



www.civil-mercantil.com

TRIBUNAL SUPREMO

Sentencia 771/2014, de 19 de noviembre de 2014

Sala de lo Penal

Rec. n.º 10345/2014

SUMARIO:

Falsificación de tarjeta bancaria. «Skimming». Concurso con estafa. Tentativa. La falsificación de una tarjeta bancaria mediante el método conocido como «skimming», según el acuerdo del Pleno no jurisdiccional de esta Sala de fecha 28 de junio de 2002, se considera como una forma de falsificación de tarjetas. Consiste en la manipulación de los datos de las pistas de la banda magnética de la tarjeta genuina una vez ha sido copiada, alterando los datos concernientes al nombre del titular para finalmente grabarlos a una tarjeta emitida originalmente por una entidad bancaria que coincida con el nombre de la persona que va a pasar la tarjeta. La alteración consciente de las tarjetas de crédito por parte del recurrente, bien ejecutada por él mismo, bien ofreciendo a otro los datos para la sustitución fraudulenta, integra el delito de falsificación del art. 399 bis 1 del CP, ya sea en calidad de autor o como cooperador necesario. Si, además, esa manipulación está concebida para servir de instrumento para el engaño en establecimientos abiertos al público, induciendo al dependiente a un error que determina un desplazamiento patrimonial (art. 248 CP), la relación entre el delito falsario y la estafa se ajusta a la que es propia del concurso medial. La atipicidad de la tentativa se ciñe a la inidoneidad absoluta, cuando los medios para cometer el delito no podrían ocasionar el resultado delictivo ni, en ningún caso, poner en peligro el bien jurídico tutelado; o cuando se trate de una tentativa irreal o imaginaria. Por el contrario, si deben encuadrarse en los supuestos punibles de tentativa, conforme a su actual definición típica, los casos en que los medios utilizados, objetivamente valorados ex ante y conforme a la experiencia general, son abstracta y racionalmente aptos para ocasionar el resultado típico.

PRECEPTOS:

Ley Orgánica 10/1995 (CP), arts. 16.1, 62, 77.1, 248, 386, 387, 399 bis y 400.

Constitución Española, art. 24.

PONENTE:

Don Manuel Marchena Gómez.

SENTENCIA

En la Villa de Madrid, a diecinueve de Noviembre de dos mil catorce.

Esta Sala, compuesta como se hace constar, ha visto el recurso de casación por infracción de ley, quebrantamiento de forma y vulneración de precepto constitucional, interpuesto por las representaciones legales de Rogelio y Valentín, contra la sentencia dictada por la Audiencia Provincial de Burgos (Sección Primera), de fecha 21 de febrero de 2014 en



www.civil-mercantil.com

causa seguida contra Rogelio y Valentín , por un delito continuado de falsificación de tarjetas de crédito en grado de tentativa, los Excmos. Sres. componentes de la Sala Segunda del Tribunal Supremo que al margen se expresan se han constituido para Votación y Fallo bajo la Presidencia del primero de los citados. Ha intervenido el Ministerio Fiscal, los recurrentes representados por el procurador don Manuel Martínez de Lejarza Ureña y por la procuradora doña Ana María Alonso de Benito. Siendo Magistrado Ponente el Excmo. Sr. D. Manuel Marchena Gomez.

I. ANTECEDENTES

Primero.

El Juzgado de instrucción núm. 3 de Burgos, incoó procedimiento abreviado núm. 582/2010, contra Rogelio y Valentín y, una vez concluso, lo remitió a la Audiencia Provincial de Burgos (Sección Primera), rollo procedimiento abreviado 41/2013 que, con fecha 21 de febrero de 2014, dictó sentencia núm. 69/2014 que contiene los siguientes HECHOS PROBADOS :

" PRIMERO.- Se considera expresamente probado y así se declara que el día 15 de Febrero de 2.010, los nacionales búlgaros, mayores de edad y sin antecedentes penales computables a efectos de reincidencia, Valentín y Rogelio colocaron dispositivos en el lector de tarjetas y en el teclado de marcaje numérico y de operaciones de los cajeros de la entidad bancaria Caja del Círculo Católico de Obreros siguientes: a) sobre las 17:35 horas en la Oficina nº. 73, sita en la Avenida de la Paz, nº. 19, de Burgos; b) Sobre las 18:30 horas en la Oficina nº. 59, sita en la Avenida de Cantabria, nº 49 de Burgos; y c) sobre las 18:09 horas en la Oficina nº. 240, sita en la Avenida del Cid, nº. 108 de Burgos, siendo filmados ambos por las cámaras de seguridad de los citados cajeros mientras realizaban la manipulación de los mismos.

