



www.civil-mercantil.com

TRIBUNAL SUPREMO

Sentencia 330/2014, de 23 de abril de 2014

Sala de lo Penal

Rec. n.º 1772/2013

SUMARIO:

Falsificación de documentos mercantiles. Tarjetas de crédito. Concurso de normas y concurso ideal. Ruedas de reconocimientos. Medios de investigación o de prueba. Principio acusatorio. La sanción por el delito de falsificación de tarjetas de crédito no absorbe el desvalor jurídico penal que se deriva de su uso posterior, engañando a comerciantes, encontrándose ambas acciones en relación de concurso ideal (art. 77 1.º CP) y no de concurso de leyes. La relación entre el apartado tercero del art. 399 bis (uso de las tarjetas a sabiendas de su falsedad sin participar en la falsificación) y la estafa de art. 248.2 c) del CP (los que utilizando tarjetas de crédito, realicen operaciones de cualquier clase en perjuicio de su titular o de un tercero) es la del concurso de normas. Pero la relación entre el apartado primero de dicho artículo (falsificación de las tarjetas) y la estafa cometida a través de su uso posterior, del art. 248 2 c), es la del concurso ideal o instrumental del art. 77 CP. Los reconocimientos efectuados en sede policial, o en sede judicial en fase sumarial, bien a través del examen de fotografías o bien mediante ruedas de reconocimiento, son en realidad medios de investigación, por tanto, el derecho a la presunción de inocencia no se desvirtúa por el resultado del reconocimiento fotográfico, sino por el resultado del medio de prueba practicado en el acto del juicio, consistente en la ratificación del testigo sometido al interrogatorio cruzado de las partes. El Tribunal sentenciador no puede imponer pena superior a la más grave de las pedidas en concreto por las acusaciones, cualquiera que sea el tipo de procedimiento por el que se sustancie la causa.

PRECEPTOS:

Ley Orgánica 10/1995 (CP), arts. 66, 74, 77.1, 248, 249, 390.1.º, 392 y 399 bis.

Constitución Española, arts. 24.2, 25.2 y 120.

Ley de Enjuiciamiento Criminal de 1882, art. 733.

Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de 1966, art. 14.5.

PONENTE:

Don Cándido Conde-Pumpido Tourón.



www.civil-mercantil.com

Magistrados:

Don ANTONIO DEL MORAL GARCIA

Don CANDIDO CONDE-PUMPIDO TOURON

Don JUAN RAMON BERDUGO GOMEZ DE LA TORRE

Don JULIAN ARTEMIO SANCHEZ MELGAR

Don PERFECTO AGUSTIN ANDRES IBAÑEZ

SENTENCIA

En la Villa de Madrid, a veintitrés de Abril de dos mil catorce.

En los recursos de casación por infracción de ley e infracción de precepto constitucional por Dionisio , Ernesto , Faustino , Dolores , Estela y Héctor , contra Sentencia dictada por la Sección Segunda de la Audiencia Provincial de Palma de Mallorca, de fecha 6 de junio de 2013 , en causa seguida los mismos por delitos de falsificación y estafa, los componentes de la Sala Segunda del Tribunal Supremo que al margen se expresan, se han constituido para la votación y fallo prevenidos por la ley, bajo la Presidencia del primero de los indicados y Ponencia del Excmo. Sr. D. Candido Conde-Pumpido Touron, siendo también parte el Ministerio Fiscal y estando representados, el primero por la Procuradora. D^a Elisa M^a Sainz de Baranda Riva; y Ernesto , Faustino , Dolores , Estela , Héctor , Dionisio y Ernesto , por el Procurador D. Juan Luis Navas García, y como recurrida la Acusación Particular SERVIRED, representada por la Procuradora D^a M^a del Rocío Sampere Meneses.

I. ANTECEDENTES

Primero.

El Juzgado Central de Instrucción num. 6, instruyó sumario con el num. 73/2007, y una vez concluso lo remitió a la Sección Segunda de la Audiencia Provincial de Palma de Mallorca, Sección Segunda, que con fecha 6 de junio de 2013, dictó Sentencia que contiene los siguientes HECHOS PROBADOS: "Son hechos probados y así expresamente se declaran:

1) Dionisio , mayor de edad y carente de antecedentes penales, con tarjeta de identidad rumana nº. NUM000 , que permaneció privado de libertad por la presente causa entre los días 11 de mayo de 2007 y 5 de enero de 2011, entre noviembre de 2006 y mayo de 2007 procedió a la obtención de datos insertos en tarjetas de crédito mediante un dispositivo electrónico



www.civil-mercantil.com

especial que simulaba la ranura del tarjetero para los cajeros automáticos de las entidades bancarias, que portaba al ser detenido, siéndole intervenido en su domicilio un dispositivo grabador de tarjetas, elementos con los que procedió a reproducir las siguientes tarjetas de crédito:

- La correspondiente a la entidad bancaria FNB (de número NUM001) titulada a nombre de Salvador , cuya banda magnética presentaba las numeraciones NUM002 y NUM003 .
- La correspondiente a la entidad bancaria FNB (de número NUM004 a nombre de Adoracion .
- La correspondiente a la entidad bancaria CITYBANK (de número NUM004 a nombre de Adoracion .
- La correspondiente a la entidad bancaria BRD (de número NUM005 a nombre de Amador .

Entre los días 2 y 5 de mayo de 2007 Dionisio llevó a cabo diferentes compras por valor de 2.435 € en el "Supermercado Cidon" y el "Estanco Multiportals" mediante tarjetas de crédito falsificadas e identificándose mediante una carta de identidad a nombre de Cayetano que incorporaba su fotografía.

Los días 5 y 21 de febrero, así como el día 3 de mayo de 2007, Dionisio acudió al establecimiento "The Fone House" situado en Festival Park (término municipal de Marratxí) donde adquirió en sucesivas ocasiones tres teléfonos por valor total de 2.339 €, en cada ocasión mediante tarjetas de crédito falsificadas e identificándose cada vez mediante una carta de identidad a nombre de Cayetano que incorporaba su fotografía, firmando al menos dos veces a nombre de dicha persona los documentos de compraventa y pago por transacción electrónica.

El día 03/05/2007 Dionisio compró tabaco en el estanco de la Plaza Weyler de Palma por un total de (1475 + 4425 = 5.900 €) que pagó mediante tarjetas de crédito, entre otras, dos falsificadas que correspondían a las iniciales Melchor , coincidentes con la que a nombre de Salvador le fue hallada a Dionisio durante el registro en el apartamento NUM006 del EDIFICIO000 .

El día 08/05/2007 Dionisio , acompañado de Ernesto , compró en el establecimiento la "Perfumerías Stefanel" del Puerto de Pollença (Mallorca) género por importe de 414'30 €, que pagó mediante una tarjeta falsificada de referencia numérica **** NUM007) y correspondiente a las iniciales MC.



www.civil-mercantil.com

El día 04/05/07 Dionisio y Ernesto intentaron llevar a cabo una compra de tabaco en el estanco "Fernández Tous" de Santa Ponça (Calvià), para lo que el primero firmó el ticket de transacción electrónica mediante tarjeta de crédito falsificada, aunque exhibió un pasaporte con los datos de identidad del segundo, por lo que le fue rechazada la venta.

Se declara no probado que el día 03/05/2007 Dionisio adquiriera diversos objetos mediante tarjetas de crédito falsificadas en la "Perfumería Internacional" sita en la calle Joan Miró de esta ciudad.

Se declara no probado que el día 02/05/2007 en el establecimiento "Nike Factory" de Festival Park (Marratxí), Dionisio llevara a cabo, acompañado de Dolores , una compra por importe de 440 € identificándose con un carnet de conducir extranjero inédito de número NUM008 que fue anotado sobre el ticket de la transacción electrónica, verificada mediante tarjeta nº. **** NUM009) a nombre de Melchor .

2) Entre noviembre de 2006 y mayo de 2007 Dolores , mayor de edad y sin antecedentes penales, de nacionalidad rumana con pasaporte nº. NUM010 procedió a falsificar una carta de identidad griega a nombre de Adoracion que incorporaba su fotografía, siéndole intervenido durante el registro practicado en su domicilio de la CALLE000 del Arenal (Palma) una impresora, un ordenador, una plastificadora, papel fotográfico y papel plástico. El día 30/11/06 Dolores acudió a la joyería "Piña-Grau" situada en Palma, donde adquirió por importe de 886 € mediante tarjeta de crédito falsa una joya de oro amarillo que pagó con una tarjeta de crédito a nombre de Adoracion , identificándose como tal mediante la carta de identidad griega falsificada por ella que incorporaba su fotografía. En el momento de su detención se le ocupó a esta última una tarjeta de crédito a nombre de Amador de la entidad BDR, otra de FNB (First Nacional Bank) y otra de Citybank.

