material probatorio, es preciso que se incorpore al plenario sometiéndose a la contradicción, exigencia condicionante de la propia idoneidad probatoria de la declaración sumarial, sin la cual ésta no puede ser considerada siquiera por el Tribunal de instancia en la formación de su convicción. Es necesario para ello que se dé cumplimiento a lo dispuesto en el art. 714 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, procediendo a la lectura de aquélla y permitiendo a las partes someter la declaración a contradicción (SSTS de 5 de noviembre de 1996 [RJ 1996\8241] y 20 de mayo de 1997 [RJ 1997\4289]; y STC de 29 de septiembre de 1997 [RTC 1997\153]).

Sin esta incorporación al plenario la declaración sumarial no es prueba, ni cabe ser considerada, incorporación que puede ser realizada bien por lectura de la misma, bien por interrogatorio de las partes sobre su contenido esencial, como ha ocurrido en el presente enjuiciamiento (...). La jurisprudencia de esta Sala Segunda y la del Tribunal Constitucional han relativizado el requisito formal de la lectura, considerando suficiente que las diligencias sumariales hayan aparecido en el debate del juicio por el procedimiento del art. 714 o por cualquier otro que garantice la contradicción, siendo suficiente que las preguntas y respuestas dadas en el juicio oral hagan referencia expresa a tales declaraciones sumariales poniendo de manifiesto las contradicciones al objeto de que pueda darse la explicación oportuna (en tal sentido SSTC 137/1988; 161/1990 y 80/1991)".

Se incide, de todos modos, que Gines mintió en algunos aspectos, pero hay que señalar que su condición era de imputado y que en estos casos las circunstancias de la detención e imputación de hechos delictivos puede hacer que las versiones puedan ir cambiando, pero en lo esencial la estructura delictiva tiene soporte probatorio en cuanto a lo que ahora nos afecta y ha sido admitido por el Tribunal en cuanto a la participación del recurrente en los hechos en relación a la acción llevada a cabo con Gines para la ejecución de los actos de clonación de los que el recurrente participa, luego, directamente, como así ha sido reconocido, lo que permite deducir que la conclusión del Tribunal es acertada al existir corroboración de ese reconocimiento de Gines de la responsabilidad del recurrente y su confirmación por el uso personal que del modus operandi llevó a cabo el mismo.

Por otro lado, no se trata de entender que si se rechaza el miedo insuperable en la precedente sentencia ya dictada frente a Gines no puedan valorarse circunstancias por otro lado lógicas de querer descargar en el plenario de este caso la rotundidad de sus declaraciones sumariales.



La versión ofrecida por el recurrente de que no fue éste quien realmente vincula a Gines con llevar a cabo los actos realizados del clonado, sino otra persona no fue aceptado por el Tribunal motivando la convicción de la directa participación del recurrente, que, además, se acredita con su autoría directa en los establecimientos en los que la utilizó.

Respecto a la acusación hay que destacar que consta en la sentencia que el Ministerio Fiscal en el acto del juicio oral, elevó sus conclusiones a definitivas, calificando definitivamente los hechos, en relación con este acusado, como constitutivos de un delito continuado de falsificación de tarjetas de crédito del art. 399 bis del Código Penal, en concurso medial con un delito continuado de estafa tipificado en el art. 248.2 c) y 74 del Código Penal, del que considera responsable en concepto de autor al acusado Eulogio .

Respecto a la condena del recurrente no hay que olvidar que ha sido condenado como autor de los hechos por él cometido y como cooperador necesario en el resto, siendo la calificación de las acusaciones al recurrente como autor de los hechos, realizando la defensa una alternativa en relación a que solo utilizó las tarjetas, en su caso, pero no intervino en la autoría o inducción que se menciona, no obstante lo cual en la condena no se refleja una reducción de pena ex art. 65.3 CP que ahora sostiene el recurrente, por cuanto el mismo ha ejecutado parte de los hechos como inductor o como autor directo, y en otros responde por su directa colaboración ante Gines para que con su mediación pudieran llevarse a cabo, pudiendo haber ofrecido la defensa una alternativa de inducción y rebaja de pena por art. 65.3 CP, si hubiera pretendido esa rebaja penal, que en cualquier caso, dada la gravedad de los hechos y la concurrencia de hechos como autor directo no le supone una reducción de pena en cuanto a su forma de participación, aunque al final el Tribunal atempera la individualización judicial de la pena, -y esto no puede ser omitido en ningún caso-, ya que aprecia la atenuante de dilaciones indebidas como muy cualificada y opera una rebaja penal de dos grados, bajando la pena en gran medida para ajustar la respuesta penal a la gravedad de los hechos y la actuación del recurrente, dada la alta penalidad que conlleva el delito que se ha cometido, y que antes de la reforma del CP todavía era más elevada.

De suyo, se ha hecho mención a la intervención directa del recurrente al utilizar tarjetas clonadas para llevar a efecto compras de objetos, como consta probado, y el Tribunal ha concluido, como antes se ha señalado.

Contenido y alcance penal de la proposición para delinquir del art. 17 CP .

El recurrente sostiene que habría realizado una proposición para delinquir pero no una inducción, pero ello no se ha sostenido en la sentencia, por cuanto se valora la inicial declaración de Gines conectada con su posterior personal intervención que también pone en duda.

Recordemos que la STS de 25 de julio de 2003 nos dice, en perfecta síntesis, que la proposición para delinquir es una de las hipótesis normativas de las conocidas como *resoluciones manifestadas, supuestos de verdaderos actos preparatorios, previos a la ejecución del delito*. La doctrina recuerda que en la proposición acusamos una carga de unilateralidad en la gestación o ideación de la acción delictiva a cuyo despliegue se adhiere el invitado. El elemento esencial es la firmeza de la decisión de cometer el delito por parte del proponente. Se resalta que la invitación ha de ser concreta, precisa, convincente y persuasiva. Efectuada la propuesta o invitación por quien se decide a cometer el delito en cuestión, la no aceptación por el destinatario de aquella sitúa al proponente en el plano de responsabilidad por proposición tipificada en el art. 17.2.º del CP. Pero si el acto se ejecuta ya se eleva a una autoría directa, mediata o por inducción, no por mera proposición. Solo si se interrumpe la ejecución valdría la eficacia punible de la proposición para el proponente, porque el acto no podría quedar impune.

Suele decirse, así, que **la proposición para delinquir es una inducción frustrada**. Se suele asegurar que es un concepto técnico-legal reducido a esas dos formas comisivas porque el significado de "provocar", según el diccionario de la Real Academia de la Lengua Española, es más amplio: "incitar, inducir a uno a que ejecute una cosa", sin que se requiera nada más.

Apunta la doctrina que la provocación no es un acto ejecutivo, ni tampoco preparatorio, sino que se sitúa en un estadio anterior, que podemos denominar "pre-participación". En cuanto a su naturaleza jurídico-penal, es una tentativa de inducción. Por eso, son aplicables las reglas de la tentativa, lo cual supone que caben el desistimiento y el arrepentimiento activo. Y, además, se añade que la inducción es una forma de autoría, en tanto la provocación lo es de tentativa. La inducción exige, de modo necesario, una incitación directa al ejecutor material para que éste se mentalice y asuma realizar lo que le dice el inductor. Es preciso pues, un acto inductivo eficaz, dirigido singularmente a una persona determinada, la cual, bajo el influjo síquico del inductor, realiza el acto que se le estimula a cometer. Pero en la proposición el acto no se llega a hacer, de ahí su **"frustración tipificada penalmente"** .



Se distingue, así, entre actos preparatorios impunes y punibles, estando éstos últimos regulados específicamente en los artículos 17 y 18 del Código Penal, que se refieren a la conspiración, proposición y provocación para delinquir y que son también conocidos como formas de participación intentadas.