El día 16 de Febrero de 2.010, sobre las 13'26 horas, Valentín y Rogelio colocaron dispositivos en el lector de tarjetas y en el teclado de marcaje numérico y de operaciones del cajero sito en la Oficina nº. 240, sita en la Avenida del Cid, nº. 108 de Burgos, siendo filmados por las cámaras de seguridad del cajero mientras realizaban la manipulación del mismo y dejando Valentín la huella del dedo pulgar de su mano derecha en el instrumento que colocaron en sobre el dispositivo de lectura de las bandas magnéticas de las tarjetas de crédito del cajero y que en lugar fue encontrado junto con el teclado añadido por los acusados (sic).

La colocación de los dispositivos indicados tenía como finalidad la clonación de las tarjetas que en el mencionado cajero se utilizasen, mediante la lectura y grabación de los datos de las tarjetas bancarias, así como el código PIN de las mismas, para la ulterior creación de tarjetas falsas con los datos obtenidos, no pudiendo en ninguno de los cuatro casos llegar a obtener los datos queridos ya que fueron detectados por los sistemas anticlonado instalados por la entidad bancaria para sus cajeros".

Segundo.

La Audiencia de instancia dictó el siguiente pronunciamiento:

" FALLAMOS : Que DEBEMOS CONDENAR Y CONDENAMOS a los acusados Valentín y Rogelio , como autores criminalmente responsable, en grado de tentativa, de un delito continuado de falsificación de tarjetas de crédito, a la pena para cada uno de ambos de



www.civil-mercantil.com

TRES AÑOS DE PRISIÓN, INHABILITACIÓN ESPECIAL PARA EL EJERCICIO DEL DERECHO DE SUFRAGIO PASIVO DURANTE EL TIEMPO DE LA CONDENA Y COSTAS PROCESALES.

En todo caso SERÁ DE ABONO a Valentín y a Rogelio para el cumplimiento de las penas privativas de libertad el tiempo que hubieran sufrido prisión preventiva por esta causa, si no les hubiera sido abonada en otra previa.

Dese a las piezas de convicción el destino legalmente establecido.

REMÍTASE TESTIMONIO de la presente sentencia a la Sección Primera de la Audiencia Nacional, al estar pendiente en la misma el cumplimiento de la orden de entrega internacional nº. 265/11".

Tercero.

En fecha 24 de febrero de 2014, la Audiencia Provincial de Burgos, Sección Primera, dictó auto de aclaración de sentencia con la parte dispositiva siguiente:

"Que DEBEMOS ACLARAR Y ACLARAMOS LA SENTENCIA Nº. 69/14 DE 21 DE FEBRERO DICTADA POR ESTA SALA (ROLLO Nº. 41/13 , DIMANANTE DEL PROCEDIMIENTO ABREVIADO Nº. 582/10 DEL JUZGADO DE INSTRUCCIÓN Nº. 3 DE BURGOS) DEBIENDO DE MODIFICARSE SU ENCABEZAMIENTO EN LOS SIGUIENTES EXTREMOS:

La frase "Vista, en trámite de conformidad, ante esta Audiencia Provincial, la causa procedente....", SE SUSTITUYE POR EL SIGUIENTE CONTENIDO:

"VISTA ANTE ESTA AUDIENCIA PROVINCIAL, LA CAUSA PROCEDENTE....".

Igualmente se subsana omisión en el fallo de la sentencia, debiendo añadirse en la misma que contra la sentencia indicada cabe recurso de Casación ante el Tribunal Supremo en el plazo de CINCO DIAS a contar de la última notificación.

Frente al presente auto de aclaración no cabe recurso alguno.

NOTIFÍQUESE A LAS PARTES PERSONADAS EL PRESENTE AUTO".

Cuarto.

Notificada la sentencia a las partes, se preparó recurso de casación por los recurrentes, que se tuvo por anunciado, remitiéndose a esta Sala Segunda del Tribunal Supremo las certificaciones necesarias para su substanciación y resolución, formándose el correspondiente rollo y formalizándose el recurso.

