

RESUMEN

La Audiencia Nacional condenó a estas personas como autores de un delito de **tenencia de moneda falsa** para la expendición o distribución, de un delito simple de estafa y por una falta de estafa en grado de tentativa. La conducta aquí enjuiciada gira entorno a la **posesión de diversas tarjetas**, modificadas en su banda magnética, **con objeto de sacar dinero en cajeros automáticos**, operación que se conoce policialmente con el nombre de “skimming” y en este sentido el TS encaja la conducta enjuiciada en el tipo del art. 248,2 CP 95 creado como consecuencia de la falta de tipicidad de los engaños a las máquinas y que requiere valerse de alguna manipulación informática o artificio semejante para conseguir una transferencia no consentida de cualquier activo patrimonial en perjuicio de tercero. Se les condena por un delito continuado de estafa informática.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- El Juzgado Central de Instrucción núm. 5 instruyó Sumario núm. 1/2006 por delito de falsificación de moneda (tarjetas de crédito) contra Pascual, Rogelio, Sergio, Florinda e Carlos Miguel, y una vez concluso lo remitió a la Sección Segunda de la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional, que con fecha 13 de febrero de 2008 dictó Sentencia núm. 7/2008, que contiene los siguientes hechos probados:

”Primero.- Sobre las 19.00 horas del día 2 de diciembre de 2005, los funcionarios del Cuerpo Nacional de Policía con carnet profesional núm. 000, núm. 001, núm. 002 y núm. 003, se dirigieron a las inmediaciones del cajero automático de la entidad bancaria Banco Guipuzcoano, sita en la confluencia de las calles Azcona y Ardemans de Madrid, donde observaron como el ciudadano rumano identificado como Ildfonso, del que más tarde se comprobó su minoría de edad, se encontraba realizando distintas extracciones de dinero, operación que reiteró en un cajero automático de la entidad bancaria BSCH sito en la confluencia de las calles Azcona y Cartagena de esta misma ciudad.

En este último, y cuando se disponía a recepcionar la suma de 250 euros, se procedió a su detención, ocupándosele en su poder 15 tarjetas blancas con banca magnética, donde se habían introducido los datos de otras legítimas y que se habían utilizado para la extracción de distintas cantidades de dinero, ascendiendo a un total de 1.700 euros, que le fueron incautados.

Las quince tarjetas aludidas, tenían manuscrito en su parte superior derecha los códigos PIN.

SEGUNDO.- Como consecuencia de esta primera detención, se llegó al conocimiento de la relación que el detenido mantenía con los también ciudadanos rumanos Rogelio y Pascual, con los que se encontraba hospedado en el Hostal “Di Carlo”, sito en la calle Azucenas núm. 5 de Madrid.

Tras los oportunos seguimientos policiales, se comprobó como sobre las 19.50 horas del día 6 de diciembre de 2005, salía el primero de los citados, quien enfiló hacia la calle Bravo Murillo, prestando atención a diversos cajeros automáticos, y a la altura del inmueble número 333 de la mencionada vía, se detuvo en uno perteneciente a la entidad bancaria BSCH, procediendo a sacar una tarjeta blanca como las ya referidas, produciéndose su identificación y detención antes de que llegase a introducirla en el cajero automático.

En ese momento, se le ocupan en su poder, seis tarjetas blancas con banda magnética, en las que aparecen numeraciones manuscritas en la esquina superior derecha, una carta de identidad de la República italiana con núm. 033 con su fotografía y sus mismos datos de filiación, dos pedazos de hojas con anotaciones manuscritas y 30 euros.

Mientras acaecían estos hechos, los funcionarios del Cuerpo Nacional de Policía que se encontraban vigilando en el Hostal “Di Carlo” observaron la presencia del posteriormente identificado como Pascual, quien se introducía en el hostel, procediendo a su detención y aprehendiendo en su poder 19 tarjetas blancas con banda magnética en las que figuran numeraciones manuscritas en la esquina superior derecha, carta de identidad de la República Italiana con núm. 034 con su fotografía y sus mismos datos de filiación, la tarjeta llave de la habitación núm. 035 del Hostal “Di Carlo” y la suma de 2.125 euros con origen en las distintas operaciones

fraudulentas realizadas en los cajeros automáticos.