3) El día 16/11/06 en el establecimiento denominado "Nicolás Joyero" de Palma Ernesto , mayor de edad y sin antecedentes penales, de nacionalidad rumana con pasaporte nº. NUM011 , que permaneció privado de libertad por la presente causa entre los días 28 y 30 de diciembre de 2009, adquirió un reloj de la marca Breitling valorado en 2.400 € que fue abonado mediante una tarjeta de crédito falsificada que figuraba a nombre de Amador .

El día 5 de mayo de 2007 Ernesto , acompañado de Dolores y de Dionisio , adquirió en el establecimiento llamado "Le Pirat" de Puerto Portals (Calvià), mediante tarjeta de crédito falsificada, diversas prendas de vestir por un importe total de 1.238 €, y entre ellas unas zapatillas de la marca "Dolçe et Gabana" y unos pantalones, ropa que posteriormente fue encontrada en poder de Dionisio con ocasión de su detención y registro domiciliario.



www.civil-mercantil.com

4) El día 23 de noviembre de 2006 Héctor , Faustino y Estela , todos mayores de edad y sin antecedentes penales, junto con una cuarta persona declarada en rebeldía, fueron interceptados a punto de embarcar con destino a Barcelona en el Puerto de Palma, llevando tres maletas donde portaban gran cantidad de perfumes, así como también un reloj ilícitamente adquirido de la forma antes expuesta en el establecimiento "Nicolás Joyero", y teléfonos móviles ilícitamente adquiridos en la forma antes expuesta en el establecimiento "The Fone House", objetos que habían adquirido a sabiendas de su ilícita procedencia y para obtener con ellos un beneficio económico.

Segundo.

La Audiencia de instancia dictó la siguiente parte dispositiva: FALLAMOS: "CONDENAMOS a Dionisio como autor de un delito consumado de falsificación de tarjetas de crédito, previsto y penado en el art. 399 bis del Código Penal , y un delito continuado de estafa consumada, previsto y penado en los arts. 74 , 248 y 249 del Código Penal , sin concurrencia de circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal, a la pena de seis años de prisión, e inhabilitación para el ejercicio del derecho de sufragio pasivo por el mismo plazo. Y como autor de un delito continuado de falsificación en documento mercantil consumada, previsto y penado en los arts. 74 , 390.1º-1 y 392 del Código Penal , sin concurrencia de circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal, a la pena de dos años de prisión, multa de siete meses a razón de 12 € diarios con responsabilidad personal subsidiaria de dos días de privación de libertad por cada cuota diaria impagada, e inhabilitación para el ejercicio del derecho de sufragio pasivo por el mismo plazo.

Condenamos a Dolores como autora de un delito consumado de uso de tarjetas de crédito falsificadas, previsto y penado en el art. 399 bis del Código Penal , y un delito consumado de estafa, previsto y penado en los arts. 74 , 248 y 249 del Código Penal , sin concurrencia de circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal, a la pena de tres años de prisión e inhabilitación para el ejercicio del derecho de sufragio pasivo por el mismo plazo. Y como autora de un delito consumado de falsificación de documento oficial previsto y penado en el art. 390.1-2 º y 392 del Código Penal a la pena de dos años de prisión, multa de siete meses a razón de 12 € diarios con responsabilidad personal subsidiaria de dos días de privación de libertad por cada cuota diaria impagada, e inhabilitación para el ejercicio del derecho de sufragio pasivo por el mismo plazo.

Condenamos a Ernesto como autor de un delito continuado de estafa consumada, previsto y penado en los arts. 74 , 248 y 249 del Código Penal , sin concurrencia de circunstancias



www.civil-mercantil.com

modificativas de la responsabilidad criminal, a la pena de un año y cinco meses de prisión e inhabilitación para el ejercicio del derecho de sufragio pasivo por el mismo plazo.

Condenamos a Héctor , Faustino y Estela como coautores de un delito consumado de receptación, previsto y penado en el art. 298.1 del Código Penal , sin concurrencia de circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal, por el que procede imponer a cada uno la pena de ocho meses de prisión e inhabilitación para el ejercicio del derecho de sufragio pasivo por el mismo plazo, disponiéndose el comiso de los objetos que les fueron intervenidos.

Condenamos a Dionisio , Dolores y Ernesto a que indemnicen, por iguales partes entre sí, y solidariamente frente a SERVIRED en la suma de seis mil euros más los correspondientes intereses legales desde la firmeza de la presente resolución hasta su total satisfacción.

Condenamos a Dionisio , Dolores , Ernesto , Héctor , Faustino y Estela al abono de las costas procesales causadas, distribuidas con la siguiente proporción: Dionisio 5/15, Dolores 2/15, Ernesto 1/15, Héctor 1/15, Faustino 1/15, y Estela 1/15.

Les abonamos para el cumplimiento de la condena todo el tiempo durante el que hubieran sufrido privación de libertad por razón de esta causa.

Se aprueban en sus propios términos los Autos consultados por el Juez Instructor sobre la declaración de insolvencia en la cualidad de sin perjuicio con que se emite".

Tercero.

Notificada dicha sentencia a las partes se interpusieron recursos de casación por infracción de ley e infracción de precepto constitucional por Dionisio , Ernesto , Faustino , Dolores , Estela y Héctor , que se tuvieron por anunciados, remitiéndose a esta Sala Segunda del Tribunal Supremo las certificaciones necesarias para su sustanciación y resolución, formándose el correspondiente rollo y formalizándose los recursos.

Cuarto.

Formado en este Tribunal el correspondiente rollo, la representación de Dolores formalizó su recurso alegando los siguientes motivos PRIMERO: Infracción de ley al amparo del art. 849.1º de la L.E.Crim ., y del art. 5.4 de la L.O.P.J ., por vulneración del principio de presunción de inocencia del art. 24.2 de la Constitución Española . SEGUNDO: Infracción de ley al amparo del art. 849.1º de la L.E.Crim ., por aplicación indebida de los arts. 390.1.2 º y 392. TERCERO: Infracción de ley al amparo del art. 849.1º de la L.E.Crim ., por inaplicación del art. 66 del



www.civil-mercantil.com

Código Penal , en relación con los arts. 25.2 y 120 de la C .E., al haberse impuesto una pena mayor a la solicitada por el Ministerio Fiscal.

La representación de Ernesto , formalizó su recurso alegando los siguientes motivos: PRIMERO: Infracción de ley al amparo del art. 849.1º de la L. E.Crim ., y art. 5.4 de la L.O.P.J ., en relación al art. 24.1 y 2 de la Constitución Española , por vulneración del principio de presunción de inocencia. SEGUNDO: Infracción de ley al amparo del art. 849.1º por aplicación indebida del art. 116 del Código Penal en cuanto se establece una responsabilidad civil a favor de la acusación particular.

La representación de Héctor , formalizó su recurso alegando como motivo ÚNICO: Infracción de ley al amparo del art. 849.1º de la L. E.Crim ., y art. 5.4 de la L.O.P.J ., en relación al art. 24.1 y 2 de la Constitución Española , por vulneración del principio de presunción de inocencia.

La representación de Faustino , formalizó su recurso alegando como motivo ÚNICO: Infracción de ley al amparo del art. 849.1º de la L. E.Crim ., y art. 5.4 de la L.O.P.J ., en relación al art. 24.1 y 2 de la Constitución Española , por vulneración del principio de presunción de inocencia.

La representación de Estela , formalizó su recurso alegando como motivo ÚNICO: Infracción de ley al amparo del art. 849.1º de la L. E.Crim ., y art. 5.4 de la L.O.P.J ., en relación al art. 24.1 y 2 de la Constitución Española , por vulneración del principio de presunción de inocencia.