Quinto.

La representación legal del recurrente Rogelio , basa su recurso en un únicomotivo de casación :

Único.

Al amparo de los arts. 5.4 de la LOPJ y 852 de la LECrim , por vulneración del derecho fundamental, alegando infracción del derecho a la presunción de inocencia (art. 24.2 de la CE).



www.civil-mercantil.com

Sexto.

La representación legal del recurrente Valentín , basa su recurso en los siguientes motivos de casación :

I.- Al amparo de los arts. 5.4 de la LOPJ y 852 de la LECrim , por vulneración del derecho fundamental, alegando infracción del derecho a la presunción de inocencia (artículo 24.2 de la CE). II.- Al amparo del art. 849.1 de la LECrim , por infracción de ley, al haberse aplicado indebidamente el art. 16.1 del CP .

Séptimo.

Instruidas las partes del recurso interpuesto, el Ministerio Fiscal, por escrito de fecha 18 de junio de 2014, evacuado el trámite que se le confirió, y por las razones que adujo, interesó la inadmisión de todos los motivos del recurso que, subsidiariamente, impugnó.

Octavo.

Por providencia de fecha 17 de octubre de 2014 se declaró el recurso admitido, quedando conclusos los autos para señalamiento dela deliberación y fallo cuando por turno correspondiera.

Noveno.

Hecho el señalamiento del fallo prevenido, se celebró la deliberación de la misma el día 12 de noviembre de 2014.

II. FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primero.

La sentencia núm. 69/2014, dictada por la Sección Primera de la Audiencia Provincial de Burgos con fecha 21 de febrero de 2014 , condenó a los acusados Rogelio y a Valentín , como autores de un delito continuado de falsificación de tarjetas de crédito en grado de tentativa a las penas de 3 años de prisión e inhabilitación especial para el ejercicio del derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena.

Por ambos acusados se interpone recurso de casación. Comparten, con argumentación propia, el primero de los motivos, en el que se alega, al amparo de los arts. 5.4 de la LOPJ y 852 de la LECrim , vulneración del derecho constitucional a la presunción de inocencia (art. 24.2 CE). Rogelio hace valer esa alegación como motivo único. De ahí la posibilidad de su tratamiento conjunto.

Segundo.

En el primero de los motivos ambos recurrentes se quejan de la insuficiencia probatoria de los elementos de cargo que han sido ponderados por el Tribunal de instancia para declarar la autoría. El juicio histórico -se aduce- "... sólo complace el relato de los denunciantes, sin



www.civil-mercantil.com

considerar aspectos de sobra controvertidos que inducen a la duda más profunda". No existe una verdadera motivación del proceso de valoración probatoria lo que conllevaría una infracción añadida del derecho a la tutela judicial efectiva del art. 24.1 de la CE .

La línea discursiva de la defensa de Valentín se orienta en la misma dirección, si bien, con la cuestionable cobertura que ofrece el art. 849.2 de la LECrim . Se señalan como documentos que demostrarían la equivocación del juzgador las fotografías incorporadas a los folios 21 a 25. La identificación de Valentín es fruto del error, pues en las fechas de los hechos no se encontraba en Burgos, sino en Madrid.

Ambos motivos han de ser rechazados.

Existencia, licitud, suficiencia y racionalidad en el proceso de su valoración. Estos son los presupuestos que enmarcan el ámbito de conocimiento de esta Sala ante la alegación casacional de menoscabo del derecho a la presunción de inocencia. Constatada la ausencia de cualquier ilicitud surgida de la posible vulneración de los principios que legitiman la actividad probatoria, nos incumbe valorar la existencia de verdadera prueba de cargo, esto es, su suficiencia. Pues bien, la prueba es bastante cuando su contenido es netamente incriminatorio. Además, la Sala de instancia ha de construir el juicio de autoría con arreglo a un discurso argumental lógico, coherente, expresivo del grado de certeza exigido para fundamentar cualquier condena en el ámbito de la jurisdicción criminal. Y en la imputación jurisdiccional de un hecho criminal no valen, desde luego, las intuiciones valorativas ni la proclamación de presentimientos percibidos como reales. Lo contrario supondría alejar el proceso penal y, de modo especial, las técnicas de valoración probatoria, de su verdadero fundamento racional. En definitiva, la afirmación del juicio de autoría no puede hacerse depender de una persuasión interior, de una convicción marcadamente subjetiva y, como tal, ajena al contenido objetivo de las pruebas. Esta Sala, en fin, sólo puede avalar un modelo racional de conocimiento y valoración probatoria en el que no tienen cabida las proclamaciones puramente intuitivas y, como tales, basadas en percepciones íntimas no enlazadas con el resultado objetivo de la actividad probatoria desplegada por las partes (cfr., por todas, SSTS 905/2013, 3 de diciembre ; 831/2013, 6 de noviembre ; 259/2013, 19 de marzo y 231/2008, 28 de abril).