En la diligencia de entrada y registro llevada a cabo en la habitación núm. 035 del Hostal “Di Carlo” ocupada por los referidos en virtud de mandamiento judicial expedido por el Juzgado de Instrucción núm. 25 se aprehendieron en una maleta un teléfono móvil de la marca Nec color plateado, en los bolsillos de una cazadora roja siete trozos de papel con filas de números y letras, y otro trozo de papel con numeraciones y letras en el bolsillo del pantalón, una tarjeta de crédito rota en cuatro trozos, en la maleta un billete de avión a nombre de Rogelio, para el 7 de diciembre de 2005 con destino Venecia, en la maleta un pasaporte rumano a nombre de Ildefonso núm. 036, 400 euros en billetes en el bolsillo de un pantalón y con origen en operaciones fraudulentas como las descritas, un post-it amarillo con series numéricas en otra maleta, un teléfono móvil de la marca Nokia con cargador, en la misma maleta, una Playstation marca Sony de color negro con su cargador, cinco justificantes de transferencias a un banco rumano, una tarjeta del Ministerio de Hacienda Italiano, un pasaporte de Rumania núm. 037 a nombre de Pascual, una hoja de identidad del Ministerio Italiano a nombre del anterior, una tarjeta de la banca “Antonveneta” núm. 038, cuatrocientos euros en billetes, y un reloj plateado en una caja marca Guess.

En la caja fuerte de la habitación se aprehendió un paquete de 200 billetes de 50 euros, otro paquete de 200 billetes de 50 euros, otro de 200 billetes de 50 euros, un paquete con 48 billetes de 50 euros, 73 billetes de 20 euros y cuatro billetes de 10 euros, un paquete de 101 billetes de 20 euros y otros tres paquetes, cada uno de ellos con 100 billetes de 20 euros.

El mencionado dinero tenía su origen en operaciones fraudulentas como las anteriormente expuestas y realizadas en distintos cajeros automáticos.

Asimismo, se aprehendieron un total de 32 tarjetas blancas con banda magnética como las anteriores. Encima de la citada caja fuerte, un cuaderno de pastas verdes con anotaciones de nombres y cifras.

Con posterioridad al momento de la detención de estas personas, se recibieron diversas llamadas a los teléfonos móviles intervenidos desde los núm. 039 y núm. 040, cuya observación y escucha fue interesada de la autoridad judicial, resultando que el primero de ellos era utilizado por el también acusado Florinda, y el segundo por un tal Millán .

Las transcripciones y resúmenes obran a los folios 627 a 648 de las actuaciones.

Las 57 tarjetas blancas con banda magnética aprehendida a estos dos sujetos, en la forma descrita, tenían introducidos en sus bandas magnéticas diversos datos, y en las mismas aparecían las numeraciones pertenecientes al número identificador de la tarjeta y a los códigos PIN de las, que han sido analizados por el Jefatura Superior del Policía, obrando el resultado de la lectura de las bandas magnéticas de las tarjetas incautadas a los folios 148 y 149 de las actuaciones, como Anexo 45 del Atestado policial núm. 041 de 5 de diciembre de 2005 de la Comisaría del Cuerpo Nacional de Policía del Distrito de Salamanca en Madrid, con las mismas se efectuaron numerosas extracciones de diversos cajeros automáticos de entidades bancarias de Madrid, cuya relación obra a los folios 771 y siguientes de las actuaciones.

Estas tarjetas, según consta en oficio policial de 8 de febrero de 2006 no fueron individualizadas en su momento por error involuntario, procediendo a remitirlas conjuntamente al Grupo XX de la Brigada Provincial de Policía Judicial de Madrid para la lectura de su banda magnética, por lo que no es posible determinar qué tarjeta fue ocupada a cada detenido (folio 753).

TERCERO.- El día 7 de diciembre de 2005 se procede a la detención de Pascual. En el momento de la detención se aprehendieron en su poder, ciento cuarenta euros en efectivo, un recibo por importe de mil euros en concepto de señal por reparación de un vehículo de la marca Porsche Cayenne del “Centro Porsche Padova” una tarjeta de crédito de la entidad “BRD Groupe Societé Generale” con numeración núm. 042 a nombre de Pascual, una porción de un papel de un cuaderno con anotaciones en tinta verde y azul, referentes a nombres y cantidades, treinta y tres justificantes de extracción en cajeros automáticos pertenecientes a distintas entidades bancarias por un importe total de 126.40 euros siete tickets de compra de diferentes efectos por un importe de 7.100,90 euros, una tarjeta de embarque de la compañía “Air Europa” con salida de Madrid y destino Milán, para el vuelo núm. 043 de fecha 02/12/2005 a su nombre, y una reserva de vuelo de ida y vuelta de Venecia a Madrid por un importe de 143,18 euros.