La representación de Dionisio , formalizó su recurso alegando los siguientes motivos: PRIMERO: Infracción de ley al amparo del art. 849.1º de la L.E.Crim ., por error de hecho en los hechos probados que no fueron objeto de contradicción en el acto del juicio oral: infracción del principio de oralidad y contradicción. SEGUNDO: Infracción de ley al amparo del art. 849.1º de la L.E.Crim ., en concordancia con el art. 5.4 de la L.O.P.J ., vulneración del principio de presunción de inocencia, al haberse basado la condena en un reconocimiento fotográfico practicado en sede policial y no ratificado por los testigos de manera correcta en el juicio oral con sumisión a la contradicción de las partes. TERCERO: Infracción de ley al amparo del art. 849.1º de la L.E.Crim ., por infracción del art. 390.1º.1 y 392 del Código Penal .

Quinto.

Instruidas las partes de los recursos interpuestos, quedaron los autos conclusos pendientes de señalamiento de día para la votación y fallo cuando en turno correspondiera.

Sexto.

Hecho el señalamiento han tenido lugar la votación y fallo prevenidos el ocho de abril pasado.



www.civil-mercantil.com

II. FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primero.

La sentencia impugnada, dictada por la Sección Segunda de la Audiencia Provincial de Palma de Mallorca, con fecha seis de junio de 2013, condena a los recurrentes como autores de diversos delitos relacionados con la falsificación de tarjetas de crédito. Frente a ella se alzan los presentes recursos fundados en un total de nueve motivos.

Los hechos declarados probados consisten, en síntesis, en que: 1º) el acusado Dionisio en los años 2006 y 2007 procedió a la obtención de datos insertos en tarjetas de crédito mediante un dispositivo electrónico especial que simulaba la ranura del tarjetero para los cajeros automáticos de las entidades bancarias, que portaba al ser detenido, siéndole intervenido en su domicilio un dispositivo grabador de tarjetas, elementos con los que procedió a reproducir diversas tarjetas de crédito.

Entre los días 2 y 5 de mayo de 2007, Dionisio llevó a cabo diferentes compras por valor de 2.435 € mediante tarjetas de crédito falsificadas identificándose mediante una carta de identidad a nombre de un tercero que incorporaba su fotografía. Los días 5 y 21 de febrero, así como el 3 de mayo de 2007, Dionisio adquirió tres teléfonos por valor total de 2.339 €, mediante tarjetas de crédito falsificadas identificándose mediante una carta de identidad a nombre un tercero que incorporaba su fotografía, firmando al menos dos veces a nombre de dicha persona los documentos de compraventa y pago por transacción electrónica. El 3 de mayo compró tabaco por un total de 5.900 € que pagó mediante tarjetas de crédito, entre otras, dos falsificadas, coincidentes con la que le fue hallada durante el registro en su apartamento. El 8 de mayo, acompañado de Ernesto compró en Puerto de Pollensa género por importe de 414'30 €, que pagó mediante una tarjeta falsificada. El 4 de mayo Dionisio y Ernesto intentaron llevar a cabo una compra de tabaco, para lo que el primero firmó el ticket de transacción electrónica mediante tarjeta de crédito falsificada, aunque exhibió un pasaporte con los datos de identidad del segundo, por lo que le fue rechazada la venta.

2) Entre noviembre de 2006 y mayo de 2007 Dolores, procedió a falsificar una carta de identidad griega que incorporaba su fotografía, siéndole intervenido durante el registro practicado en su domicilio una impresora, un ordenador, una plastificadora, papel fotográfico y papel plástico. El 30 de noviembre de 2006 acudió a una joyería, donde adquirió mediante tarjeta de crédito falsa una joya de oro por importe de 886 € que pagó con una tarjeta de crédito falsificada, identificándose mediante la carta de identidad griega falsificada por ella



www.civil-mercantil.com

que incorporaba su fotografía. En el momento de su detención se le ocupó otra tarjeta de crédito también falseada.

3) El 16 de noviembre de 2006, en una joyería de Palma, Ernesto adquirió un reloj valorado en 2.400 € que fue abonado mediante una tarjeta de crédito falsificada que figuraba a nombre de un tercero. El día 5 de mayo de 2007 Ernesto, acompañado de Dolores y de Dionisio, adquirió en Puerto Portals, mediante tarjeta de crédito falsificada, diversas prendas de vestir por un importe total de 1.238 €, ropa que posteriormente fue encontrada en poder de Dionisio con ocasión de su detención y registro domiciliario.

4) El 23 de noviembre de 2006 Héctor, Faustino y Estela, junto con una cuarta persona declarada en rebeldía, fueron interceptados a punto de embarcar con destino a Barcelona en el Puerto de Palma, llevando tres maletas donde portaban gran cantidad de perfumes, un reloj y varios teléfonos móviles comprados de la forma antes expuesta, objetos que habían adquirido a sabiendas de su ilícita procedencia y para obtener con ellos un beneficio económico.

Segundo.

El primer motivo del recurso interpuesto por la representación del recurrente Dionisio por infracción de ley al amparo del art 849 1º de la Lecrim, alega error de hecho, que los hechos declarados probados no han sido objeto de contradicción en el juicio oral, infracción del principio de oralidad y contradicción. Todo el desarrollo del motivo se dedica a negar los hechos declarados probados en la sentencia de instancia.

La desestimación del motivo se impone dado que un motivo casacional por infracción de ley debe en todo caso respetar el relato fáctico. En realidad el contenido del motivo se corresponde con la supuesta infracción del derecho fundamental a la presunción de inocencia, por lo que sus alegaciones deben analizarse al hilo del examen del segundo motivo de recurso, efectivamente planteado por este cauce.

Tercero.

El segundo motivo, al amparo del art 5 4º LOPJ, alega vulneración del derecho constitucional a la presunción de inocencia, por haberse fundado la condena en un reconocimiento fotográfico practicado en sede policial y no ratificado suficientemente en el juicio.

Incorporando a este motivo las alegaciones relativas a la presunción de inocencia expresadas en el motivo anterior, se aprecia que la impugnación debe analizarse separando las



www.civil-mercantil.com

alegaciones que impugnan la suficiencia de la prueba de cargo que fundamenta la condena por delito de falsificación de tarjetas de crédito, de las que se refieren al delito continuado de estafa, cometido a través de las adquisiciones realizadas con las tarjetas previamente falsificadas.

Cuarto.

Conforme a una reiterada doctrina de esta Sala la invocación del derecho fundamental a la presunción de inocencia permite a este Tribunal constatar si la sentencia de instancia se fundamenta en: a) una prueba de cargo suficiente, referida a todos los elementos esenciales del delito; b) una prueba constitucionalmente obtenida, es decir que no sea lesiva de otros derechos fundamentales, requisito que nos permite analizar aquellas impugnaciones que cuestionan la validez de las pruebas obtenidas directa o indirectamente mediante vulneraciones constitucionales y la cuestión de la conexión de antijuridicidad entre ellas, c) una prueba legalmente practicada, lo que implica analizar si se ha respetado el derecho al proceso con todas las garantías en la práctica de la prueba y d) una prueba racionalmente valorada, lo que implica que de la prueba practicada debe inferirse racionalmente la comisión del hecho y la participación del acusado, sin que pueda calificarse de ilógico, irrazonable o insuficiente el iter discursivo que conduce desde la prueba al hecho probado.

Estos parámetros, analizados en profundidad, permiten una revisión integral de la sentencia de instancia, garantizando al condenado el ejercicio de su derecho internacionalmente reconocido a la revisión de la sentencia condenatoria por un Tribunal Superior (art 14 5º del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos).

En reiterados pronunciamientos esta Sala viene manteniendo que el juicio sobre la prueba producida en el juicio oral es revisable en casación en lo que concierne a su estructura racional, es decir, en lo que respecta a la observación por parte del Tribunal de las reglas de la lógica, los principios de la experiencia y los conocimientos científicos.

Pero también es reiterada la doctrina de que, salvo supuestos en que se constate irracionalidad o arbitrariedad, este cauce casacional no está destinado a suplantar la valoración por parte del Tribunal sentenciador de las pruebas apreciadas de manera directa, como las declaraciones testimoniales o las manifestaciones de los imputados o coimputados, así como los dictámenes periciales, ni realizar un nuevo análisis crítico del conjunto de la prueba practicada para sustituir la valoración del Tribunal sentenciador por la del recurrente o por la de esta Sala, siempre que el Tribunal de Instancia haya dispuesto de prueba de cargo suficiente y válida, y la haya valorado razonablemente.



www.civil-mercantil.com

Es decir, que a esta Sala no le corresponde formar su personal convicción a partir del examen de unas pruebas que no presencié, para a partir de ella confirmar la valoración del Tribunal de instancia en la medida en que ambas sean coincidentes. Lo que ha de examinar es, en primer lugar, si la valoración del Tribunal sentenciador se ha producido a partir de unas pruebas de cargo constitucionalmente obtenidas y legalmente practicadas, y, en segundo lugar, si dicha valoración es homologable por su propia lógica y razonabilidad.