Desde luego, nada hay de percepción puramente voluntarista o subjetiva en la valoración probatoria que ha llevado a cabo la Audiencia Provincial. El FJ 2º de la resolución combatida verifica un minucioso análisis de los elementos de cargo sobre los que se construye la autoría. Consta en las actuaciones que el 16 de febrero de 2010 saltaron los dispositivos de alarma antiskimming instalados en el cajero automático de la entidad Caja del Círculo, sito en la Avda. del Cid núm. 108, en Burgos. El Servicio de Seguridad e Informática puso inmediatamente los hechos en conocimiento de la policía. Agentes de la Brigada Provincial de Policía Judicial se desplazaron al lugar de los hechos, pudiendo observar la existencia de: "... 1.- Un lector de tarjetas, colocado superpuesto en el lugar destinado al lector de tarjetas original, habiendo realizado previamente en el lector original unos orificios para anular el sistema antiskimming. En el lector se aprecia la existencia de dos pilas unidas mediante cables a sistemas impresos o microchips. 2.- Un teclado de idénticas características a los utilizados en los cajeros del modelo al inspeccionado, teclado que aparece superpuesto al teclado original, observándose en el añadido y en su reverso tres pilas unidas a una placa base y conexiones a las teclas numéricas, todo ellos tapado con una fina tela de fieltro negra (folios 4 y 5)" .

El Tribunal a quo expresa que ha podido basar su convicción acerca de la existencia de esos mecanismos aptos para la clonación de tarjetas a partir de las fotografías que obran en las actuaciones (folios 17 a 20 y 29 a 30), así como en el acta de inspección técnico policial (folio 28), en el que se expone que "... el cajero automático objeto de la presente inspección ocular se halla ubicado en una pared del habitáculo cerrado, anexo a la oficina de la entidad bancaria; apreciándose en su parte inferior un dispositivo de teclado superpuesto encima del



www.civil-mercantil.com

original. Dicho teclado tiene unas dimensiones de 145 de ancho x 120 milímetros de alto. En la parte inferior derecha del cajero, junto al teclado, se encuentra el lector de las bandas magnéticas de las tarjetas, observándose superpuesto una pieza de color gris metalizado que posee unas medidas de 180 de ancho por 80 milímetros de alto. Dicho elemento es un dispositivo de clonación de las bandas magnéticas de las tarjetas de crédito, observándose que en su cara opuesta existen diferentes componentes electrónicos conectados entre sí. Ambos elementos poseen en su parte posterior cinta adhesiva de doble cara para la sujeción del artilugio en el frontal del cajero". Se deja constancia de la existencia de hechos similares ocurridos el día 15 de febrero de 2010, en distintos cajeros automáticos de la misma entidad bancaria.

En el juicio oral compareció como testigo el representante legal de la entidad Caja Círculo de Burgos, quien explicó la colocación de los sistemas de alarma como respuesta ante los ataques sufridos. También fue interrogado por las partes el director de informática de la entidad bancaria, dando cuenta del funcionamiento de los mecanismos de respuesta y alarma frente a ataques como los padecidos. El agente de policía núm. NUM000 pudo explicar lo que se encontraron al llegar al lugar de los hechos y cómo se hicieron cargo de los dispositivos colocados.