En la diligencia de entrada y registro de la habitación núm. 044 del “Hostal Plaza de España” sito en la Plaza de España núm. 7 de Madrid, acordada por resolución del Juzgado de Instrucción núm. 30 de Madrid de 7 de diciembre de 2005, ocupada por el imputado, se ocuparon los siguientes efectos:

En una maleta con ruedas de color negro, una tarjeta blanca con banda magnética con el núm. 045, factura de Dolce & Gabbana a nombre del referido de fecha 26 de noviembre de 2005, una cámara de fotos marca “Sony” con número de serie núm. 046, dos papeles con anotaciones relativas a un vehículo Porsche Cayenne y Porsche Centrum, una libreta con anotaciones relativas a un vehículo.

En otra maleta negra con remates marrones, parte de una tarjeta de embarque en un vuelo de Iberia a nombre de Rogelio.

En otra maleta negra con ruedas, permiso de conducir de Rumania a nombre de Pascual, parte de la tarjeta de embarque a nombre de Pascual de Venecia a Madrid y documentación relativa al teléfono móvil núm. 047.

En otra maleta negra con adornos rojos un documento francés del Ministerio de Economía, Finanzas e Industria francés, un ticket de compra por importe de 134,90 euros de un establecimiento de Padova (Italia), un ticket de compra por importe de 500 euros de un establecimiento italiano, parte de una tarjeta de embarque a nombre de Ildefonso, etiqueta de equipaje a nombre de Sergio, y cinco carpetas con diferente documentación.

Los treinta y seis justificantes de extracción en cajeros automáticos (folios 244 a 249) son en realidad resguardos de pago realizados con tarjeta bancaria en Italia principalmente y en Francia (folios 249) y se corresponden cuando menos algunos de ellos, a los efectuados con la tarjeta MasterCard intervenida a su nombre de la entidad bancaria “BRD Groupe Societé Generale” núm. 048 (folio 255) cuya autenticidad no se ha acreditado. Únicamente aparecen como operaciones efectuadas en nuestro país un resguardo de compra de la FNA España de 25 de agosto de 2005 por importe de 699 euros (folio 249) así como una factura de Dolce&Gabbana de fecha 26 de noviembre de 2005, por un importe de 710 euros abonado en caja (folio 255).

Tras la lectura de la banca magnética de la tarjeta blanca con el núm. 045 escrito que le fue intervenida a este acusado, se ha comprobado que a la misma le corresponde el núm. 049 (folio 758). Con ella, se intentaron efectuar sendas extracciones, una por importe de 250 euros el día 25 de noviembre de 2005, a las 20,26 y otra a las 20,27 horas respectivamente, sin que conste cuantía alguna, en un cajero automático del Banco de Sabadell sito en la calle Núñez de Balboa num. 20 de Madrid, y que por razones que se desconocen no fueron autorizadas, según consta en el fichero de operaciones adjuntado por la entidad “Servired S.C.” (folio 773).

Algunas de las maletas intervenidas en la habitación núm. 044 del “Hostal Plaza de España”. Ocupada por Sergio habían sido traídas por éste desde la habitación núm. 035 del Hostal “Di Carlo” donde se hospedaban los acusados Rogelio y Pascual, con posterioridad de a su detención.

Sergio es tío de Ildefonso.

CUARTO.- Por auto de fecha 7 de diciembre de 2005 el Juzgado de Instrucción núm. 16 de Madrid acordó la observación telefónica de los números abonados núm. 039 (Telefónica Móviles) utilizado por “Florinda “ y núm. 040 (Vodafone) usado por “ Millán “, terminales desde las que se realizaron numerosas llamadas a los teléfonos intervenidos a los acusados Pascual y Rogelio, con la finalidad de identificar a las personas implicadas en las actividades criminales señaladas, y a partir del día 9 de diciembre de 2005, se Interceptaron distintas llamadas algunas de ellas desde Italia dirigidas al acusado Florinda.

De la lectura de su transcripción se desprende que una tal Alina iba a mandar a una persona a recoger un aparato, este individuo resultó ser Carlos Miguel, que se desplaza a la ciudad de Barcelona en vez de a Madrid, lugar donde le estaba esperando Florinda para entregarle la mercancía convenida. Una vez en Madrid, éste se pone en contacto con Florinda para su entrega (folios 634 a 647).