Señala esta Sala del Tribunal Supremo, Sala Segunda, de lo Penal, Sentencia 813/2008 de 2 Dic. 2008, Rec. 10136/2008 que:

"Los requisitos establecidos para la inducción los viene señalando la doctrina de esta Sala, reduciéndolos a los siguientes:

- a) la influencia del inductor ha de incidir sobre alguien que previamente no está decidido a cometer la infracción.*
- b) la incitación ha de ser intensa y adecuada, de forma que motive suficientemente al inducido a la perpetración del hecho deseado.*
- c) que se determine a un ejecutor concreto y a la comisión de un delito concreto.*
- d) que el inducido realice, efectivamente, el tipo delictivo a que ha sido incitado.*
- e) que el inductor haya actuado con la doble intención de provocar la decisión criminal y de que el crimen efectivamente se ejecute.*

Es preciso para que pueda hablarse de inducción que concurra lo que se denomina "causalidad psíquicamente actuada", que es tanto como determinar o mover a una persona a que ejecute un hecho delictivo concreto y ello aunque el ánimo del inducido estuviera más o menos predispuesto, pero no decidido.

La proposición, llamada también "tentativa de inducción", sólo podría darse cuando deviene ineficaz y por ende no va seguida de la ejecución. En consecuencia el comportamiento de la acusada como proponente sólo sería posible en dos supuestos concretos:

- a) cuando la inducción no fuera efectiva por no haberse cometido el delito propuesto.*
- b) cuando estemos en presencia del denominado "omnimodo facturus", es decir, la persona que en cualquier caso hubiese cometido el delito, porque su voluntad estaba predeterminada a hacerlo y lo habría ejecutado de todas formas, deviniendo anodina y superflua la inducción".*

También esta Sala del Tribunal Supremo, Sala Segunda, de lo Penal, Sentencia 1994/2002 de 29 Nov. 2002, Rec. 1621/2001 señala que:

El art. 17 y 18 del CP contemplan lo que doctrinalmente se ha venido llamando resoluciones manifestadas, que tienen en común con los actos preparatorios el quedar fuera de la ejecución o materialización del delito, en tanto en cuanto no afectan al núcleo del tipo, ya que el sujeto realiza una manifestación de voluntad, cuya naturaleza inmaterial les distingue de los auténticos actos preparatorios.

Tanto respecto a los actos preparatorios, como a las resoluciones manifestadas, rige la norma general de la no punición. Sólo excepcionalmente se castigarían estas últimas cuando de forma expresa los prevea la ley (véase el art. 17.3.º y 18.2.º CP). En la conspiración y provocación, los términos de la ley parece que no originan dudas respecto a la intervención asignada a los conspiradores y provocadores.

La conspiración existe, según la ley, "cuando dos o más personas se concierten para la ejecución de un delito y resuelven ejecutarlo" (art. 17.1.º CP). Nos hallamos, pues, ante la denominada "coautoría anticipada", en la que se prevé la intervención de todos los conspiradores en la realización material del hecho delictivo, sea cual fuere el cometido o la parte del plan acordado que les haya tocado ejecutar a cada uno de los concertados.

La provocación, por su parte, "existe cuando directamente se incita por medio de la imprenta, la radiodifusión o cualquier otro medio de eficacia semejante, que facilite la publicidad, o ante una concurrencia de personas, a la perpetración del delito" (art. 18.1.º CP). Es obvio que en este caso, referido a una incitación intensa, de indudable amplitud y fuerza difusora, el provocador no pretende cometer el hecho delictivo, quedando al margen del mismo, en la esperanza de que el mensaje lanzado, pueda ser asumido por alguno de los indeterminados destinatarios.

Por último "la proposición existe cuando el que ha resuelto cometer un delito invita a otra u otras personas a ejecutarlo". Realmente se trata de una "inducción frustrada" o "tentativa de inducción". En los términos en que la describe la ley, no resulta claro afirmar si tiene o no que participar personalmente en el hecho proyectado el que realiza la propuesta, o por el contrario ésta debe realizarla materialmente el instigado o requerido sin necesidad de intervenir el proponente. Sobre el particular está dividida la doctrina y la jurisprudencia.

2. El Tribunal provincial optó por la necesaria participación personal y directa del proponente y le absolvió, al quedar excluida tal posibilidad del proyecto criminal.

El proceso deductivo y los argumentos alegados por la Audiencia podemos esquematizarlos del modo siguiente:



A) *La proposición que actualmente se regula en el artículo 17.2 del Código Penal, mantiene el mismo tenor literal que en el artículo 4.2 del Texto Refundido de 1973 del Código Penal.*

B) *Se exige, por tanto, como elemento indispensable y diferenciador de otros supuestos, que el proponente vaya a intervenir directamente en la ejecución de la infracción delictiva que ha resuelto ejecutar y que invite a otro a que participe con él en la ejecución de dicho delito.*

C) *Que la conducta de proponer a otro la materialización de un delito sin intención de participar personalmente en el mismo, se sitúa en el ámbito de la inducción.*

D) *Que la inducción como forma de autoría ha de ser eficaz, planteándose entonces, si la inducción no seguida de ejecución es punible en alguna forma; señalando el Tribunal a estos efectos:*

a) *Que si no existe decisión del proponente de participar personalmente en la ejecución, no puede sancionarse como proposición.*

b) *Que tampoco puede acudir a la figura de la provocación en el vigente Código Penal ya que, aunque con referencia al Código derogado la Sala Segunda del Tribunal Supremo había considerado que "la provocación seguida de ejecución se sancionaba como inducción y que, de contrario, la inducción no seguida de ejecución se sancionaba como provocación" (STS 16 Nov. 1987), en el vigente texto penal ello no es posible por requerirse que la incitación sea pública, excluyéndose, de ese modo, la incitación privada.*

El derogado Código de 1973 define la provocación en los siguientes términos "La provocación existe cuando se incita de palabra, por escrito o impreso, u otro medio de posible eficacia, a la perpetración de cualquier delito".

La conclusión a la que llega la Sala de instancia no es otra que la atipicidad de la conducta por no concurrir la exigencia de que el proponente esté decidido a intervenir personalmente en la ejecución del delito que invita a ejecutar a otras personas".

También en la sentencia de esta Sala del Tribunal Supremo, Sala Segunda, de lo Penal, Sentencia 308/2014 de 24 Mar. 2014, Rec. 1593/2013 se recoge que en cuanto a la proposición:

"Es determinante que el delito no inicie su ejecución, pues en tal caso se sancionará como delito intentado o consumado, y al proponente como inductor o coautor, según proceda, pero los actos de proposición no se sancionarán separadamente quedando absorbidos en la ejecución (STS. 10 de abril de 2003).

En este caso no puede haber proposición, porque los actos se ejecutaron, y de suyo el propio recurrente fue detectado utilizando tarjetas clonadas como se ha considerado probado, con lo que se rompe la interrupción de la ejecución, porque ante el alegato del recurrente de que solo "lo propuso" en realidad fue un acto concluyente que se determina en su ejecución, lo que hace inviable rescatar la figura de la proposición del art. 17.2 CP.

Intervención relevante del recurrente en su participación criminal.