Ambos acusados niegan su participación en los hechos. Sin embargo, los Magistrados de instancia explican lo que llegan a calificar como "... contundente prueba de cargo que contradice las lógicas manifestaciones exculpatorias dadas tanto por Valentín como por Rogelio ". Son tres los ejes sistemáticos sobre los que pivota la valoración de la prueba:

a) La grabación de las cámaras de seguridad de los cajeros que fueron objeto de ataque. En efecto, la grabación incorporada al folio 27 y los fotogramas incluidos en los folios 21 a 25 reflejan la entrada de dos personas y la colocación de esos artefactos de simulación. Ambas personas fueron identificadas como los acusados, mediante las fichas obrantes al folio 26, constatándose "... la total identidad de los rasgos físicos de los rostros con los que aparecen en las grabaciones y fotogramas de las cámaras de seguridad de los cajeros asaltados". Además de esa referencia, el Tribunal a quo refleja que "... teniendo a su presencia a ambos acusados, tuvo la oportunidad de comprobar la absoluta identidad entre las características físicas de los acusados y de sus rostros con las correspondientes a las personas que aparecen en las grabaciones, no teniendo duda alguna de que se trata de las mismas personas, como así se puede constatar con el visionado de la grabación en DVD del Juicio Oral seguido ante esta Sala ".

b) Las huellas dactilares reseñadas en la inspección ocular (folio 28), obtenidas "... en la parte superior izquierda, cara exterior del dispositivo de clonación de tarjetas". Una vez aplicados los correspondientes reactivos, la prueba pericial de la policía científica concluyó que "... la huella asentada en la pieza que cubre el dispositivo de lectura de las bandas magnéticas del cajero automático instalado en la Avenida del Cid, núm. 108, de Burgos, fue producida por el dedo pulgar de la mano derecha de la persona reseñada como Valentín , nacido en Bulgaria, el día NUM001 /1978 y con ordinal de PERPOL NUM002 ". Los peritos que afirmaron esa identidad, después de las correspondientes pruebas lofoscópicas, fueron también interrogados por las partes en el acto del plenario. Esa conclusión adquiere especial valor probatorio, en la medida en que Valentín manifestó durante la instrucción (folio 96) haber estado los días 15 y 16 de febrero en Madrid y no en Burgos, y en el plenario sostuvo no haber estado en Burgos y no haber manipulado ningún cajero, pero sin dar explicación alguna acerca de cualquier circunstancia que pudiera justificar la existencia de sus huellas en ese cajero.

c) También destaca la Audiencia el conocimiento previo y la acreditada actuación conjunta de ambos acusados. Valentín situó ese conocimiento en el hecho de haber coincidido



www.civil-mercantil.com

con Rogelio en el centro penitenciario Madrid V, en Soto del Real. Este último, sin embargo, señaló que conocía a Valentín "... por ser de un mismo pueblo en Bulgaria, pero que no tiene ninguna relación con él en España, no habiendo ido con él a ningún sitio". En el juicio oral, ambos invocaron como razón explicativa de su relación la coincidencia de localidad en la que ambos vivían en Bulgaria. Pues bien, la Audiencia añade que ambos silencian un dato decisivo y que refuerza el valor probatorio de la inferencia obtenida respecto de la identidad de ambos acusados: "... dicho conocimiento previo trae su origen en otra causa distinta o añadida, cual es su procesamiento, junto con otros ciudadanos búlgaros, como coautores en el Sumario nº. 61/10 seguido ante el Juzgado de Instrucción Central nº. 3 de la Audiencia Nacional, seguido por delitos de falsificación de documentos públicos y de tarjetas de crédito, sumario que concluyó con sentencia condenatoria nº. 40/12 de 25 de Mayo de 2.012, dictada en trámite de conformidad por la Sección Primera de la Audiencia Nacional (folios 240 y siguientes), hechos de la misma naturaleza a los ahora sometidos a enjuiciamiento y que fueron cometidos en Madrid durante el periodo comprendido entre el 23 de Noviembre de 2.008 y el 13 de Febrero de 2.010, imponiéndoseles por ellos a Valentín la pena de cuatro años de Prisión y a Rogelio la pena de dos años de Prisión. Es decir, no es la primera vez que los acusados actúan conjuntamente en la comisión de delitos de esta naturaleza ".

Esta referencia a una causa preexistente, seguida ante la Audiencia Nacional, en ningún caso evoca la posibilidad de una vulneración del principio de cosa juzgada, como sin razonamiento alguno sugiere la defensa de Rogelio en el desarrollo del motivo. Se trata - como explican los Jueces de instancia- de hechos de la misma naturaleza, pero que se habían ejecutado en un escenario geográfico bien distinto, pues fueron cometidos en diferentes cajeros de la comunidad de Madrid, además, en una franja temporal que nada tiene que ver con la que ahora es objeto de enjuiciamiento.