Así sobre las 21.00 horas del día 23 de diciembre de 2005, los policías actuantes comprobaron como Florinda contactaba en la calle Gonzalo Fernández de Córdoba de la localidad de San Fernando de Henares (Madrid) con el posteriormente identificado como Carlos Miguel, a quien hace entrega de una bolsa de plástico de color blanco.

Este es detenido en el Aeropuerto de Barajas cuando pretendía salir de España, aprehendiéndose en su poder entre otros efectos, la citada bolsa de plástico en cuyo interior contenía un lector grabador modelo MRS 106 de

color blanco con un transformador y 439 tarjetas blancas con sus bandas magnéticas sin datos en las mismas.

No se ha acreditado que el lector grabador incautado tenga la aptitud e idoneidad necesarias para servir a la finalidad pretendida por las acusaciones, es decir, el clonado de tarjetas bancarias, ya que no existe informe, ni pericial, ni de cualquier otro tipo al respecto.

Tanto este lector, como las tarjetas blancas intervenidas quedaron en poder de la Comisaría del Distrito de Salamanca a fin de realizar las gestiones oportunas para determinar su procedencia (folio 445) sin que conste que dichas operaciones se hayan llevado a efecto.”

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

”Fallamos: 1) Que debemos absolver y absolvemos a los acusados Florinda e Carlos Miguel de la totalidad de los delitos por los que venían siendo acusados por el Ministerio Fiscal y la Acusación particular.

2) Que debemos absolver y absolvemos a los acusados Pascual, Rogelio y Sergio del delito de fabricación de moneda falsa, del que venían siendo acusados por el Ministerio Fiscal, y de los delitos de falsificación de moneda en su variedad de tarjetas de crédito, delito de asociación ilícita y delito continuado de robo con fuerza en las cosas del que venían siendo acusados por la acusación particular,

3) Que debemos condenar y condenamos a los acusados Pascual, Rogelio y Sergio como autores criminalmente responsables sin la concurrencia de circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal, de un delito de tenencia de moneda falsa en su modalidad de tarjetas de crédito.

Asimismo debemos condenar y condenamos a los acusados Pascual y Rogelio como autores, de un delito de estafa.

Y por último debemos condenar y condenamos al acusado Sergio como autor de una falta de estafa en grado de tentativa.

TERCERO.- Notificada en forma la anterior resolución a las partes personadas se preparó recurso de casación por infracción de Ley y de precepto constitucional por las representaciones legales de la Acusación Particular SERVIRED y de los procesados Pascual y Rogelio, que se tuvo 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 de casación formulado por la representación legal de la Acusación Particular SERVIRED, Sociedad Española De Medios De Pago S.C, se basó en los siguientes Motivos De Casación:

1º.- Al amparo de lo dispuesto en el art. 849.1 de la LECrim ., por infracción del art. 28 b) del C. penal en relación a los artículos 386 y 387 del propio cuerpo legal ya que consideramos que los hechos probados en la sentencia son constitutivos de un delito de falsificación de moneda en su variedad de tarjeta de crédito, siendo todos los acusados culpables de ese delito.

2º.- Al amparo de lo dispuesto en el art. 849.1 de la LECrim ., por infracción del art. 74 del C. penal en relación a los artículos 248, 249 y 74 del C. penal , ya que consideramos que los hechos probados en la Sentencia son constitutivos de un delito continuado de estafa, siendo todos los acusados culpables de ese delito, debiéndoseles imponer una pena superior a la fijada en la Sentencia por dichos hechos delictivos.

FUNDAMENTOS DE DERECHO DE INTERÉS

PRIMERO.- La Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional, Sección Segunda, absolvió a Florinda e Carlos Miguel de la totalidad de los delitos de los que venían acusados por el Ministerio Fiscal y la acusación particular, así como a Pascual, Rogelio y Sergio del delito de fabricación de moneda falsa, en su variedad de tarjetas de crédito, de un delito de asociación ilícita y de un delito continuado de robo, y les condenó, en cambio, por un delito de tenencia de moneda falsa para la expendición o distribución, y a los dos primeros por un delito simple de estafa y a Sergio por una falta de estafa en grado de tentativa,

SEGUNDO.- Rogelio y Pascual tenían en su poder 57 tarjetas, modificadas en su banda magnética, con objeto de sacar dinero en cajeros automáticos, operación que se conoce policialmente con el nombre de “skimming”.