Quinto.

En relación con el delito de falsificación de tarjetas la Sala sentenciadora ha dispuesto de una prueba abrumadora, constitucionalmente obtenida, legalmente practicada y razonablemente valorada, tanto testifical, como pericial, documental e indiciaria.

Tres funcionarios de policía declararon en el acto del juicio oral, con todas las garantías de la inmediación y contradicción, que contemplaron de modo personal y directo como el recurrente, al que seguían precisamente como sospechoso de la falsificación y uso indebido de tarjetas de crédito, tras bajarse del vehículo en que llegó, se dirigía a pie hacia el edificio donde vivía, siendo reconocido por uno de los agentes policiales, que ya le había detenido con anterioridad.

Al darse cuenta el recurrente de la presencia policial tiró en una jardinera próxima a la entrada del edificio un aparato conocido como "boca", que simula la ranura para insertar las tarjetas en los cajeros automáticos y sirve para leer la banda magnética y obtener sus datos, sobre cuyas características y funcionamiento se emitió informe pericial, dictamen que se ha introducido y sometido a contradicción en el juicio mediante declaración de dos funcionarios de la Guardia Civil.

La detención del recurrente se produjo en ese instante, confirmando que residía en el edificio próximo, registrado allí con una carta de identidad falsa.

En el registro verificado con la debida autorización judicial en dicho domicilio, se hallaron, entre otros objetos, un dispositivo grabador de tarjetas, así como una tarjeta de crédito falsa, que contenía dos secuencias numéricas (en lugar de sólo una). La falsedad de la tarjeta está acreditada mediante otro dictamen emitido también durante el juicio por dos funcionarios policiales, que respectivamente llevaron a cabo el análisis pertinente para determinar su falsedad, así como las indagaciones precisas para establecer que con dicha tarjeta se efectuaron compras en diversos establecimientos comerciales.



www.civil-mercantil.com

Se hallaron asimismo unas hojas manuscritas que contenían secuencias numéricas, cuya autoría no fue descartada correspondiera a la mano del recurrente por los peritos calígrafos que depusieron durante el juicio, cuyos informes obran en la causa. Los peritos policiales analizaron las secuencias numéricas que, remitidas al departamento de seguridad de Servired, dieron lugar a otro informe, incorporado a la causa, relativo a la falsificación de tarjetas mediante las aludidas secuencias numéricas, que en realidad correspondían a tarjetas originales emitidas por entidades bancarias diferentes de la que aparecía en la tarjeta falseada.

Los funcionarios explicaron que del ordenador hallado en el domicilio del recurrente se extrajeron fotografías de lectores de bandas magnéticas, que en combinación con la grabadora de tarjetas hacía posible su clonación a partir de las secuencias numéricas correspondientes a las originales, y que los aparatos y útiles ocupados al recurrente resultaban imprescindibles para la clonación de tarjetas y constituían el material adecuado para la primera y más compleja fase del proceso de clonado.

Destaca la sentencia impugnada que el recurrente era el único de los acusados que poseía los instrumentos necesarios para llevar a cabo la fase más compleja del proceso de falsificación; consta que las referencias digitales falsas que poseía (idóneas para clonar tarjetas) fueron empleadas en ocasiones diferentes para llevar a cabo dichas falsificaciones; y asimismo se encontraron en su poder diversas tarjetas falsificadas junto con un documento falso de identidad que llevaba su fotografía.

De este amplio y convincente elenco probatorio se deduce sin excesiva dificultad que fue el recurrente quien elaboró las tarjetas falsas.

Sexto.

En relación con el delito continuado de estafa la prueba es también manifiesta y contundente.

Ahora bien, lo primero que habría que destacar en este sentido es la irrelevancia de este motivo desde el punto de vista punitivo.

La Sala sentenciadora, con error manifiesto, considera que " Entre el delito continuado de estafa y el único delito de falsificación existe concurso de normas, pues como señala la STS 2ª 21 Sep. 2011 " la aplicación de uno solo de los tipos que convergen en la definición del concurso, es más que suficiente para agotar todo el desvalor jurídico-penal que puede predicarse de la infracción"; concurso de leyes a resolver mediante la imposición de una única pena conforme al principio de alternatividad, que debe corresponder a la más grave de las concurrentes, en este caso la prevenida para el único delito de falsificación de tarjetas de



www.civil-mercantil.com

crédito, respecto del que, a su vez, resulta más beneficiosa la aplicación del Código penal vigente".

En aplicación de este concurso de normas el delito continuado de estafa cometido se considera absorbido por el de falsificación, y no se pena separadamente, por lo que la alegación de presunción de inocencia referida a ellos es irrelevante.

Aun cuando no puede ser corregido formalmente el error del Tribunal sentenciador porque resultaría perjudicial para el reo y no ha sido impugnado por la parte acusadora, conviene en cualquier caso esclarecer esta cuestión a efectos jurisprudenciales.

La sanción por el delito de falsificación de tarjetas de crédito no absorbe el desvalor jurídico penal que se deriva de su uso posterior, engañando a comerciantes para adquirir con dichas tarjetas bienes de valor relevante. Ambas conductas pueden sancionarse por separado, si el acusado únicamente se dedica a falsificar tarjetas, pero no consta que las haya usado, o bien se dedica a usarlas para adquirir bienes fraudulentamente, pero no consta que haya participado en su falsificación. O pueden sancionarse acumuladamente si se realizan ambas acciones, pues se vulneran bienes jurídicos distintos, encontrándose ambas acciones en relación de concurso ideal (art 77 1º CP) y no de concurso de leyes, dado que la falsificación es un medio para cometer la estafa (STS. 560/2013, de 17 de junio).

Séptimo.

La sentencia de esta Sala núm. 971/2011, de 21 de septiembre , en la que se apoya el Tribunal de Instancia para sostener el concurso de normas entre la falsificación de tarjetas de crédito sancionada en el núm. 1º del art 399 bis y el delito de estafa continuada constituido por su posterior uso fraudulenta, ha sido erróneamente interpretada por la Sala de Instancia. El concurso de normas no se produce entre la estafa continuada y la falsificación de tarjetas (art 339 bis 1º), sino entre la estafa y el párrafo tercero del art 339 bis, que sanciona a quien sin haber intervenido en la falsificación usare posteriormente las tarjetas en perjuicio de otros a sabiendas de su falsedad.

La sentencia de esta Sala núm. 971/2011, de 21 de septiembre se refiere expresamente a un supuesto en el que " No resultando aplicable el primero de los apartados del art. 399 bis del CP , también hemos de descartar la calificación de los hechos conforme al apartado 2 del mismo precepto, pues como recuerda el Fiscal, al no describirse en los hechos probados un destino a la distribución o al tráfico de la evidente tenencia, los hechos deben incluirse en el apartado 3º , en el que se sanciona el uso, la utilización de las tarjetas de crédito a sabiendas de su falsedad



www.civil-mercantil.com

y en perjuicio de otro. Eso es precisamente lo que hizo el recurrente y por esos hechos ha de ser castigado" (fundamento jurídico tercero).

En consecuencia la argumentación contenida en el fundamento jurídico cuarto de dicha sentencia, se refiere al concurso entre la estafa del art. 248.2.c) del CP y el uso de las tarjetas sancionado en el art 399 3º, no entre la estafa y la falsificación. Así se deduce fácilmente de la misma cuando expresa: " La solución impuesta por la reforma de la LO 5/2010, 22 de junio , con la consiguiente aplicación del art. 399 bis, apartado 3º, conduce de forma obligada a un concurso entre el delito de falsedad y el delito de estafa. Y es que la misma reforma ha introducido en el art. 248.2.c) del CP una nueva modalidad de estafa, castigando con la pena de prisión de 6 meses a 3 años, a " los que utilizando tarjetas de crédito o débito o cheques de viaje, o los datos obrantes en cualquiera de ellos, realicen operaciones de cualquier clase en perjuicio de su titular o de un tercero".