En definitiva, existió prueba lícita, inequívocamente incriminatoria y fue valorada conforme a las exigencias impuestas por el canon de racionalidad impuesto por nuestro sistema constitucional. Se está en el caso de rechazar el motivo formalizado por cada uno de los recurrentes.

Tercero.

El segundo de los motivos formalizado por Valentín , al amparo del art. 849.1 de la LECrim , denuncia infracción de ley, errónea aplicación de los arts. 399 bis, 16.1 y 62 del CP , en la medida en que el relato de hechos revela bien a las claras la inidoneidad de los medios utilizados, puesto que los sistemas supuestamente instalados fueron inmediatamente detectados por la seguridad informática de la entidad bancaria, al llevar los cajeros incorporado un sistema de " antiskimming". Se trataría de una tentativa inidónea y, por tanto, impune.

No ha existido el error de derecho que se denuncia.

La falsificación de tarjetas de crédito mediante lo que la propia sentencia de instancia denomina skimming, conoce muchas formas de ejecución. Todas ellas tienen en común la incorporación de la banda magnética que identifica la legitimidad e integridad de una tarjeta de crédito, a otro soporte distinto del original y que permite su utilización subrepticia para la extracción de dinero o, en su caso, para el pago del precio de objetos adquiridos en establecimiento público. En el presente caso, como se relata en el hecho probado, la copia de la información alojada en la tarjeta original, así como del número que identificaba a su titular, se realizaba mediante la creación de un teclado idéntico -llamado luego a ser desmontado- a aquel que tenía instalado la entidad bancaria en la máquina que hacía posible la extracción de dinero. Todo estaba, por tanto, concebido para que, una vez puesto en marcha el mecanismo

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

www.civil-mercantil.com

de clonado y obtenida la información que habilita el uso de la tarjeta, los acusados pudieran realizar cuantas extracciones dinerarias tuvieran por conveniente.

La jurisprudencia de esta Sala ya ha tenido ocasión de pronunciarse en relación con la falsificación de tarjetas mediante esta técnica. En el ATS 10 febrero 2006 (rec. 151/2005), se describía el llamado " skimming " como la manipulación de los datos de las pistas de la banda magnética de la tarjeta genuina una vez ha sido copiada, alterando los datos concernientes al nombre del titular para finalmente grabarlos a una tarjeta emitida originalmente por una entidad bancaria que coincida con el nombre de la persona que va a pasar la tarjeta. A este mismo modus operandi se referían los AATS 2653/2006, 21 de diciembre y 1135/2014, 26 de junio . Este último describía esa técnica como la alteración de los datos contenidos en la banda magnética de una tarjeta, de forma que los cargos correspondientes a las operaciones con ella realizadas se produzcan en la cuenta de titularidad de persona ajena a la que en ese momento la está utilizando. Desde el punto de vista de su subsunción, la reciente STS 450/2014, 27 de mayo -con cita de la STS 560/2013, 17 de junio - indica que la falsificación de una tarjeta bancaria mediante el método conocido como " skimming ", según el acuerdo del Pleno no jurisdiccional de esta Sala de fecha 28 de junio de 2002, se considera como una forma de falsificación de tarjetas, en aquel tiempo castigada, por asimilación, como falsificación de moneda, de acuerdo con lo dispuesto entonces en los artículos 386.1 y 387 del Código Penal . Este criterio ha venido a consagrarse por la reforma de la LO 5/2010, 22 de junio, que en la actual redacción del artículo 399 bis apartado primero , castiga a quien "... altere, copie, reproduzca o de cualquier otro modo falsifique tarjetas de crédito o débito ..."; mientras que la utilización ulterior de estas tarjetas, integra la comisión del delito de estafa, en relación de concurso medial (art. 77.1 CP). Esta idea ya fue proclamada por la STS 366/2013, 24 de abril , cuando precisó que la alteración consciente de las tarjetas de crédito por parte del recurrente, bien ejecutada por él mismo, bien ofreciendo a otro los datos para la sustitución fraudulenta, integra el delito de falsificación del art. 399 bis 1 del CP , ya sea en calidad de autor o como cooperador necesario. Si, además, esa manipulación está concebida para servir de instrumento para el engaño en establecimientos abiertos al público, induciendo al dependiente a un error que determina un desplazamiento patrimonial (art. 248 CP), la relación entre el delito falsario y la estafa se ajusta a la que es propia del concurso medial (art. 77.1 CP).