Con ello nos encontramos con que la autoría del recurrente se determina por la propia convicción del Tribunal acerca de la intervención cooperadora de Gines que acepta la "proposición" del recurrente de que *"aprovechando que éste trabajaba como empleado de la gasolinera "FEROSLU" de Laguna del Duero (Valladolid) que procediera a la copia de tarjetas de crédito y de débito con las que pagaban los clientes, con la finalidad de obtener los datos de las respectivas bandas magnéticas que eran almacenadas a través de un aparato denominado "skimmer", de modo que la tarjeta era devuelta al cliente sin despertar sospechas, pero los datos quedaban almacenados y permitían la fabricación de nuevas tarjetas enteramente falsas de las llamadas "clonadas" a las que se incorporaban los datos copiados, de modo que servían para pagar compras que se cargaban al titular de la tarjeta copiada. Así lo hizo Gines entre el 21 de marzo y el 5 de abril de 2009".*

Es decir, aunque no se juzga la pertenencia del recurrente ni de Gines a una organización criminal sí que queda claro que en este entramado existen personas que no se han identificado que también han participado, pero que **partiendo del inicial acto del recurrente con Gines de colaborar éste en el clonado con la entrega del apartado para realizar estas operaciones, Gines acepta y es entonces cuando se llevan a cabo las operaciones, cuyo resultado desemboca en que el propio recurrente sea el que pretenda aprovecharse de los clonados para, además de haber sido quien recabó la participación de Gines para ser el engranaje del paso de las tarjetas originales por el instrumento "Skimmer", que es el que propone su uso el recurrente, y sin que el operativo era inviable.**

Con ello, recurrente forma parte sustancial del operativo. No es un mero usuario de las tarjetas clonadas, sino que es pieza sustancial del operativo que empieza con el convencimiento de Gines de su relevante colaboración. Sin la intervención de Gines ni la del recurrente el operativo debería haberse llevado a cabo con otras personas. Pero es hecho probado que esta "proposición" inicial del recurrente es aceptada por Gines y de ahí se arranca con el posterior clonado de las tarjetas.



Es cierto, que como indica el Tribunal en el FD 3º "otras personas y entre ellas Eulogio) procedieron a utilizar las tarjetas clonadas...". Y se reseña las personas estafadas y las cuantías de los cargos indebidos en las tarjetas clonadas, pero que iban a las cuentas de los perjudicados que habían entregado sus tarjetas originales y en las que Gines había llevado a cabo las operaciones con el sistema propuesto por el recurrente para el fin pretendido. No se trata, pues, la del recurrente una participación accesorio o accidental, o de una proposición de un delito que no se ha iniciado, sino que el delito se ha iniciado, se ha ejecutado y han resultado perjuicios por la eficacia del fraude desplegado para engañar a los comercios con las tarjetas clonadas, gracias al previo acto del "apoderamiento" de sus datos mediante las actuaciones llevadas a cabo por Gines que acepta el ofrecimiento del recurrente.

Con ello, éste no es un mero "usuario" de unas tarjetas, o ajeno al sistema operativo, sino que es pieza esencial del mismo, de ahí que se recoja en la sentencia que:

"En sus declaraciones sumariales indicó que este acusado (Eulogio) al igual que Raúl (que también ha sido ya juzgado en esta causa, y se conformó), le dijeron que procediera a la clonación de las tarjetas, si bien trata de matizar lo que allí dijo y ahora dice que cuando este acusado le pido eso, no le hizo caso y solo lo hizo después cuando se lo dijeron Abilio y Casiano (personas que no han llegado a ser identificadas en la causa).

Esta Sala considera que tiene mayor verosimilitud la versión que dio inicialmente, cuando atribuyó a diversas personas (entre ellas al aquí acusado Eulogio) ser los que le obligaron a realizar la conducta que realizó, de proceder al copiado de las bandas magnéticas de las tarjetas, versión que ni siquiera ha sido propiamente desmentida en su testimonio en el Juicio Oral (aunque como decimos ahora intente matizarlo para evitarse problemas con los otros acusados, a los que ha reconocido en diversas manifestaciones que les tiene miedo).

Por lo tanto, y como venimos diciendo, el acusado Gines no actuó de propia iniciativa, sino que fueron otras personas las que le dijeron que lo hiciera, le explicaron lo que tenía que hacer, y le dieron el aparato "skimmer" con el que realizarlo, y entre las personas que le dijeron que tenía que realizar estos hechos estaba el acusado Eulogio , accediendo finalmente Gines a ello, lo que convierte a Eulogio en inductor".

La inducción es una modalidad de la autoría prevista en el art. 28.a) CP. Pero el art. 65.3 CP prevé una opción de rebaja de la pena cuando no concurren las condiciones, cualidades o relaciones personales que fundamenten la culpabilidad del autor, lo que no se da en este caso, dado que la intervención del recurrente es necesaria y determinante del operativo desplegado.

El Tribunal llega a la convicción de la autoría, por cuanto al comparar las contestaciones que daba en el plenario y arrancar la sumarial por comparación y su elevación al plenario ante sus declaraciones se recoge por el Tribunal que "En el testimonio de Gines atribuyendo a Eulogio ser uno de los que le obligaron a cometer estos hechos no se aprecia que existan motivos espurios, pues con ese testimonio él no quedaba exento de responsabilidad criminal, y lo único que trataba era de que se hicieran responsables de los hechos los que realmente le habían obligado a hacerlo, aquellos que le habían explicado cómo tenía que hacerlo, e incluso en alguno de ellos, le habían dado el aparato que se precisaba para su ejecución".

No hay dato relevante, ni convicción del Tribunal de que las declaraciones iniciales de Gines estuvieran basadas en un enfrentamiento con él, lo que en cualquier caso podría ser hasta entendible por las circunstancias del caso que le habían llevado al procedimiento judicial al aceptar esa petición de colaboración del recurrente, pero lejos de llevar a cabo una declaración espuria no hay elementos que permitan dudar de que dijo la verdad cuando imputó al recurrente de los hechos tal y como en realidad ocurrieron.

Achaca al recurrente que fue éste uno de los que le obligó a llevar a cabo los hechos, y cuando depuso esta declaración no hay móvil alguno. Ello se ha comprobado porque es uno de los que luego utiliza este operativo como se ha probado, y el propio Gines ya fue condenado por ello, aunque confesó los hechos, pero ello no hizo dudar ni en la primera sentencia en su caso, ni en la segunda que es la que ahora recurre el recurrente.

Pero no solamente el recurrente, sino que se recoge en la sentencia que " Raúl (que también ha sido ya juzgado en esta causa, y se conformó), le dijeron (a Gines) que procediera a la clonación de las tarjetas".

Así, que existan otras personas no identificadas que hayan intervenido, pero que no estén juzgadas no excluye ni exonera la relevante participación del recurrente, que ha sido reconocido por Gines , y valorando el Tribunal sus declaraciones sumariales al compararlas con el propio interrogatorio del plenario en relación a los hechos por los que se le interrogaba y llegar a la convicción de que la rotundidad del reconocimiento sumarial vence a las matizaciones del plenario con la clara intención de excluir al ahora recurrente al que ya había reconocido como quien le indujo a realizar los actos con el aparato "skimmer".

La estafa



Con respecto a la **prueba de la estafa** cuestiona el recurrente la autoría, pero hay que recordar que el hecho probado señala que:

" Eulogio , conociendo la procedencia ilícita de la tarjeta que copiaba a la genuina NUM003 , cuyo titular era Leopoldo , procedió en fecha 7 de abril de 2009, sobre las 221,30 horas, a realizar en el establecimiento supermercado para mayoristas MAKRO, sito en la calle Fernández Ladreda nº 42 de Valladolid, dos compras por valor de 741,97 € y 63,39 €, y de igual manera con la tarjeta correspondiente a la numerada NUM001 cuyo titular era Jeronimo , estaba presente y en compañía de dos mujeres cuando una de éstas procedió en el mismo establecimiento y día a realizar la compra de un ordenador portátil SONY VAIO por valor de 799,24 €.

Dándose la circunstancia de que las mercancías compradas en la compra que importaba 741,97 € (la que realizó él personalmente) eran exclusivamente bebidas alcohólicas y que el acusado era titular y explotaba el local, bar llamado "Entrepuentes" sito en la Avenida de Santa Teresa esquina Paseo Renacimiento, de Valladolid, y para el que destinaba las mismas.

El establecimiento MAKRO no ha cobrado el importe de las compras efectuadas por el acusado.