Y el concurso presenta todas las características de un concurso aparente de normas, no un concurso de delitos, tal y como ha entendido la Audiencia Nacional. En efecto, el concurso aparente de normas implica, por definición, una unidad valorativa frente al hecho cometido, de suerte que la aplicación de uno solo de los tipos que convergen en la definición del concurso, es más que suficiente para agotar todo el desvalor jurídico-penal que puede predicarse de la infracción. Forma, pues, parte de su fundamento la suficiencia de uno de los preceptos para la correcta y plena valoración jurídico-penal de la conducta. De no acoger las normas concebidas por el legislador para la solución de esos casos de colisión de preceptos penales, se correría el riesgo de incurrir en una doble incriminación del hecho, con la consiguiente quiebra del principio de proporcionalidad (cfr. STS 254/2011, 29 de marzo).

La relación entre el art. 399 bis, apartado 3 y el art. 248.2 c) del CP no es sino la propia de una relación de alternatividad que ha de resolverse mediante la aplicación del precepto que prevea pena más grave, en este caso, el primero de los tipos mencionados, que castiga la acción con la pena de prisión de 2 a 5 años".

En consecuencia, la relación entre el apartado tercero del art. 399 bis y la estafa de art. 248.2 c) del CP es la de concurso de normas. Pero la relación entre el apartado primero de dicho artículo y la estafa continuada del art 248 2 C), que es la que concurre en el caso actual, es la del concurso ideal o instrumental del art 77 CP . , como se ha interpretado ya por esta Sala en STS 560/2013, de 17 de junio .

Octavo.



www.civil-mercantil.com

En cualquier caso, la alegación de vulneración del derecho a la presunción constitucional de inocencia en relación con el delito continuado de estafa tampoco tiene fundamento.

Cuestiona el recurrente los reconocimientos fotográficos realizados por la policía por estimar que resultan prueba insuficiente, considerando que se han practicado sin las garantías suficientes, pues en alguno de los casos no consta que se haya mostrado a los testigos más que la fotografía del recurrente, y en otros el testigo no recordaba los hechos cuando acudió a declarar al juicio oral, por lo que no ha podido ratificarse.

Es cierto que los reconocimientos fotográficos en sede policial, por sí solos, no constituye prueba apta para destruir la presunción de inocencia, al constituir meras actuaciones policiales que sirven para la apertura de una línea de investigación, a veces imprescindibles porque no hay otra forma de obtener una pista que pueda conducir a la identificación del autor o de descartar a otros sospechosos.

Las STS. 16/2014, de 30 de enero , 525/2011 de 8 de junio , 169/2011 de 22 de marzo y 331/2009 de 18 de mayo , señalan que entre las técnicas permitidas a la Policía, como herramienta para la realización de sus tareas investigadoras, se encuentra la del reconocimiento fotográfico, que ha sido reiteradamente autorizado, tanto por la Jurisprudencia de esta Sala como por la del Tribunal Constitucional, con un alcance meramente investigador, que permite concretar en una determinada persona, de entre la multitud de hipotéticos sospechosos, las pesquisas conducentes a la obtención de todo un completo material probatorio susceptible de ser utilizado en su momento en sustento de las pretensiones acusatorias.

La STS. 16/2014, de 30 de enero , con cita de las sentencias 617/2010 de 24 de junio , 1386/2009 de 30 de diciembre y 503/2008 de 17 de julio , sintética la doctrina general sobre la operatividad procesal y eficacia probatoria de los reconocimientos fotográficos policiales, argumentando que " los reconocimientos efectuados en sede policial, o en sede judicial en fase sumarial, bien a través del examen de fotografías o bien mediante ruedas de reconocimiento, son en realidad medios de investigación que permiten, cuando es necesario, determinar la identidad de la persona a la que los testigos imputan la realización del hecho denunciado, y avanzar en el esclarecimiento de los hechos. Solamente alcanzan el nivel de prueba, como regla general, cuando el reconocimiento se ha realizado en sede judicial, con todas las garantías, entre ellas la presencia del Juez, y quien ha realizado el reconocimiento comparece en el juicio oral y ratifica lo antes manifestado o reconoce en el plenario al autor de los hechos, pudiendo ser sometido a interrogatorio cruzado de las partes sobre los hechos que dice haber presenciado y sobre el reconocimiento realizado. Por tanto, el derecho a la



www.civil-mercantil.com

presunción de inocencia no se desvirtúa por el resultado del reconocimiento fotográfico, sino por el resultado del medio de prueba practicado en el acto del juicio, consistente en la ratificación del testigo sometido al interrogatorio cruzado de las partes".

En definitiva, para que pueda ser entendida como prueba válida y suficiente para desvirtuar la presunción de inocencia, la diligencia ha de ser reproducida en el juicio oral mediante la ratificación de la víctima o testigo en dicho juicio, a fin de poder ser sometida su declaración a contradicción con oralidad e inmediatez, como las garantías constitucionales del proceso exigen. Es esencial, pues, que, siendo posible, la víctima o testigo acudan al plenario para ratificar dicha diligencia ya que, como prueba testifical, es, por su naturaleza, perfectamente reproducible en el acto del juicio oral y debe ser, por tanto, sometida a contraste y contradicción por las partes de forma oral y sin mengua de los derechos de defensa del imputado (STS. 16/2014, de 30 de enero).

Noveno.

En el caso actual, el recurrente no solo ha sido reconocido una vez sino que le han identificado fotográficamente seis testigos distintos, que en su mayoría han comparecido en el juicio oral y ratificado de forma contradictoria dicho reconocimiento. Incluso en uno de los casos la dependienta del establecimiento, al llamarle la atención que en distintas ocasiones el mismo varón comprase varios teléfonos caros en poco tiempo, fotocopió la tarjeta de crédito y la carta de identidad del citado comprador, que resultaron ser las tarjetas falsificadas que después le fueron ocupadas al recurrente, lo que corrobora una identificación exenta de cualquier duda razonable.

La Sala sentenciadora analiza minuciosamente todas y cada una de dichas identificaciones, poniendo de relieve la concurrencia de una prueba abrumadora.

El motivo, en consecuencia, debe ser desestimado.

Décimo.

El tercer motivo de recurso, por infracción de ley, al amparo del art 849 1º de la Lecrim , estima como vulnerados los arts. 74 , 390.1º-1 , 392 , 248 y 249 del Código Penal .

El motivo carece de fundamento. Respetando los hechos declarados probados, que no pueden ser cuestionados en este cauce casacional, es claro que constituyen un delito de falsificación de tarjetas de crédito, previsto y penado en el art. 399 bis párrafo primero del Código Penal resultante de la reforma introducida por LO 5/2010, de 22 de junio, aplicado por ser más



www.civil-mercantil.com

beneficioso, pues la elaboración de diversas tarjetas integra un solo delito del artículo 399 bis 1º, toda vez que en la literalidad de dicho precepto ya se utiliza, para la descripción del tipo, el plural "tarjetas" a la hora de determinar el objeto de la acción falsaria. Al recurrente se le han ocupado los instrumentos propios de la falsificación de tarjetas, así como los resultados de dicha falsificación, constando su uso y tenencia de tarjetas falsificadas, que es lógico y racional inferir que han sido falsificadas con los instrumentos ocupados al propio recurrente.

Asimismo son constitutivos de un delito continuado de falsificación en documento mercantil, previsto y penado en los arts. 74 , 390.1º-1 y 392 del Código Penal , por la firma con nombre falso de los documentos de adquisición de los bienes ilícitamente obtenidos mediante las tarjetas falsificadas.

Lo son asimismo de un delito continuado de estafa, previsto y penado en los arts. 74 , 248 y 249 del Código Penal , que, sin embargo, no ha sido sancionado en la sentencia de instancia por la aplicación de un concurso de normas con la falsificación de las tarjetas.

En consecuencia, el motivo debe ser desestimado.

Undécimo.-

El primer motivo del recurso interpuesto por la representación la condenada Dolores , por infracción de la presunción de inocencia, alega falta de prueba de cargo por considerar insuficiente el reconocimiento fotográfico de la empleada de la joyería donde se adquirió una joya con una tarjeta falsa, para identificar a la recurrente con dicha compradora,

El motivo carece de fundamento. La condena de la recurrente no se apoya exclusivamente en el reconocimiento de la vendedora, que se ha ratificado en el acto del juicio oral y es suficientemente convincente, sino que además a la recurrente se le ocupó en el momento de ser detenida la factura de compra del collar de oro adquirido con la tarjeta falsa, e incluso el ticket de compra con tarjeta de crédito, por lo que la prueba es abrumadora.