Dichas tarjetas han sido utilizadas en operaciones defraudatorias, aunque no haya podido determinarse cuál de

ellas ha sido utilizada por cada uno de los detenidos, al ser remitidas conjuntamente.

Se desconoce cualquier explicación acerca de la posesión de todas esas tarjetas (en número total de 57), ni la procedencia del dinero que se encontraba guardado en la caja fuerte.

Con todos esos datos, llegar a la conclusión de que el dinero incautado es producto del uso fraudulento de tales tarjetas simuladas, se encuentra dentro de toda lógica y racionalidad, ha sido explicado en la sentencia recurrida, y en consecuencia, el motivo no puede prosperar.

TERCERO.- El segundo motivo es la indebida aplicación del art. 248 del Código penal . En definitiva, se impugna tal calificación jurídica, bajo el argumento de que el cajero automático es una máquina, y ésta no puede ser objeto de engaño.

Pero en realidad, los hechos han sido calificados bajo el apartado segundo de dicho precepto, que dispone lo siguiente:

”También se consideran reos de estafa los que, con ánimo de lucro, y valiéndose de alguna manipulación informática o artificio semejante consigan la transferencia no consentida de cualquier activo patrimonial en perjuicio de tercero”.

El delito denominado de manipulación informática, ha sido de reciente creación, consecuencia de la falta de tipicidad de los engaños a las máquinas.

En efecto, se ha declarado por la jurisprudencia que sólo puede ser engañada una persona que, a su vez, pueda incurrir en error. Por lo tanto, **ni las máquinas pueden ser engañadas** -es obvio que no es “otro”, como reclama el texto legal-, **ni el cajero automático ha incurrido en error**, puesto que ha funcionado tal como estaba programado que lo hiciera, es decir, entregando el dinero al que introdujera la tarjeta y marcara el número clave.

De esa forma, el tipo aplicado requiere valerse “de alguna manipulación informática o artificio semejante” para conseguir una transferencia no consentida de cualquier activo patrimonial en perjuicio de tercero.

Esta manipulación ha propiciado que el hecho consistente en sacar dinero de un cajero automático, mediante la obtención subrepticia de la clave de acceso, haya dificultado su calificación jurídica, de modo que en **ocasiones se ha calificado de robo con uso de llaves falsas** (art. 238. 4º, en relación con el 239, tercero, pues se consideran llaves falsas:

”cualesquiera otras que no sean las destinadas por el propietario para abrir la cerradura violentada por el reo. A los efectos del presente artículo, se consideran llaves las tarjetas, magnéticas o perforadas, y los mandos o instrumentos de apertura a distancia “), y otras veces, en este tipo de manipulación informática.

Esta cuestión merece ser, desde luego, aclarada por el legislador, e incluso un anteproyecto de ley precedente, que finalmente no llegó a aprobarse (el de 2006), trataba de clarificar esta cuestión, tipificando aquellos comportamientos, mediante los cuales “utilizando tarjetas de crédito o débito, o cheques de viaje, o los datos obrantes en ellos”, se realizaran operaciones de cualquier clase en perjuicio de su titular o de un tercero. Sin embargo, el actual proyecto de 2008, no se ocupa de esta modalidad delictiva.

En este sentido, la Decisión Marco del Consejo de Ministros de la Unión Europea sobre “la lucha contra el fraude y la falsificación de medios de pago distintos del efectivo”, de fecha 28 de mayo de 2001, dispone en su art. 3º que “cada estado miembro adoptará las medidas necesarias para garantizar que las siguientes conductas sean delitos penales cuando se produzcan de forma deliberada: realización o provocación de una transferencia de dinero o de valor monetario (...) mediante:

-la introducción, alteración, borrado o supresión indebidas de datos informáticos especialmente datos de identidad.

-la interferencia indebida en el funcionamiento de un programa o sistema informáticos.