De igual manera el día 11 de abril de 2009, en el establecimiento PC CITY, sito en el Centro Comercial Equinoccio (Zaratán), el acusado Eulogio procedió a comprar un "Home Cinema" y una televisión marca SAMSUNG de 32" LE32A336 por un precio de 149 € y 468 €, que abonó con una tarjeta que se correspondía con la número NUM003 , cuyo titular era Leopoldo y que ya había utilizado ilícitamente, días antes, en fecha 07/04/2009".

A este respecto señala el Tribunal que:

"El acusado aquí enjuiciado fue en parte autor material de los delitos de estafa que se cometieron, pues como hemos reflejado en el relato de Hechos Probados, éste acusado fue quien utilizó la tarjeta que copiaba a la genuina NUM003 , cuyo titular era Leopoldo en las siguientes ocasiones:

El día 07/04/2009, en el supermercado MAKRO efectuó dos compras por valor de 741,97 € y 63,39 €.

En ese momento estaba acompañado de dos mujeres no identificadas, y una de ellas con la tarjeta correspondiente a la numerada NUM001 cuyo titular era Jeronimo procedió en el mismo establecimiento a realizar la compra de un ordenador portátil SONY VAIO por valor de 799,24 €.

De este hecho existe prueba pues se da la circunstancia de que **la testigo Candida , que ha explicado tanto en la Instrucción como en el Juicio Oral la forma como se produjeron los hechos, ha identificado al acusado Eulogio sin género de dudas** como el varón que iba acompañado de dos mujeres y que fue protagonista de estos hechos, dándose la circunstancia que indicó en el acto del Juicio Oral, de que lo conocía de vista porque era un cliente habitual, y que por eso no dudó cuando lo reconoció fotográficamente.

De lo que aparece en los folios 230 a 237, la tarjeta de MAKRO que fue utilizada es la una persona llamada Bernabe . Como se desconoce a nombre de quién estaba la tarjeta clonada, es perfectamente posible que el acusado se hiciera pasar por esta otra persona, a la que el acusado Gines también le atribuyó en sus declaraciones tener responsabilidad en estos hechos, y que también fue imputada en este procedimiento, aunque finalmente no se siguiera el procedimiento contra él por la única circunstancia de que estaba en prisión en aquellos tiempos.

Es significativo que el acusado regenta un bar o discoteca llamada "Entrepuentes", y que precisamente la compra que él realizó fuera de bebidas alcohólicas (folios 233 y 235).

De igual manera el día 11/04/2009, en el establecimiento PC CITY, sito en el Centro Comercial Equinoccio (Zaratán), el acusado Eulogio procedió a comprar un "Home Cinema" y una televisión marca SAMSUNG de 32" LE32A336 por un precio de 149€ y 468€, que abonó con la tarjeta antes citada, cuyo titular era Leopoldo .

El testigo Edmundo (folios 242, 460, 706) ha explicado que atendió en la tienda al acusado Eulogio , al que identifica sin género de dudas, prestándole la correspondiente atención comercial para la venta de los productos y el empaquetado de los mismos, y aunque luego no fue el empleado que le atendió personalmente en la caja, sí sabe que abonó mediante tarjeta de crédito su importe. A esta persona se le dio una factura de empresa (folio 244), identificándose como Enrique , nombre que como puede observarse coincide parcialmente con el del acusado. El testigo ratificó su testimonio en el Juicio Oral".

El recurrente cuestiona los reconocimientos, y la prueba utilizada por el Tribunal, pero la valoración del Tribunal es acertada, aunque el recurrente ofrezca datos que le llevan a la duda, aunque no es esta la convicción del Tribunal en cuanto a la autoría y sin que haya habido mediación o intervención en facilitar los reconocimientos. No ha habido metodología inductiva alguna en que así fuere para que los testigos tuvieran que reconocerle a él de forma forzada. No hay sospecha alguna de que la policía habría sugerido a los testigos la posible identidad del recurrente, pero lo cierto es que la declarante reconoció sin dudas al acusado entre diversas fisonomías,



por lo que en todo caso el Tribunal acertó en valorar como prueba su testimonio, ratificado en el juicio oral. No se produjo ocultación alguna por parte de la policía de los protocolos de investigación seguidos al efecto para realizar los reconocimientos. La documental también avala y abona esta conclusión (f, 230 a 237, folios 242, 244 460, 706), sin que la declaración de los testigos pueda perder veracidad por argumentos como que la empleada de Makro visionara el contenido de la cámara de seguridad antes de realizar el reconocimiento fotográfico o que el empleado de PC City no fuera el que efectivamente cobró al ahora recurrente y a las personas que le acompañaron.

La labor de la investigación policial llevó a los agentes a Gines y éste al recurrente. Así señala el Tribunal que *"Una vez que se comenzaron a producir las denuncias por los titulares de las tarjetas clonadas, la policía descubrió que el "punto de conexión", el lugar común en el que todos los titulares de las tarjetas habían utilizado su respectiva tarjeta de crédito o débito, era en la gasolinera en la que trabajaba como empleado el acusado Gines, y así lo han corroborado después los titulares de las tarjetas, explicando que efectivamente habían usado la tarjeta en dicha gasolinera.*

El acusado Gines ha reconocido que fue él quien utilizó el aparato (el "skimmer"), con el que procedió a copiar los datos de las bandas magnéticas de las tarjetas, y que esta acción la ejecutó obligado, entre otros, por el aquí acusado Eulogio".

El Tribunal otorga una responsabilidad al recurrente en su intervención como autor directo en las estafas probadas donde él interviene directamente y como cooperador necesario en el resto de las operaciones llevadas a cabo. Y así señala el Tribunal que:

"Decimos que el acusado fue autor material de los citados delitos de estafa, pero respecto del resto de las estafas es también responsable, aunque en concepto de cooperador necesario.

En la medida en que **indujo a Gines a cometer el delito continuado de falsificación de tarjetas de crédito y débito, con su actuación se convirtió en cooperador necesario de todos los delitos de estafa que luego se cometieran con el uso de las tarjetas clonadas**, pues con su actuación **aportó un acto sin el cual no hubiese sido posible la utilización fraudulenta de las tarjetas clonadas**, y él sabía que el único **motivo por el que se procedía a la copia de las bandas magnéticas** (conducta a la que él indujo a Gines) **era para proceder a la clonación de las tarjetas, y para su posterior utilización fraudulenta, comprando productos y pagando gastos con cargo a la correspondiente tarjeta de crédito o débito verdadera**, por lo que sí debe responder también de este delito.

Existe prueba sobrada en la causa de que el delito continuado de estafa sí se cometió.

... El acusado Gines ha reconocido que fue él quien utilizó el aparato (el "skimmer"), con el que procedió a copiar los datos de las bandas magnéticas de las tarjetas, y que esta acción la ejecutó obligado, entre otros, por el aquí acusado Eulogio.

... Lo que sí consta plenamente acreditado en la causa es la utilización fraudulenta que después se efectuó por terceras personas (algunas desconocidas y otras sí identificadas en la causa, entre las que, como hemos indicado, está el propio Eulogio) de las tarjetas clonadas, constanding el quebranto económico que se fue produciendo en las cuentas corrientes de las que eran titulares los respectivos titulares reales de las tarjetas, quebranto del que en algunos casos se han hecho cargo las correspondientes entidades financieras, en los términos que hemos reflejado en el relato de hechos probados de esta resolución.

Por lo tanto el delito continuado de estafa sí se consumó".

El recurrente postula que no hay un ente organizativo bajo el que hayan sido condenados, pero sí hay una participación relevante, eficaz y concluyente del mismo, porque queda probado que fue su conducta la que facilitó el operativo que puso en marcha Gines para que otras personas fueran clonando las tarjetas y realizando las operaciones, entre los que se encuentra el propio recurrente al que se condena por estafa, porque fue autor de las que se exponen, pero cooperador necesario de aquellas otras con las que se enlaza la responsabilidad civil. Y, así, se recoge por el Tribunal que:

"En concepto de responsabilidad civil, el acusado indemnizará, conjunta y solidariamente con los acusados ya condenados Gines y Raúl, a:

Mauricio : 150 euros.