También se le ocupó la tarjeta de identidad griega falsificada, con la que se identificó en la joyería, así como instrumentos propios de la falsificación en su domicilio, incluyéndose en la tarjeta de identidad su propia fotografía, por lo que la prueba relativa a la falsificación del documento de identidad es también manifiesta.

Décimo segundo.-

El segundo motivo, por infracción de ley, denuncia la supuesta vulneración de los arts. 390 1 2º y 392 CP . Considera la parte recurrente que la carta de identificación a nombre de Adoracion



www.civil-mercantil.com

es un documento de fantasía, ya que no se corresponde con ninguno real, por lo que carece de capacidad para alterar la seguridad jurídica, y en consecuencia no puede ser calificado como falsedad.

El motivo carece de fundamento. El documento, que incorpora la fotografía de la recurrente, aparenta constituir una tarjeta de identidad griega y lo cierto es que fue aceptada por la encargada de la joyería como suficiente para acreditar la identidad de la recurrente, y venderle un collar de oro, pagado con una tarjeta de crédito también falsificada. No es fácil que los empleados de los establecimientos que deben identificar a los compradores con tarjeta de crédito conozcan a la perfección el formato de los documentos de identidad de todos los países de la Unión Europea, cuyos ciudadanos no necesitan utilizar pasaporte dentro de la Unión, por lo que un documento que simula ser una tarjeta de identidad oficial, en el que consta la fotografía de la interesada, con un nombre falso, y con la idoneidad suficiente para engañar a un ciudadano medio, cumple perfectamente el tipo objeto de acusación.

Décimo tercero.-

El tercer motivo de recurso, por infracción de ley al amparo del art 849 1º de la Lecrim , denuncia infracción del art 66 CP, así como 120 y 25 2 CE , al haberse impuesto una pena superior a la solicitada por el Fiscal, única parte acusadora. En efecto el Ministerio Público solicitó por el delito de falsedad de documento oficial la pena de 20 meses de prisión y multa, mientras que el Tribunal sentenciador impuso la de Dos años de prisión y multa.

El motivo debe ser estimado en lo que se refiere a esta alegación.. Como se estableció en nuestro Acuerdo Plenario de 20 de diciembre de 2006, " el Tribunal sentenciador no puede imponer pena superior a la más grave de las pedidas en concreto por las acusaciones, cualquiera que sea el tipo de procedimiento por el que se sustancie la causa ".

En la sentencia de esta Sala núm. 731/2013, de 7 de octubre , se analiza detalladamente esta cuestión diciendo que: "En las SSTS 1263/2009, 4 de diciembre y 504/2007, 28 de mayo , ya abordábamos el problema suscitado. Decíamos entonces que la imposición por el órgano decisorio de una pena superior a la solicitada por las acusaciones, encontraba su apoyo en la jurisprudencia de la Sala Segunda que, con criterio calificable como mayoritario, había declarado que el Tribunal puede imponer la pena asignada al delito imputado en extensión distinta a la solicitada por la acusación, ya que tal materia está reservada por la Ley a la discrecional facultad de la Sala sentenciadora (SSTS 21 octubre 1988 , 12 junio 1989 , 11 junio 1994, 661/1995 , 22 de mayo, 951/1995 , 2 de octubre y 625/1999 , 21 de abril).

**CEF.-****Revista práctica del
Derecho CEFLegal.-**

www.civil-mercantil.com

En palabras de la STS 31 enero 2000 (651/1999), "los Tribunales no tienen obligación de atenerse «cuantitativamente» a la pena pedida por la acusación, debiendo únicamente someterse a la naturaleza de la pena desde el punto de vista «cualitativo», pues en este orden de cosas hay que entender, en primer lugar, que el principio acusatorio no se conculca en caso de disfunción entre la simple «cuantía» de la pena propuesta y la después aplicada, pues con ese acuerdo decisorio no cabe hablar de que se haya producido indefensión al acusado, en cuanto que «el delito enjuiciado y los hechos en que se fundamenta no sufren variación alguna respecto a los acogidos por la acusación»; y, en segundo lugar, y redundando sobre lo mismo, también se ha dicho que los Tribunales no deben quedar encorsetados por el «quantum» de la pena solicitada, «pues ello implicará hacer defección o abandono de su propia competencia juzgadora, con sometimiento automático a lo pedido por una de las partes» (en el mismo sentido, STS 3 enero 2000, 1881/1999 y 1246/2005, 7 de diciembre).

En la jurisprudencia constitucional tampoco habían faltado pronunciamientos que excluían del contenido del principio acusatorio la fijación del quantum de la pena. Tal principio -razona el Tribunal Constitucional- no exige la vinculación estricta del juzgador a las calificaciones jurídicas y al petitum de las partes, sino sólo que el hecho objeto del juicio del fallo sea aquél sobre el que se haya sostenido la acusación, puesto que el objeto del proceso no es un crimen sino un factum, que debe entenderse respetado cuando el órgano judicial se atiene al hecho punible objeto de la acusación, sin incurrir en incongruencia procesal, aunque imponga una pena cuantitativamente superior a la pedida por el Fiscal (ATC 377/1987 y STC 43/1997, 10 de marzo). La STC 163/2004, 4 de octubre , denegó el amparo ante la imposición de una pena de multa no contemplada, por error, en la acusación, mientras que la STC 59/2000, 2 de marzo , condicionó la posibilidad de imponer pena superior a la solicitada por el Ministerio Fiscal al hecho de que el Tribunal motivara de forma detallada las razones que justifican la imposición de la pena concreta.

También es cierto que no faltaban pronunciamientos en la jurisprudencia constitucional que razonaban en sentido distintos. Así, la STC 347/2006, 11 de diciembre -con invocación de la doctrina jurisprudencial que se desprende de la STC 228/2002, 9 de diciembre -, ya había incluido la vinculación al quantum de la pena entre las exigencias del principio acusatorio : "...hemos afirmado -razona el Tribunal Constitucional- que el Juez puede condenar por un delito distinto que el sostenido por la acusación o acusaciones siempre y cuando se trate de un delito homogéneo con el que fue objeto de acusación y siempre y cuando no implique una pena de superior gravedad. Pero, en todo caso, como límite infranqueable en el momento de dictar Sentencia, al Juez le está vedado calificar los hechos de manera que integren un delito penado más gravemente si este agravamiento no fue sostenido en juicio por la acusación, ni



www.civil-mercantil.com

imponer una pena mayor que la que corresponda a la pretensión acusatoria fijada en las conclusiones definitivas, dado que se trata de una pretensión de la que no pudo defenderse el acusado".

Sea como fuere, en el Pleno no Jurisdiccional para la unificación de criterios, celebrado el día 20 de diciembre de 2006, se sometió a debate mantener o modificar esta línea jurisprudencial, obteniendo el respaldo mayoritario de la Sala un Acuerdo del siguiente tenor literal: " El Tribunal sentenciador no puede imponer pena superior a la más grave de las pedidas en concreto por las acusaciones, cualquiera que sea el tipo de procedimiento por el que se sustancie la causa".

Tal criterio ha sido ya aplicado por esta misma Sala en numerosas resoluciones. La STS 393/2007, 27 de abril , se refiere de modo expreso al ya mencionado acuerdo del Pleno, fechado el día 20 de diciembre de 2006, justificando el cambio de doctrina en la necesidad de un entendimiento más estricto de las exigencias inherentes al principio acusatorio . Con cita de la STS 1319/2006, de 12 de enero de 2007 , se recuerda que, respecto a la posibilidad de imponer pena superior a la más grave de las solicitadas por las acusaciones, la razón que justifica un cambio en el punto de vista seguido hasta ahora y que produzca la vinculación del juzgador a la pena en concreto solicitada, como ámbito delimitador de las facultades del Tribunal sentenciador, deriva de la esencia misma del principio acusatorio , y en suma, de la estructura del proceso penal, denominado acusatorio , en donde quedan perfectamente escindidas las funciones de acusar y de juzgar, de modo que no puede nunca un mismo órgano arrogarse ambas, bajo pretexto alguno. Del mismo modo que el Tribunal sentenciador no puede condenar por un delito que no haya sido imputado por la acusación, tampoco puede imponer una pena que no le haya sido solicitada por acusación alguna, pues ambos mecanismos se basan en el respeto al principio acusatorio, y sus correlativas derivaciones de congruencia y defensa.