Como dice la STS 369/2007, de 9 de mayo, en el derecho alemán con la entrada en vigor el 1.8.1996 del parágrafo 263 a) del STGB que dispone:

”el que con la intención de obtener un beneficio patrimonial ilícito para sí o para un tercero, lesiona el patrimonio de otro interfiriendo en el resultado de un tratamiento de datos, mediante una estructuración

incorrecta del programa, la utilización incorrecta o incompleta de datos, la utilización de datos sin autorización, o la intervención de cualquier otro modo no autorizado en el proceso, será castigado con la pena de privación de libertad de hasta cinco años o con multa...”, pretende solucionar el problema de la obtención de dinero de los cajeros automáticos, previa sustracción de la tarjeta de otro, tipificando como **supuesto de estafa** una especie de intrusismo informático, esto es, la utilización no autorizada de datos (sinbefugte verwendung).

Por ello, la actual redacción del art. 248.2 del Código penal permite incluir en la tipicidad de la estafa aquellos casos que mediante una manipulación informática o artificio semejante se efectúa una transferencia no consentida de activos en perjuicio de un tercero admitiendo diversas modalidades, bien mediante la creación de órdenes de pago o de transferencias, bien a través de manipulaciones de entrada o salida de datos, en virtud de los que la máquina actúa en su función mecánica propia.

Como en la estafa común, debe existir ánimo de lucro; pero también debe concurrir una manipulación informática o artificio semejante, que es la modalidad comisiva mediante la que torticeramente se hace que la máquina actúe; y, finalmente, también se requiere un acto de disposición económica en perjuicio de tercero, que se concreta en una transferencia no consentida.

Subsiste la defraudación y el engaño, propio de la relación personal, que aquí es sustituido mediante un medio comisivo defraudatorio por la manipulación informática o artificio semejante, en el que lo relevante es que la máquina, informática o mecánica, actúe a impulsos de una actuación ilegítima que bien puede consistir en la alteración de los elementos físicos, o de aquéllos que permite su programación, o bien por la introducción de datos falsos.

La calificación como delito de robo, que en un tiempo tuvo mucho predicamento, va perdiendo fuerza interpretativa.

La fuerza en las cosas, típica del robo, es aquella precisa para “acceder al lugar donde éstas se encuentren”, tal y como lo define legalmente el art. 237 CP. Y el dinero en los cajeros se halla en un cajetín en el interior del mismo al que en ningún momento se accede.

Al operar con la tarjeta en un cajero, lo esencial es que se introducen datos en el ordenador y que el sistema efectúa una disposición patrimonial no consentida con el titular que se llega a registrar contablemente.

Por último no parece tolerable una distinta calificación cuando la tarjeta es utilizada en un establecimiento comercial, que cuando es utilizada en un cajero automático. La STS 369/2007, tantas veces citada, nos dice la respecto:

”... si de desdobra la calificación jurídica del uso de la tarjeta de modo que su uso en local comercial es constitutivo de estafa, pues se acepta doctrinal y jurisprudencialmente que la persona que habiéndose hecho con una tarjeta de la que no es titular, finge serlo en una operación presencial, consiguiendo de este modo, que el establecimiento le proporcione bienes o servicios, consume un delito de estafa, pues provoca, presentando la tarjeta, una apariencia de crédito o de garantía de pago de la que realmente carece y provoca, de este modo, una disposición que ha de ser asumido por una persona jurídica que se comprometió a ello bajo presuposición de normalidad de uso, y su utilización en cajero es merecedor de la calificación de robo, nos hallaríamos ante dos delitos distintos en concurso, un robo con fuerza en las cosas en relación a los cajeros, y un delito de estafa en cuanto a su uso en establecimientos comerciales (...) y resultaría absurda y más grave para el acusado esta separación en dos delitos de lo que no es sino una única intención y manifestación delictiva de obtener metálico o efectos mediante las tarjetas, que merece la única respuesta punitiva de la estafa”.

Por estas consideraciones, el motivo será desestimado.

CUARTO.- Daremos respuesta ahora al motivo segundo de la acusación particular, por estar interrelacionado con el precedente, pues por la vía autorizada en el art. 849-1º de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, aquella interesa que los hechos relatados como probados, sean constitutivos de un delito de estafa en grado de continuidad delictiva.

El Tribunal sentenciador, sin abordar en profundidad esta materia, nos dice que no cabe apreciar la continuidad delictiva, al entender que la acción se ha desplegado en unidad de acto.

Pero obsérvese que los hechos probados relatan que “el mencionado dinero (los 42.300 €) tenía su origen en

operaciones fraudulentas como las anteriormente expuestas y realizadas en distintos cajeros automáticos”.