Millán : 150 euros.

Octavio : 2.736 euros.

Segismundo : 50 euros.



SERVIREED: 6.809,79 euros.

BBVA 400 euros.

El acusado Eulogio igualmente indemnizará a MAKRO con la cantidad de 1.604,60 €".

La tesis de la cooperación necesaria en las operaciones llevadas a cabo es aceptada por el Tribunal extendiendo en la sentencia la responsabilidad civil por los conceptos en los que existen perjudicados por la conducta de todos los que hasta la fecha se ha detectado su participación en los hechos con mayor o menor grado de relevancia. Resulta, así, importante que se describa en la parte dispositiva de la sentencia que "En concepto de responsabilidad civil, el acusado indemnizará, conjunta y solidariamente con los acusados ya condenados Gines y Raúl ..." fijando los conceptos y perjudicados a los que se extiende la responsabilidad por la participación de los intervinientes en el operativo desplegado, ya que no puede abstraerse el recurrente en el ámbito de las responsabilidades civiles no solo de las operaciones por él mismo llevadas a cabo de forma "directa" con las tarjetas clonadas por el sistema que él mismo había ideado y había elegido a Gines como banco ejecutor de las operaciones de captación de los datos. No puede el recurrente "dar un paso" al lado en el ámbito de las responsabilidades civiles cuando los perjuicios causados lo fueron en el marco del operativo cuyo origen se describe en las operaciones de Gines con el material entregado a tal efecto.

El recurrente niega que participó en las operaciones de falsificación de las tarjetas de crédito, y que solo "utilizó" las tarjetas, cuando no es esto lo que consta en el relato de hechos probados, y no es esto lo que resulta de la prueba practicada, ya que lo que consta probado es la relevante intervención del recurrente en el operativo.

El recurrente sostiene que "el Tribunal de Casación debería pronunciarse sobre los hechos probados desde la perspectiva del derecho a la presunción de inocencia, y a tenor de las alegaciones contenidas en el presente motivo de casación, deberá valorar si de la actuación del acusado ha quedado suficientemente acreditada su participación en el delito de falsificación de las tarjetas, ya no como autor, siquiera como inductor".

Pero no puede aceptarse la reducción de su colaboración y participación en los hechos a la de mero autor del delito de falsificación en documento mercantil que postula en lugar del delito previsto en el artículo 399 bis del Código Penal, y entiende que procedería su condena por dicho delito previsto en los artículos 393, 392 y 390.1.1º y 3º.

No es admisible esta reducción. No es esta la convicción del Tribunal acerca de los hechos probados y la prueba resultante del procedimiento. Hay inculpación del ya condenado Gines, valorada debidamente, y existen testigos y documentos que avalan la existencia de la estafa; existen perjudicados constatados e investigación policial que pone todo el origen en el punto de donde partió la "toma de los datos" mediante el sistema propuesto por el recurrente, y de cuya acción no puede ahora separarse para postular solo un mero uso de tarjetas por medio de una falsedad documental. Además, como apunta la acusación particular, el recurrente ha sido condenado por un delito continuado de estafa, y no solo por las estafas que cometió utilizando las tarjetas de crédito, sino también por el resto de las estafas cometidas por ser cooperador necesario.

El motivo se desestima.

TERCERO.- 2.- Infracción de ley a tenor de lo previsto en el artículo 849.1 de la ley de enjuiciamiento criminal al considerar que la sentencia infringe preceptos penales de carácter sustantivo.

Señala que se le acusa únicamente de proposición para delinquir al cooperador necesario en el delito de falsificación de tarjetas (pues el coacusado Gines no fue condenado como autor de dicho delito, sino como cooperador necesario), pero ya hemos expuesto que no es correcta tal construcción jurídica, porque no se ha aplicado el art. 17 CP por la vía de la proposición para delinquir, como ya se ha explicado, ya que la ejecución de los hechos se llevó a cabo, y no quedaron en una mera "proposición que luego resultó ineficaz", sino que fue eficaz en la medida ya explicada.

Se considera, también, por el recurrente que "La conducta del acusado encaja, en principio, en las previsiones típicas del artículo 399 bis 3 del Código Penal (como así se desprende tanto del escrito de calificaciones provisionales del Ministerio Fiscal, atendidos los apartados de hechos por los que acusa y a la pena que solicita, como en su escrito de calificaciones definitivas, igualmente respecto a los hechos que en el mismo son objeto de acusación y a la pena solicitada) pues se ha acreditado su colaboración activa en la utilización de tarjetas de crédito falsificadas, de las que derivaron perjuicios para terceros, siendo consciente de su falsedad. Sin embargo, teniendo en cuenta la fecha de comisión del hecho delictivo, 7 y 11 de abril de 2009 y que el artículo 399 bis 3 fue introducido en el Código Penal por Ley Orgánica 5/2010 de 22 de junio, la conducta delictiva es anterior a la entrada en vigor de la reforma del Código Penal", para concluir que "dicho delito debería pensarse como falsedad en documento mercantil. Teniendo en cuenta igualmente que su actuación, a tenor del apartado de Hechos Probados, sería igualmente constitutiva de un delito de estafa previsto y penado a tenor de lo



dispuesto en los artículos 248 y 249 del Código Penal vigente al momento de los hechos, y habiendo utilizado dicha tarjeta en dos ocasiones distintas, tal estafa debería calificarse como delito continuado previsto en el artículo 74 del Código Penal, encontrándose ambos delitos en relación de concurso medial, en atención a lo dispuesto en el artículo 77 del Código Penal".

La degradación penal que propone el recurrente no es admisible para entender excluyente la participación en la falsedad de las tarjetas de crédito del art. 399 bis CP. Señala el Tribunal que:

"Los hechos declarados probados en la presente resolución son constitutivos de un delito continuado de falsificación de tarjetas de crédito y débito del art. 399 bis. I. del Código Penal.

Teniendo en cuenta que los hechos se cometieron en marzo-abril de 2009, por entonces no existía el actual artículo 399 bis, que fue introducido por la Ley Orgánica 5/2010, de 22 de junio, y la normativa entonces vigente eran los artículos 386 y 387 en la redacción que entonces tenían:

Art. 386: "Será castigado con la pena de prisión de ocho a 12 años y multa de tanto al décuplo del valor aparente de la moneda: 1º El que altere la moneda o fabrique moneda falsa".

Art. 387: "A los efectos del artículo anterior, se entiende por moneda la metálica y papel moneda de curso legal. A los mismos efectos, se considerarán moneda las tarjetas de crédito, las de débito y las demás tarjetas que puedan utilizarse como medio de pago, así como los cheques de viaje".

Es obvio que **la normativa actual castiga más benévolamente estas conductas, pues el art. 399 bis del Código condena a penas entre cuatro y ocho años de prisión**, menos pena que la que correspondería con la regulación anterior".

No puede postularse un mero uso de un documento falso, porque no se admite la exclusión que propone el recurrente de todo el ideario que pone en marcha para designar y proponer a Gines su colaboración con el programa diseñado, y sin que tal conducta pueda degradarse a la vía del art. 17 CP de la mera proposición para delinquir, porque el diseño ideado se llevó a cabo y se ejecutó en la forma cuyo resultado se ha comprobado, y, por ello, el recurrente no puede abstraerse ahora de su ámbito de responsabilidad y predicar en sede casacional tan solo un mero uso de falsedad documental.