Como tiene señalado el Tribunal Constitucional en reiterada doctrina -sigue razonando la STS 1319/2006 -, entre las exigencias derivadas de tal principio acusatorio , «se encuentra la de que nadie puede ser condenado por cosa distinta de la que se le ha acusado y de la que, por lo tanto, haya podido defenderse, habiendo precisado a este respecto que por "cosa" no puede entenderse únicamente un concreto devenir de acontecimientos, un factum, sino también la perspectiva jurídica que delimita de un cierto modo ese devenir y selecciona algunos de sus rasgos, pues el debate contradictorio recae no sólo sobre los hechos, sino también sobre su calificación jurídica" (SSTC 12/1981, de 10 de abril , 95/1995, de 19 de junio , 225/1997, de 15 de diciembre , 4/2002, de 14 de enero , F. 3 ; 228/2002, de 9 de diciembre , F. 5 ; 35/2004, de 8 de marzo, F. 2 ; y 120/2005, de 10 de mayo , F. 5).

The logo consists of the letters 'CEF.-' in a bold, white, sans-serif font, set against a dark red rectangular background.

**Revista práctica del
Derecho CEFLegal.-**



www.civil-mercantil.com

La íntima relación existente entre el principio acusatorio y el derecho a la defensa ha sido asimismo señalada por tal Tribunal al insistir en que del citado principio se desprende la exigencia de que el imputado tenga posibilidad de rechazar la acusación que contra él ha sido formulada tras la celebración del necesario debate contradictorio en el que haya tenido oportunidad de conocer y rebatir los argumentos de la otra parte y presentar ante el Juez los propios, tanto los de carácter fáctico como los de naturaleza jurídica (SSTC 53/1987, de 7 de mayo , F. 2 ; 4/2002, de 14 de enero , F. 3). De manera que «nadie puede ser condenado si no se ha formulado contra él una acusación de la que haya tenido oportunidad de defenderse en forma contradictoria, estando, por ello, obligado el Juez o Tribunal a pronunciarse dentro de los términos del debate, tal y como han sido formulados por la acusación y la defensa, lo cual, a su vez, significa que en última instancia ha de existir siempre correlación entre la acusación y el fallo de la Sentencia» (SSTC 11/1992, de 27 de enero , F. 3 ; 95/1995, de 19 de junio , F. 2 ; 36/1996, de 11 de marzo , F. 4 ; 4/2002, de 14 de enero , F. 3).

Dicho principio acusatorio deriva del derecho fundamental al proceso debido (proceso con todas las garantías: art. 24.2 de nuestra Carta Magna), y es manifestación, como decimos, del principio de congruencia y defensa. De modo que este principio ha de quedar restringido no solamente al factum sino a la misma calificación jurídica, y dentro de ésta, tanto al título de imputación (delito), como a la propia petición punitiva contenida en la más grave de las acusaciones. Ciertamente es que, con respecto a la calificación, han de tenerse en cuenta los conceptos de identidad fáctica y de homogeneidad en la calificación jurídica, pero lo relevante ahora es la vinculación respecto a la pena en concreto solicitada, pues nuestra jurisprudencia anterior había sostenido que no se produce vulneración de tal principio cuando el Tribunal sentenciador se aparta de la concreta petición acusatoria y desborda su umbral, manteniéndose dentro de la banda prefijada por el legislador en el correspondiente tipo penal, si aquél motiva justificadamente tal elevación en consideraciones atinentes al caso enjuiciado, desenfocando en cierta manera el contenido del art. 851.4º de la Ley de Enjuiciamiento Criminal . Como consecuencia de este reproche casacional.

Es, por otro lado, una consecuencia obligada de la misma aplicación del art. 789.3 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal , en su redacción actual (idéntico al anterior art. 749.3), que para el ámbito del procedimiento abreviado, como es el caso, establece: "... la sentencia no podrá imponer pena más grave de la solicitada por las acusaciones ..." Obsérvese que la ley acentúa sobre la pena a imponer la cuantificación solicitada por las acusaciones, lo que, por otro lado, deja poco margen al intérprete, y responde además a la verdadera filosofía legal y estructural de todo el proceso penal, que se fundamenta en el principio acusatorio . Y no es posible argumentar que la motivación puede convalidar la vulneración de tal principio, cuando es el

**CEF.-****Revista práctica del
Derecho CEFLegal.-**

www.civil-mercantil.com

propio Tribunal, desbordando el umbral de lo pedido por las acusaciones, quien justifica la razón de tal comportamiento, pues entonces habrá quiebra del principio de defensa, ya que es obvio que las razones eventualmente aducidas por el juzgador no han sido evidentemente discutidas por las partes, ni pueden éstas por consiguiente tener oportunidad de refutarlas.

En tal sentido, la oportunidad del debate contradictorio es la esencia del principio, ya que, como dice el Tribunal Constitucional: "lo que resulta esencial al principio acusatorio es que el acusado haya tenido oportunidad cierta de defenderse de una acusación en un debate contradictorio con la acusación" (ad exemplum, STC 278/2000 de 27 de diciembre). De modo que el marco penal que sirve de presupuesto al principio acusatorio no puede consistir solamente en la calificación delictiva, sino en la propia penalidad solicitada, que condiciona las expectativas del derecho de defensa, y los concretos mecanismos que lo relacionan (como la posibilidad de suspensión o sustitución de condena, entre otros).

Por lo demás, esta conclusión interpretativa se aplicará a todos los procesos penales, cualquiera que sean las normas procesales que lo regulen, o su ámbito de aplicación, porque en todos ellos el fundamento es el mismo, sin que podamos decir que un procedimiento es más acusatorio que otro. Y, finalmente, siempre el Tribunal podrá plantear la tesis a que se refiere el art. 733 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal , con la moderación que este Tribunal Supremo ha interpretado para su utilización, al efecto de corregir los manifiestos errores u omisiones en la estructuración de la pena solicitada por las acusaciones, dando oportunidad a todas las partes a un debate contradictorio.

Con idéntico criterio, las SSTs 159/2007, 21 de febrero , 424/2007, 18 de mayo y 20/2007, 22 de enero , han proclamado como principio general la vinculación del órgano jurisdiccional a la petición de pena formalizada por el Ministerio Público.

Pues bien, al primero de los acuerdos de Pleno no jurisdiccional antes mencionado, ha seguido el acuerdo de 27 de noviembre de 2007. En él hemos proclamado que " el anterior acuerdo de esta Sala, de fecha 20 de diciembre de 2006, debe ser entendido en el sentido de que el Tribunal no puede imponer pena superior a la más grave de la pedida por las acusaciones, siempre que la pena solicitada se corresponda con las previsiones legales al respecto, de modo que cuando la pena se omite o no alcanza el mínimo previsto en la ley, la sentencia debe imponer, en todo caso, la pena mínima establecida para el delito objeto de condena".

Se viene así a permitir que el juzgador corrija al alza -si bien sólo hasta el límite punitivo mínimo del tipo penal objeto de acusación y condena- la petición errónea de pena efectuada



www.civil-mercantil.com

por las acusaciones -ya fuere por la solicitud de la pena en una extensión menor de la legal o inclusive por la omisión de petición de una de las procedentes.

Este acuerdo ha sido aplicado, entre otras, en las SSTs 11/2008, 11 de enero y 89/2008, 11 de febrero, ambas en supuestos de omisión por la acusación de la petición de la pena de multa aparejada al delito del art. 368, lo que se corrigió en sentencia.