Y en la fundamentación jurídica de la sentencia recurrida, se razona que “con los códigos numéricos incorporados a las bandas magnéticas de las tarjetas incautadas, se efectuaron numerosas extracciones bancarias en diversos cajeros automáticos de Madrid, entre los días 25 de noviembre y 5 de diciembre de 2005 (folios 771 a 776)”

La continuidad delictiva supone un único dolo -dolo unitario- que se exterioriza fraccionadamente bien como ejecución parcial de un dolo conjunto ideado -plan preconcebido- o bien como un dolo continuado exteriorizado en el aprovechamiento de idéntica ocasión.

Esta Sala (Sentencia de 9 de diciembre de 1998) ya declaró que **“el delito continuado constituye una figura jurídica que agrupa en una sola infracción compleja sancionable como delito único, una serie de acciones homogéneas realizadas en momentos distintos con unidad resolutive”**, para ello debe concurrir el elemento fáctico de la pluralidad de acciones, el subjetivo de actuar con dolo unitario o conjunto, y el normativo de la homogeneidad del precepto o preceptos infringidos.

En este sentido, nuestra Sentencia 523/2004, de 24 de abril, ya señaló que desde la perspectiva de la homogeneidad del delito continuado por afectar o no a un mismo “modus operandi”, hemos dicho reiteradamente que **para que pueda apreciarse delito continuado es preciso que concurren los siguientes requisitos:**

- a) pluralidad de hechos diferenciados y no sometidos a enjuiciamiento separado por los Tribunales;
- b) concurrencia de un dolo unitario que transparenta una unidad de resolución y propósito que vértebra y da unión a la pluralidad de acciones comisivas, de suerte que éstas pierden su sustancialidad para aparecer como una ejecución parcial y fragmentada en una sola y única programación de los mismos;
- c) realización de las diversas acciones en unas coordenadas espacio-temporales próximas, indicador de su falta de autonomía; d) unidad del precepto penal violado, de suerte que el bien jurídico atacado es el mismo en todas;
- e) unidad de sujeto activo;
- f) homogeneidad en el “modus operandi” por la idéntica o parecida utilización de métodos, instrumentos o técnicas de actuación afines (STS núm. 1103/2001, de 11 de junio; STS de 2 octubre 1998, STS de 1 marzo y 6 noviembre de 1995, y STS 1749/2002, de 21 de octubre).

Siendo ello así, **la continuidad delictiva es patente, y en consecuencia, el motivo, que ha contado con el expreso apoyo del Ministerio Fiscal para los acusados Rogelio y Pascual, tiene que ser estimado, habiéndose solicitado por éste una pena de dos años de prisión para cada uno de ellos.**

Respecto a Sergio, el “factum” señala que con la tarjeta blanca núm. 045, aún cuando se intentaron algunas extracciones, no se efectuó ninguna, al no ser autorizadas, “por razones que se desconocen”; localizándose exclusivamente una sola extracción intentada por valor de 250 euros, sin que se produjera con éxito. Estos hechos probados impiden la consideración pretendida de un delito de estafa en grado de continuidad delictiva.

QUINTO.-

Ya expresa la sentencia recurrida que por lo que hace a tal fabricación, “no existe dato alguno, ni siquiera indiciario, que acredite que estos acusados han llevado a cabo el proceso de fabricación de las tarjetas intervenidas”, por ello se plantea la incardinación jurídica de los hechos enjuiciados dentro del art. 400 del Código penal (tenencia de útiles para la falsificación), o añadimos nosotros, en el nuevo art. 248.3 (tenencia de útiles para la estafa), pero concluyen que no existe informe pericial alguno que acredite la virtualidad operativa del aparato intervenido (a otros acusados), pues no se han ocupado programas informáticos ni otros instrumentos utilizados para la manipulación de cajeros.

Y ello es consecuencia, como exponen los jueces “a quibus”, de las lagunas de esta investigación, que han generado “severas dudas” acerca del destino de los efectos intervenidos a los acusados y que obligaron al Tribunal de instancia a optar por el principio “in dubio pro reo”.

De otro lado, la cooperación necesaria en el delito de fabricación de moneda, recibe tratamiento legal explícito en el párrafo tercero del art. 386 del Código penal, al incriminar, junto al fabricante, alterador, introductor o

exportador, a aquellos otros que, en connivencia con los primeros, realicen actividades de transporte, expendición o distribución.