Señala esta Sala del Tribunal Supremo (Auto 230/2019 de 7 Feb. 2019, Rec. 2489/2018) que: "La alteración consciente de las tarjetas de crédito por parte del recurrente, bien ejecutada por él mismo, bien ofreciendo a otro los datos para la sustitución fraudulenta, integra el delito de falsificación del art. 399 bis 1 del CP, ya sea en calidad de autor o como cooperador necesario. Si, además, esa manipulación está concebida para servir de instrumento para el engaño en establecimientos abiertos al público, induciendo al dependiente a un error que determina un desplazamiento patrimonial (art. 248 CP), la relación entre el delito falsario y la estafa se ajusta a la que es propia del concurso medial (art. 77.1 CP) (...). No concurren los presupuestos para la calificación de los hechos como delito del art. 399 bis.3 del CP, porque no se trata de un simple uso de tarjeta falsa, sino que al acusado se le considera cooperador necesario de esa falsificación y por tanto, su conducta encaja plenamente en el art. 399 bis.1 del CP." El comportamiento de la recurrente es, por tanto, típico a los efectos del delito recogido en el primer apartado del artículo 399 bis, a pesar de que no fuera ella quien, materialmente, realizara la falsificación".

En la sentencia del Tribunal Supremo 998/2016 de 17 Ene. 2017, Rec. 782/2016 señalamos que:

"Conforme se lee en la STS 206/2016, de 11 de marzo, la reforma operada por la L.O. 5/2010, en la punición de la falsificación de tarjetas de crédito a través del art. 399 bis, establece tres subtipos que deben diferenciarse correctamente. El párrafo primero, con una penalidad de cuatro a ocho años de prisión, sanciona la falsificación, moderando la pena que antes era superior porque se identificaba con la falsificación de moneda (de ocho a doce años de prisión). El párrafo segundo sanciona la tenencia, con destino a la distribución o tráfico, pero ha de entenderse referido a sujetos que no han tenido intervención en la falsificación. Si la hubiesen tenido, nos encontraríamos ante un concurso de leyes, en el que la falsificación consume la tenencia, que constituye un acto posterior copenado. Y el párrafo tercero sanciona el uso, en perjuicio de otro y a sabiendas de la falsedad de la tarjeta, que se castiga con una pena inferior (de dos a cinco años), pero que solo es aplicable a quienes no han intervenido en la falsificación. Cuando la tarjeta falsificada se utiliza efectivamente para intentar adquirir con ella algún bien, nos encontramos ante un concurso medial o instrumental, entre el delito de falsificación y el delito patrimonial correspondiente (como sucedía con la tentativa de estafa, en un caso resuelto por la STS 330/2014, de 23 de abril)".

No acepta el Tribunal la rebaja penal para sancionar el mero "uso de la tarjeta", ya que la participación del recurrente en el operativo *ex tunc* y no *ex nunc* determina que sea responsable de la operación de falsificación, no del mero uso, ya que no se limitó a usar la tarjeta, sino que fue la pieza esencial para que el clonado se



llevara a cabo, ya que fue quien contactó con Gines para el acto inicial de captación de los datos de las tarjetas. El motivo sostiene que el recurrente se limitó a utilizar una de las tarjetas clonadas, pero la claridad del "factum" no admite duda alguna, en orden a la participación del acusado en hechos constitutivos del delito de falsificación de tarjeta de crédito, además de estafa. Gines no actuó de propia iniciativa, sino que fueron otras personas las que le dijeron que lo hiciera, le explicaron lo que tenía que hacer, y le dieron el aparato con el que realizarlo. Según la secuencia fáctica, entre las personas que dijeron a Gines que tenía que realizar estos hechos se encontraba el recurrente. No hay mero uso, hay intervención decisiva desde el origen, no desde el mero uso posterior a los actos iniciales. La intervención del recurrente no es ex post a los actos iniciales. Su participación fue decisiva desde un inicio.

La participación del recurrente en los hechos enjuiciados resulta diáfana, desde el momento en que la Sala provincial entiende acreditado que el recurrente propuso a Gines que procediera a la copia de tarjetas de clientes, con la finalidad de obtener datos para la fabricación de tarjetas clonadas.

Ello le provoca una responsabilidad por los hechos ocurridos con las operaciones llevadas a cabo con la clonación y con su colaboración necesaria desde el origen de facilitar el copiado de los datos de las tarjetas, función en la que se le ha atribuido una alta colaboración y responsabilidad, no solo penal, sino, también, civil, ya que es corresponsable de lo ocurrido con las clonaciones por la facilitación de su sistema operativo para el clonado.

Por ello, y para ello el Tribunal ya destacó que:

"El acusado fue autor material de los citados delitos de estafa, pero respecto del resto de las estafas es también responsable, aunque en concepto de cooperador necesario.

En la medida en que indujo a Gines a cometer el delito continuado de falsificación de tarjetas de crédito y débito, con su actuación se convirtió en cooperador necesario de todos los delitos de estafa que luego se cometieran con el uso de las tarjetas clonadas, pues con su actuación aportó un acto sin el cual no hubiese sido posible la utilización fraudulenta de las tarjetas clonadas, y él sabía que el único motivo por el que se procedía a la copia de las bandas magnéticas (conducta a la que él indujo a Gines) era para proceder a la clonación de las tarjetas, y para su posterior utilización fraudulenta, comprando productos y pagando gastos con cargo a la correspondiente tarjeta de crédito o débito verdadera, por lo que sí debe responder también de este delito".

Por otro lado, no es aceptable la propuesta llevada a cabo de rebaja penal por calificar los hechos como mero uso. La penalidad fijada de todos modos por el Tribunal se ajusta a lo acontecido, ya que motiva la pena apuntando que "Al tratarse de un concurso medial (art. 77), ha de imponerse la pena prevista para la infracción más grave en su mitad superior, que en este caso serían las penas de la falsificación de las tarjetas de crédito y débito, y la mitad superior sería la pena de siete a ocho años de prisión. Por lo que se refiere a la aplicación de la atenuante, resulta de aplicación el art. 66.1.2a del Código Penal, al acogerse una atenuante como muy cualificada, por lo que se estima procedente rebajar la pena en dos grados conforme a la norma contemplada en el art. 70.1.2a del Código Penal, si bien estimándose oportuno imponer la pena de TRES AÑOS DE PRISIÓN, pena que se considera proporcional a la gravedad de los hechos y al resto de circunstancias concurrentes en este caso, incluida la atenuante que ha sido apreciada".

Sobre el delito de falsificación de tarjetas de crédito del art. 399 bis CP

Este delito castigado con pena de entre 4 y 8 años de prisión fue introducido por la LO 5/2010 al otorgar un tratamiento autónomo a las conductas relacionadas con la falsificación de tarjetas de crédito, débito y cheques de viajes, desligándolo así, señala la doctrina, del establecido para la moneda falsa, a la que aquéllas estaban asimiladas, y erradicando algunos problemas que provocaba dicha equiparación. Por ello, la doctrina apunta que estos delitos surgen de la protección intermedia que se le otorga a las tarjetas de crédito y débito y cheques de viaje, como medio de pago, en relación a su distinta eficacia, situándolas entre las monedas y los documentos mercantiles. Anteriormente, se equiparaban a la moneda, equiparación que desaparece con la reforma introducida por la LO 5/2010.

Hasta la reforma del año 2010 la doctrina había cuestionado y criticado su falta de tratamiento autónomo, apuntando que el comercio con estos instrumentos, generalizado en los bancos a partir de los años setenta del siglo XX, alcanzó de inmediato un enorme nivel en el conjunto de la actividad económica. Sin embargo, su extensión no había llevado aparejado, en paralelo, un tratamiento legal autónomo del mismo. No existía, a nivel estatal o comunitario, una norma general reguladora de tales métodos de pago, sino que su regulación se distribuía entre normas heterogéneas destinadas a dotar de seguridad jurídica a los actos económicos que se desarrollan a través suyo. Entre estas normas, son de especial relevancia la Ley 7/1996, de 15 de enero, de Ordenación del Comercio Minorista, la Ley 7/1995 de Crédito al Consumo, o la Recomendación 97/489/



CE, todas ellas dictadas al amparo del criterio de la flexibilidad normativa. Pero era preciso un tratamiento autónomo, como el ahora reflejado en el tipo penal.