Desde este punto de vista, por tanto, no existió error de subsunción. Los hechos fueron calificados por la Audiencia como constitutivos de un delito de falsificación de tarjetas de crédito del art. 399 bis del CP , en grado de tentativa, procediendo a la rebaja de la pena en un grado, por aplicación de los arts. 16 y 62 del CP , al entender que "... los acusados no llegaron a hacerse con los datos necesarios para la clonación de las tarjetas de crédito y ello por hechos distintos y ajenos a su voluntario desistimiento". Podría discutirse si habrían obtenido una subsunción más correcta en el art. 400 del CP , en el que se castiga, con la misma pena señalada en cada caso a los autores, "... la fabricación o tenencia de útiles, materiales, instrumentos, sustancias, máquinas, programas de ordenador o apartados, específicamente destinados a la comisión de los delitos descritos en los capítulos anteriores". Podría incluso cuestionarse, desde otra perspectiva y en el terreno puramente especulativo, si los acusados llegaron a dar principio a la ejecución de un delito de estafa, en la medida en que la obtención de la información alojada en las bandas magnéticas es el primero de los pasos para la hacer realidad la escenografía del engaño que va a permitir el desplazamiento patrimonial a su favor en el momento ulterior de la utilización de las tarjetas manipuladas. Sea como fuere, los términos de la condena y los límites asociados al recurso de casación impiden sugerir soluciones a un problema que no ha sido cuestionado.

Sin embargo, el criterio de política legislativa que inspira el art. 400 del CP -en el que se sanciona un acto preparatorio por su peligrosidad potencial para la afectación del bien

The logo consists of the letters 'CEF.-' in a bold, white, sans-serif font, enclosed within a dark rectangular box.

**Revista práctica del
Derecho CEFLegal.-**



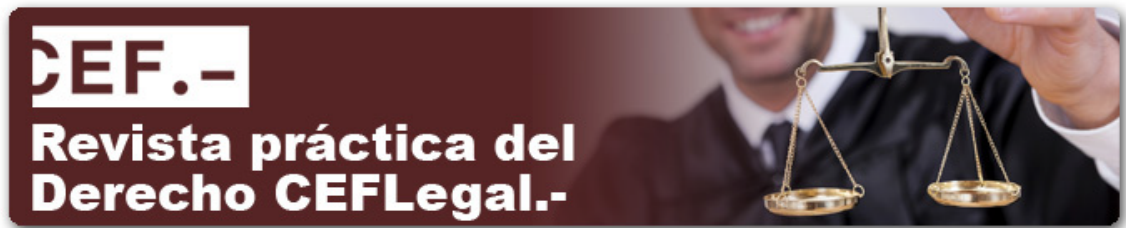
www.civil-mercantil.com

jurídico- y, lo que resulta decisivo, la redacción del hecho probado, descartan toda posibilidad de aceptación de la tesis del recurrente, que entiende que los actos desplegados por Rogelio y Valentín eran inidóneos para la comisión del delito planeado. Tiene toda la razón el Fiscal cuando razona que la activación del sistema " antiskimming" instalado por la entidad bancaria para proteger la integridad de las tarjetas, es la mejor muestra del comienzo de la ejecución. Nadie cuestiona -sigue razonando el Fiscal- que quien entra ilegalmente a un domicilio para apoderarse de lo que encuentre y huye ante el inesperado sonido de una alarma, ya ha comenzado la ejecución del robo.