El Tribunal Constitucional, en su reciente sentencia 155/2009, 25 de junio -resolución que inspira la posterior núm. 198/2009, 28 de septiembre-, ha considerado oportuno, una vez constatada algunas oscilaciones en su propia jurisprudencia, "... replantear la cuestión y avanzar un paso más en la protección de los derechos de defensa del imputado y en la preservación de la garantía de la imparcialidad judicial en el seno del proceso penal, en el sentido de estimar que, solicitada por las acusaciones la imposición de una pena dentro del marco legalmente previsto para el delito formalmente imputado, el órgano judicial, por exigencia de los referidos derechos y garantía constitucionales, en los que encuentra fundamento, entre otros, el deber de congruencia entre acusación y fallo como manifestación del principio acusatorio, no puede imponer pena que exceda, por su gravedad, naturaleza o cuantía, de la pedida por las acusaciones, cualquiera que sea el tipo de procedimiento por el que se sustancia la causa, aunque la pena en cuestión no transgreda los márgenes de la legalmente prevista para el tipo penal que resulte de la calificación de los hechos formulada en la acusación y debatida en el proceso".

Añade el Pleno del Tribunal que "...esta doctrina constitucional, en los términos en los que ha quedado expuesta y perfilada, sobre el deber de correlación, como manifestación del principio acusatorio, entre la acusación y el fallo en el extremo concerniente a la pena a imponer, viene a coincidir sustancialmente, como el Ministerio Fiscal pone de manifiesto en sus alegaciones, con el criterio que al respecto mantiene actualmente la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo".

Pues bien, la sentencia recurrida condena a Dolores como autora de un delito de falsificación de documento oficial, a la pena de dos años de prisión, sobrepasando el límite de lo pedido por el Fiscal -20 meses de prisión- en sus conclusiones definitivas. De ahí que proceda la estimación del motivo y consiguiente rebaja de ese exceso.

Décimo cuarto.-

El primer motivo del recurso interpuesto por la representación del condenado Ernesto, denuncia infracción del derecho fundamental a la presunción de inocencia. Reitera las



www.civil-mercantil.com

alegaciones del primer recurrente referidas a la insuficiencia de la prueba de reconocimientos fotográfico.

El motivo debe ser desestimado por las alegaciones ya expuestas, y por las razones ya señaladas en la sentencia de instancia. Por lo que se refiere a la participación del recurrente en la compra realizada en la joyería Nicolas, el testigo Sr Cornelio reconoció en el juicio al recurrente, sin duda alguna, y proporcionó datos suficientes de los compradores, que acudieron varias veces al establecimiento. Además la compra fue realizada con la tarjeta falsificada que fue encontrada en el domicilio del recurrente y el reloj adquirido fue ocupado en poder de su acompañante.

En cuanto a la segunda compra el testigo compareciente en el juicio no reconoció al recurrente dado el tiempo transcurrido, pero si se ratificó en su identificación anterior, realizada en presencia judicial sobre la base del reconocimiento fotográfico, en la que además había aportado detalles significativos.

En consecuencia, el motivo debe ser desestimado.

Décimo quinto.-

El segundo motivo, por infracción de ley, denuncia indebida aplicación del art 110 CP por haber incluido al recurrente en la indemnización de los gastos producidos a la entidad Servired por la falsificación de las tarjetas.

El motivo debe ser estimado. La inclusión del recurrente en la obligación de pago de dicha indemnización, solicitada por el Ministerio Fiscal y la acusación particular en sus calificaciones, estaba justificada por la acusación al recurrente como coautor del delito de falsificación. Habiendo resultado absuelto, y condenado exclusivamente por el uso, el fundamento de la indemnización decae, debiendo imponerse solo al primer recurrente, único condenado como autor de la referida falsificación.

La estimación del motivo debe extenderse a Dolores , que se encuentra en la misma situación.

Décimo sexto.-

El único motivo del recurso interpuesto por la representación de los condenados, Faustino , Estela y Héctor , denuncia infracción del derecho a la presunción de inocencia en el delito de receptación objeto de condena.



www.civil-mercantil.com

El motivo carece de fundamento. Basta remitirnos a la sentencia de instancia, evitando innecesarias reiteraciones, para constatar que en la misma el Tribunal sentenciador motiva razonadamente la apreciación de la prueba relativa a la concurrencia de los requisitos del delito de receptación. Los bienes ocupados a los recurrentes, por su número y naturaleza, permiten inferir un origen ilícito, y además consta que en gran parte fueron adquiridos con las tarjetas falsificadas. Las manifestaciones de los recurrentes sobre la forma de adquirirlos resultan manifiestamente inverosímiles. La actitud huidiza y evasiva de los recurrentes en los controles policiales constituye un indicio adicional que ratifica esta procedencia ilícita, su conocimiento por los recurrentes y el ánimo de lucro con el que actuaban.

Procede, en consecuencia, la desestimación de este recurso con costas a los recurrentes.

III. FALLO

Que debemos declarar y declaramos HABER LUGAR, parcialmente, a los recursos de casación interpuestos por infracción de ley e infracción de precepto constitucional por Ernesto y Dolores , contra Sentencia dictada por la Sección Segunda de la Audiencia Provincial de Palma de Mallorca, de fecha 6 de junio de 2013 , en causa seguida los mismos y otros por delitos de falsificación y estafa; y en su virtud, casamos y anulamos dicha sentencia con declaración de las costas de oficio.

Que debemos declarar y declaramos NO HABER LUGAR a los recursos de casación interpuestos por Héctor , Dionisio , Faustino , Estela y Héctor . Condenamos a dichos recurrentes al pago de las costas ocasionadas en sus respectivos recursos.

Comuníquese esta resolución y la que seguidamente se dicte a la mencionada Audiencia a los efectos legales oportunos, con devolución de la causa.

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

SEGUNDA SENTENCIA

En la Villa de Madrid, a veintitrés de Abril de dos mil catorce.

En la causa incoada por el Juzgado de Instrucción número 6 de Madrid, y seguido ante la Audiencia Provincial de dicha capital, Sección Segunda con el número 34/2011, por delito de falsificación y estafa contra Dionisio , mayor de edad, carente de antecedentes penales, nacido en Rumanía el NUM012 /1961, con tarjeta de indentidad rumana núm. NUM000 ; contra Dolores , mayor de edad y sin antecedentes penales, nacida en Rumanía el NUM013 /1977,



www.civil-mercantil.com

con pasaporte rumano núm. NUM010 ; contra Ernesto , mayor de edad sin antecedentes penales, nacido en Bistrita (Rumanía) el NUM014 /1977, con pasaporte rumano num. NUM011 ; contra Héctor , mayor de edad y sin antecedentes penales, nacido en Bucarets (Rumanía) el NUM015 /1967, con pasaporte rumano núm. NUM016 ; contra Faustino , mayor de edad, sin antecedentes penales, nacido en Bucarest (Rumanía) el NUM017 /1981, con pasaprote rumano núm. NUM018 , y contra Estela , mayor de edad y sin antecedentes penales, nacida en Bucarest (Rumanía) el NUM019 /1986, con pasaporte rumano núm. NUM020 ; y en cuya causa se dictó sentencia por la mencionada Audiencia, que ha sido casada y anulada por la pronunciada por esta Sala Segunda del Tribunal Supremo en el día de la fecha bajo la Presidencia y Ponencia del Excmo. Sr. D. Candido Conde-Pumpido Touron.

I. ANTECEDENTES

Único.

Se aceptan y dan por reproducidos los hechos declarados probados en la sentencia de instancia, así como el resto de sus antecedentes de hecho.

II. FUNDAMENTOS DE DERECHO

Único.

Dando por reproducidos los fundamentos de derecho de la sentencia de instancia que no queden afectados por nuestra sentencia casacional, y por las razones expuestas en ésta, debemos reducir la condena a Dolores , adaptándola a la petición del Fiscal, y excluir a esta condenada y a Ernesto , de la indemnización de mil euros impuesta a favor de Servired.

III. FALLO

DEJANDO SUBSISTENTES LOS DEMAS PRONUNCIAMIENTOS DE LA SENTENCIA IMPUGNADA, debemos reducir la pena privativa de libertad impuesta a Dolores por el delito de falsificación de documento oficial a VEINTE meses de prisión, en lugar de los DOS años impuestos en la sentencia de instancia, y EXCLUIR a esta condenada y a Ernesto , de la indemnización de mil euros impuesta a favor de Servired, que deberá ser abonada íntegramente por el condenado Dionisio .

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



www.civil-mercantil.com

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

El contenido de la presente resolución respeta fielmente el suministrado de forma oficial por el Centro de Documentación Judicial (CENDOJ). La Editorial CEF, respetando lo anterior, introduce sus propios marcadores, traza vínculos a otros documentos y hace agregaciones análogas percibiéndose con claridad que estos elementos no forman parte de la información original remitida por el CENDOJ.