Por ello, tras su regulación tipificadora en los arts. 399 bis y 400 apunta la doctrina sobre este tipo penal que el objeto material del delito de las distintas modalidades delictivas contempladas en el artículo 399 bis CP, se restringe a:

Tarjetas de crédito, emitidas por una entidad financiera o de crédito autorizada, por las que se autoriza a los titulares a realizar operaciones sobre una línea de crédito.

Tarjetas de débito emitidas por entidad financiera o entidad autorizada que operan directamente sobre el saldo de la cuenta corriente a la que esté vinculada dicha tarjeta.

Cheques de viaje, emitidos por entidades bancarias, financieras o grandes compañías turísticas, consisten en títulos valores a nombre de la persona que los firma en el momento de la emisión, y se hace efectivos en otra entidad financiera o como medio de pago en establecimientos mercantiles.

De esta manera se excluye las demás tarjetas utilizadas como medio de pago, como las tarjetas monedero, las tarjetas recargables o de prepago que no sean de crédito o débito y los documentos mercantiles de pago como cheque, pagaré o letra de cambio que se englobarían dentro de los delitos de falsificación de documento mercantil.

En efecto, como destaca la doctrina especializada con respecto al "alcance típico" de este precepto ahora analizado, resulta que hay que reparar en la restricción que supone el hecho de que el art. 399 bis CP menciona exclusivamente las "tarjetas de crédito o débito o cheques de viaje", excluyendo a "las demás tarjetas que puedan utilizarse como medio de pago", que previamente contemplaba el art. 387 CP. Con esta acotación del objeto material parece difícil que puedan incluirse en el art. 399 bis CP medios de pago que dudosamente caben en el concepto de tarjetas de crédito o débito, como las tarjetas de centros comerciales, las de transporte o las de teléfono; algunas de ellas, caracterizadas por ser pre-pago, ya se entendían excluidas de la falsificación de moneda por la Consulta 3/2001, de 10/V, de la FGE. De acuerdo con lo apuntado, estamos ante una restricción del ámbito típico, cuyo sentido debe hallarse en el hecho de que las operaciones ilícitas con las tarjetas excluidas no presentan potencialmente el grado de lesividad que afecta, cuando menos, a las de crédito y débito. Desde ese punto de vista, las actividades criminalizadas en el art. 399 bis CP, cuando tengan por objeto aquellas otras tarjetas, quedan en el seno de los tipos de falsedad documental (documento mercantil), lo que ya sucedía con objetos como bonos de transporte, bonos de gasolina, cheques-regalo, cheques que no son de viaje, letras de cambio, pagarés, etc. Con todo, no puede obviarse que esta opción del legislador a la hora de acotar el objeto material del delito genera consecuencias prácticas no menores, habida cuenta de las notables diferencias de penalidad que presentan el tipo de falsedad en documento mercantil (prisión de 6 meses a 3 años y multa de 6 a 12 meses, ex art. 392 CP) y los del art. 399 bis.1 y 2 CP (prisión de 4 a 8 años, en su modalidad básica)

Con ello, tras la reforma operada por la LO 5/2010, de 22 de junio, se elimina la equiparación existente entre las tarjetas de crédito y débito y cheques de viaje y la moneda, dejando de considerarlas como tal y pasando a tener su protección propia e intermedia en el artículo 399 bis CP, debido a la distinta eficacia como medio de pago, situándose entre la moneda y los documentos mercantiles como letras de cambio o cheques, como medio de pago. Con ello, hay que destacar que la descripción de las conductas típicas (alterar, copiar, reproducir o falsificar de cualquier otro modo) que realiza el art. 399 bis.1 CP parece tendencialmente afortunada, en la medida en que, yendo más allá de los comportamientos de falsificación mediante copia o reproducción, permite incriminar hechos de fabricación o creación ex novo y de alteración, que es especialmente frecuente.

De esta manera, la tipificación de estos hechos con el detalle que se ha realizado era una aspiración y una necesidad que se plasmó en el año 2010, ante la proliferación de conductas como la ahora reseñada y el difícil recorrido investigador de los grupos que se organizaban y organizan para atacar la integridad de la tarjeta de crédito o débito causando un serio daño a toda la cadena comercial y personal, ya que se ataca a la economía del sujeto pasivo, quien momentáneamente ve extraído de su cuenta el importe del gasto, se ataca a la entidad bancaria que debe resarcir al perjudicado el importe de la suma distraída, o el gasto llevado a cabo con la compra realizada con la tarjeta alterada, y, por último, y lo que es más importante, se pone en riesgo y juego el mercado financiero con la introducción en el comercio de sistemas de adquisición de bienes con **dinero de plástico falsificado**, lo que con la falsificación de moneda de los arts. 386 y ss CP provoca una grave afectación y ataque al sistema financiero y de compras con crédito por la cadena de perjudicados que introduce con su falsaria conducta.

Por este motivo, la doctrina destaca que, de este modo, el art. 399 bis.1.I CP in fine dispone que se impondrá la pena en su mitad superior "...cuando los efectos falsificados afecten a una generalidad de personas...".



Esta mención, que fundamenta la agravación del marco de penalidad en consideraciones de desvalor de resultado, no resulta desconocida en el cuerpo legal vigente, toda vez que se emplea también en la regulación del delito masa o con sujeto pasivo masa del art. 74.2 CP, y debe tener la misma interpretación que en esta norma. Junto a ello, se apunta que el art. 399 bis.1.I CP establece un segundo subtipo cualificado, aplicable "...cuando los hechos se cometan en el marco de una organización criminal dedicada a estas actividades", en consonancia con la preocupación general de la reforma de dar una regulación adecuada a los casos en que los hechos delictivos se realizan por parte de organizaciones criminales (vid., en particular, los nuevos arts. 570 bis y ss. CP). En el caso de los hechos de falsificación de tarjetas y cheques esta previsión resulta especialmente afortunada, toda vez que la complejidad técnica de buena parte de las conductas del art. 399 bis.1 CP determina que frecuentemente se realicen en el marco de organizaciones criminales en sentido estricto. De este modo, se supera la situación precedente, en la que la existencia de dichas estructuras sólo generaba, en su caso, la imposición de consecuencias accesorias a la organización, pero no, en principio, la cualificación de la pena impuesta a los responsables individuales.

Nótese con ello que frente a la facilidad de uso que provoca el manejo de las tarjetas de crédito o débito el riesgo de la introducción de sistemas de alteración, copia, reproducción o falsificación de las tarjetas exige de un férreo control por el sistema, a fin de evitar graves perjuicios en el sistema de mercado y en la confianza en el uso de este material por los usuarios. De este modo, con independencia de que las entidades bancarias que entregan a sus clientes estas tarjetas mejoren sus mecanismos de protección el legislador ha mejorado el sistema de persecución para tutelar los derechos e intereses de los perjudicados desde el directo perjudicado inicial hasta la entidad bancaria que no debe verse sometida a una situación de impunidad o de falta o ausencia de recobro de la suma que ha debido satisfacer a su cliente ante la comisión de un delito de las acciones contempladas en el art. 399 bis CP referidos, incluso, sancionando a las personas jurídicas por medio de las cuales actúen los autores en el propio art. 399 bis.1.2º CP para derivar responsabilidad penal a las personas jurídicas en estos casos, de tal manera que las empresas, sobre todo las destinadas a la informática, deberían tener en su programa de *compliance penalla* referencia a la protección de la evitación de la comisión de estos hechos por sus directivos y empleados, o del uso de la empresa para favorecer la comisión de estos delitos, que tienen su máxima expresión en los tres tipos de los pagos en centros comerciales, el pago a través de redes informáticas y las conductas abusivas en cajeros automáticos.