El discurso impugnativo del Fiscal es plenamente congruente con la doctrina de esta Sala. El art.16 del CP ha redefinido la tentativa, añadiendo la expresión objetivamente (" practicando todos o parte de los actos que objetivamente deberían producir el resultado "). Objetivamente quiere decir que el plan o actuación del autor, así como los medios utilizados, objetivamente considerados, son racionalmente aptos para ocasionar el resultado. Es decir que para una persona media, situada en el lugar del actor y con los conocimientos especiales que éste pudiera tener, el plan y los medios empleados deberían racionalmente producir el resultado, según la experiencia común. Con ello se dejan fuera de la reacción punitiva. 1º) los supuestos de tentativas irreales o imaginarias (cuando la acción es, en todo caso y por esencia, incapaz de producir el fin ilusoriamente buscado por su autor); 2º) los denominados delitos putativos (cuando el sujeto realiza una acción no tipificada penalmente, creyendo que sí lo está), error inverso de prohibición que en ningún caso puede ser sancionado penalmente por imperativo del principio de legalidad; 3º) y los supuestos de delitos imposibles stricto sensu por inexistencia absoluta de objeto, que carecen de adecuación típica (falta de tipo); es decir los casos que la doctrina jurisprudencial denominaba inidoneidad absoluta. En ninguno de estos casos los actos deberían objetivamente producir el resultado típico.

Por el contrario, si deben encuadrarse en los supuestos punibles de tentativa, conforme a su actual definición típica, los casos en que los medios utilizados, objetivamente valorados ex ante y conforme a la experiencia general, son abstracta y racionalmente aptos para ocasionar el resultado típico (de lesión o de peligro). Esto es lo que sucede en el caso actual, en el que la intervención penal se justifica plenamente porque el autor ha decidido vulnerar el bien jurídico tutelado, a través de una acción inserta en la órbita del tipo y utilizando un medio generalmente idóneo, aun cuando no lo haya sido en el caso concreto. Tanto el plan o actuación del autor, como el medio utilizado objetivamente considerados, eran racionalmente aptos para ocasionar el resultado expresamente buscado por el acusado. Sostener la concepción contraria afirmando desde una perspectiva ex post que el resultado no podía producirse, y sosteniendo en consecuencia la impunidad de esta acción equivaldría, prácticamente, a la despenalización de la tentativa, pues desde una perspectiva ex post toda tentativa implica, en cierto modo, un error de su autor sobre la idoneidad de su acción. Y lo cierto es que el Legislador no ha optado por este criterio despenalizador de las tentativas objetivamente idóneas ex ante (cfr. SSTS 1114/2009, 12 de noviembre ; 963/2009, 7 de octubre ; 822/2008, 4 de diciembre , entre otras muchas). Y es que la atipicidad se ciñe a la inidoneidad absoluta, cuando los medios para cometer el delito no podrían ocasionar el resultado delictivo ni, en ningún caso, poner en peligro el bien jurídico tutelado; o cuando se trate de una tentativa irreal o imaginaria, que pretende matar al enemigo con conjuros o prácticas mágicas, pero no cuando se trata de la inidoneidad relativa, esto es, aquella que revela la ineficacia temporal o momentánea en atención a las circunstancias, pero que no es obstáculo para que acredite su virtualidad en otras condiciones (cfr. STS 1114/2009, 12 de noviembre).

Por cuanto antecede, afirmada la idoneidad ex ante del medio empleado por Rogelio para acceder a la información grabada en las bandas magnéticas de las tarjetas que iban a ser



www.civil-mercantil.com

objeto de clonación, se está en el caso de rechazar el motivo por su falta de fundamento (arts. 884.3 y 4 y 885.3 LECrim).

Cuarto.

La desestimación del recurso conlleva la condena en costas, en los términos establecidos en el art. 901 de la LECrim .

III. FALLO

Que debemos declarar y declaramos NO HABER LUGAR al recurso de casación, interpuesto por las respectivas representaciones legales de Rogelio y Valentín , contra la sentencia núm. 69/2014, dictada por la Sección Primera de la Audiencia Provincial de Burgos con fecha 21 de febrero de 2014 , en la causa seguida por un delito de falsificación y condenamos a ambos recurrentes al pago de las costas causadas.

Comuníquese esta sentencia a la Audiencia Provincial de instancia con devolución de la causa, interesando el acuse de recibo de todo ello para su archivo en el rollo.

Así por esta nuestra sentencia, que se publicará en la Colección Legislativa lo pronunciamos, mandamos y firmamos D. Manuel Marchena Gomez D. Julian Sanchez Melgar D. Jose Manuel Maza Martin D. Luciano Varela Castro D. Perfecto Andres Ibañez.

PUBLICACION .- Leida y publicada ha sido la anterior sentencia por el Magistrado Ponente Excmo. Sr. D Manuel Marchena Gomez , estando celebrando 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.