Obvio es que la obtención de dinero en los cajeros automáticos, tras la fabricación de moneda falsa asimilada, no constituye ninguna de tales actividades (transporte, expendición o distribución), sobre todo teniendo en cuenta el concepto que maneja esta Sala Casacional de la expresión “expendición” que -aunque pudiera ser más o menos discutible- es la que se ha acuñado, previa Sala General de Unificación de Criterios, como después veremos.

Así las cosas, de los hechos probados no resultan actos de cooperación necesaria con actos de fabricación, alteración, introducción o exportación, menos con un autor desconocido, por lo que este apartado inicial, y con él, el motivo correspondiente de la acusación particular, ha de ser desestimado.

El motivo tercero de los acusados reprocha igualmente la calificación jurídica incluida en el art. 386, párrafo segundo, del Código penal, es decir, la consideración de los hechos como una tenencia de moneda falsa para su expendición o distribución, que la Sala sentenciadora de instancia aceptó, como concurrente, en la sentencia recurrida.

”La tenencia de tarjetas falsas de crédito o débito, para poder ser sancionadas con fundamento en el art. 386.2 del Código penal, precisará la acreditación de una finalidad de transmisión”.

Y esta misma cuestión ha sido abordada recientemente, en la STS 580/2009, de fecha 27/05/2009, que nos dice a este respecto que existe una doctrina de esta Sala clara sobre el sentido de que las modalidades típicas del art. 386 del Código penal van referidas a la moneda metálica o papel moneda.

Ciertamente a ellas queda equiparada la tarjeta de crédito, pero tal equiparación será solo apreciable en la medida que la misma sea posible, y por lo que se refiere a la detentación con vocación de expedición es claro que no cabe equiparación con la tarjeta de crédito porque ésta “no se tiene” para expenderla, sino que se tiene para usarla como medio sustitutivo del dinero, por tanto tal uso podrá dar lugar al delito de estafa en concurso con el de falsedad en documento mercantil, en referencia a la firma del ticket de compra, pero no es posible el delito de tenencia de tarjeta.

En definitiva, no es posible la equiparación entre el delito de tenencia de dinero y el de tenencia de tarjeta, por lo que esta última tenencia será atípica.

Ha de aclararse, pues, definitivamente el comportamiento del poseedor de tarjetas de crédito falsas con ánimo de utilización para obtener bienes o servicios, al igual que ocurre con la moneda falsa, propiamente dicha.

Ahora bien, el supuesto de autos ofrece unos contornos singulares, ya que las tarjetas poseídas por los acusados eran de las denominadas “blancas”, es decir, no tenían apariencia alguna de autenticidad, por carecer de cualquier dato identificativo tanto del titular como del emisor de las mismas.

De esa manera no aparecería, como dice la Sentencia anteriormente citada, ningún dato referente al titular de tales tarjetas, ni podían servir éstas, correlativamente, para ser utilizadas en el ámbito mercantil, sino exclusivamente podían llevarse a cabo operaciones en cajeros automáticos, mediante el uso de una clave y una manipulación informática o artificio semejante, que satisface plenamente las exigencias del tipo penal contemplado en el art. 248.2 del Código penal.

Aquí, en realidad, no ha habido un acto de falsificación, si por este concepto entendemos imitar lo auténtico mediante maniobras mendaces, sino claramente la fabricación de un instrumento para llevar a cabo esa estafa informática.

Por tanto, desde esta perspectiva, y de acuerdo con la doctrina más extendida de esta Sala Casacional, sobre todo a partir del Acuerdo Plenario citado, estos hechos son atípicos desde la óptica del párrafo segundo del art. 386 del Código penal, y en consecuencia, el motivo debe ser estimado, absolviendo a los acusados en la segunda sentencia que ha de dictarse, lo que tendrá los efectos expansivos previstos en el art. 903 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, respecto al condenado no recurrente, Sergio.

FALLO

Que debemos declarar y declaramos haber lugar, por estimación parcial, al recurso de casación interpuesto por

la representación legal de la Acusación Particular SERVIRED, Sociedad Española De Medios De Pago SC y de los procesados Pascual y Rogelio

SEGUNDA SENTENCIA

FALLO

Que debemos absolver y absolvemos a los acusados Pascual, Rogelio y Sergio del delito de tenencia de moneda falsa, en la modalidad de tarjetas de crédito, con declaración de oficio de las costas procesales.

Y debemos condenar y condenamos a los acusados Rogelio y Pascual, en concepto de autores de un **delito continuado de estafa**.