Ya hemos adelantado anteriormente la cadena de perjuicios y perjudicados que provocan estas conductas, como la aquí declarada probada en este caso, lo que lleva a la doctrina a fiar esta secuencia al destacar que el titular de la tarjeta transmite a la entidad bancaria la deuda adquirida con el establecimiento comercial, estableciendo relaciones jurídicas dos a dos (titular-banco; titular-comercio; comercio-banco); sin embargo, lo más característico del sistema es que no se trata de una relación *intuitu personae*, puesto que la deuda nace y produce plenos efectos jurídicos aunque quien use la tarjeta no sea el titular. Esta clase de relaciones obliga al establecimiento de sistemas de seguridad eficaces en la transmisión de los datos y de las operaciones realizadas para mantener la confianza de los usuarios en el sistema, y, sobre todo, **se persigue proteger la estabilidad de las transacciones comerciales**. Con ello, un adecuado sistema de protección, control y evitación de este tipo de conductas tipificadas en el art. 399 bis CP permite una mayor fluidez de estas operaciones comerciales, mayor confianza en el comerciante en que quien utiliza la tarjeta es su titular y que quien le atiende no procederá al clonado de la tarjeta, y, lo que es más importante, que no podrá hacerlo. Sobre la relevancia de estas conductas, como las aquí probadas y admitidas, en el sistema financiero hay que señalar que las compras realizadas con tarjetas en 2018 en España alcanzaron casi los 4.000 millones de operaciones, por un valor superior a los 147.431 millones de euros lo que supone incrementos del 13,8% y del 9,1%, respectivamente sobre el año anterior, según consta en la 'Memoria anual sobre la vigilancia de las infraestructuras de los mercados financieros 2018' elaborada por el Banco de España. El informe también indica que en 2018 se registraron algo más de un millón de operaciones fraudulentas con tarjetas, por un importe de 88 millones de euros. Del total de operaciones fraudulentas, el 64% corresponde a fraude en compras realizadas en operativa remota, y el resto a TPV físicos (34%) y a cajeros (2%).

Y no se trata de que el comercio cobre en cualquier caso en el caso de comisión de estos delitos, porque al final el dinero entra en su cuenta corriente con la venta del bien, o que el titular de la tarjeta sea indemnizado por su banco, sino que éste último no tenga que asumir un volumen de pérdidas por esta metodología delictiva, y que, por ello, la informática pueda impedir este tipo de hechos, porque una proliferación de estas conductas y la ausencia de mecanismos de control causa, como hemos apuntado, un relevante daño al sistema comercial, bancario y financiero de un país.

Se recoge, así, por la doctrina la gran cantidad de hechos que se están cometiendo relacionados con esta tipología y que se manifiestan en

1.-Falsificación de tarjeta bancaria



- 2.- Colocación de instrumentos electrónicos en cajeros automáticos que descifren los datos de tarjetas bancarias para su clonación
- 3.- Falsificación del documento que convierte al sujeto en titular de una tarjeta auténtica
- 4.- Falsificación de la firma que incorpora una tarjeta auténtica
- 5.- Uso ilícito de una tarjeta obtenida de forma legal
- 6.- Uso ilícito de una tarjeta falsificada
- 7.- Uso ilícito de una tarjeta ajena obtenida a través de un delito patrimonial
- 8.- Uso ilícito de una tarjeta obtenida a través de engaño realizado al emisor
- 9.- Uso de los datos de una tarjeta de crédito o débito a través de Internet

Así pues, ante esta gran variedad de hechos relacionados con los procedimientos de autoría de alteración o de mero uso resulta evidente la gran afectación que tienen los clientes del sistema de uso de estas tarjetas y la necesidad de potenciar los medios de seguridad informática y de evitación de estas conductas.

Es, precisamente, el deterioro en la confianza en el sistema de uso de estos medios de pago electrónicos un daño evaluable que provocan estos hechos, y la propia sensación que padece el cliente al que le "han entrado en su cuenta corriente" efectuándole un cargo que no ha llevado a cabo.

Apunta la doctrina, también, que junto al tipo penal del art. 399 bis CP se debe destacar la tipificación del art. 400 CP para referirnos a la fabricación o tenencia de útiles para la falsificación de moneda y documentales, ya que se recoge en este art. 400 CP una disposición común a todos los delitos comprendidos en el Título, modificado por la LO 1/15, de 30 de marzo, como actos preparatorios elevados a la categoría de delito autónomo, donde se castiga la fabricación y tenencia de útiles para la falsificación de monedas y documentales. Y con ello, se tipifica la fabricación, la recepción, la obtención y la tenencia de instrumentos, sustancias, datos, programas informáticos, aparatos, elementos de seguridad y otros medios específicamente destinados a la falsificación. Se refiere a este tipo la doctrina como un delito común, de mera actividad, que castiga la mera disponibilidad de los medios detallados, sin que se requiera la puesta en funcionamiento, pero han de poseer la aptitud y cualidad para servir a la falsificación. Y como delito doloso requiere el dolo específico de destinarlo a la falsificación.

Por último, y ya en materia de penas señalar que se ha procedido a una adecuada individualización judicial de la pena en torno a la gravedad de los hechos y con canon de proporcionalidad, ya que la rebaja del marco de 7/8 años a los 3 años que aplica al considerar la atenuante del art. 21.6 como muy cualificada.

En cuanto al alegato de la responsabilidad civil señala el Tribunal que "Compareció al acto del Juicio la representante legal de MAKRO, Dulce, y explicó que la empresa no había cobrado el importe de las compras efectuadas por el acusado y sus acompañantes, que aunque iban juntos dividieron la compra para hacer cuentas separadas, y que en consecuencia procedió a reclamar lo que se les debiera en nombre de MAKRO.

A pesar de que son más los afectados por la conducta delictiva desplegada, en el resto de los casos los perjudicados han sido indemnizados por sus respectivas entidades financieras, sin que luego las mismas hayan comparecido a reclamar en el Juicio, habiendo limitado las indemnizaciones a las personas y entidades que efectivamente han efectuado la reclamación".

En el tercer apartado de los hechos probados se describen defraudaciones por las que la entidad Servired hubo de efectuar desembolsos. En el cuarto apartado de los hechos probados se describen, entre otros, los hechos que perjudicaron a la empresa Makro. El pronunciamiento de condena civil a favor de Servired se identifica con la suma de las cantidades de que dicha entidad hubo de responder, según la secuencia fáctica en su tercer apartado. Las cantidades en que se cifre el perjuicio de Makro no fueron satisfechas por Servired, como puede comprobarse en el cuarto apartado del "factum". Responde de todo ello el recurrente, como se expone en la sentencia, y lo hace en cuanto a la extensión de la responsabilidad civil conjunta y solidariamente del recurrente con los ya condenados Gines y Raúl.

El motivo se desestima.

CUARTO.- Desestimándose el recurso, las costas se imponen al recurrente (art. 901 LECrim).

FALLO

Por todo lo expuesto, en nombre del Rey y por la autoridad que le confiere la Constitución, esta sala ha decidido



DECLARAR NO HABER LUGAR al recurso de casación interpuesto por la representación del acusado **Eulogio**, contra sentencia dictada por la Audiencia Provincial de Valladolid, de fecha 14 de marzo de 2018, en causa seguida contra el mismo por delito de falsificación de tarjetas de crédito y débito en concurso medial con un delito continuado de estafa. Condenamos a dicho recurrente al pago de las costas procesales ocasionadas en su recurso. Comuníquese esta resolución a la mencionada Audiencia a los efectos legales oportunos, con devolución de la causa que en su día remitió.

Notifíquese esta resolución a las partes e insértese en la colección legislativa.

Así se acuerda y firma.

Julian Sanchez Melgar Francisco Monterde Ferrer

Andres Palomo Del Arco Vicente Magro Servet

Eduardo de Porres Ortiz de Urbina

FONDO DOCUMENTAL CENDOJ