

# **EL DELITO DE FALSIFICACIÓN DE MONEDA**

**José Manuel Barranco Gámez.**

**José Manuel Barranco Gámez.**

Abogado.

Licenciado en Derecho.

Licenciado en Criminología.

Detective Privado.

Máster en Prevención de Riesgos Laborales

Técnico Superior en PRL de las tres Especialidades.

**JUS NON IN SINGULAS PERSONAS, SED GENERALITER  
CONSTITUITUR**

## **INDICE**

### **EL DELITO DE FALSIFICACIÓN DE MONEDA**

- 1. INTRODUCCIÓN.**
  
- 2. EL DELITO DE FALSIFICACIÓN DE MONEDA ANTES DE LA REFORMA DE LA LO 5/2010 DE 22 DE JUNIO.**
  - I. REFORMA INTRODUCIDA POR LA LO 5/2010 DE 22 DE JUNIO, POR LA QUE SE MODIFICA LA LO 10/1995, DE 23 DE NOVIEMBRE DEL CÓDIGO PENAL.**
  
  - II. CONCEPTO DE MONEDA.**
  
  - III. ALTERACIÓN O FABRICACIÓN DE MONEDA FALSA.**
    - 1. ACCIÓN.**
    - 2. AUTORIA.**
    - 3. PENALIDAD.**
  
  - IV. INTRODUCCIÓN EN EL PAIS O EXPORTACIÓN DE MONEDA FALSA O ALTERADA.**
    - 1. ACCIÓN.**
    - 2. TENTATIVA.**
    - 3. CONCURSO.**
  
  - V. TRANSPORTE, EXPENDICIÓN O DISTRIBUCIÓN, EN CONNIVENCIA CON EL FALSIFICADOR, ALTERADOR,**

**INTRODUCTOR O EXPORTADOR, DE MONEDA FALSA O ALTERADA.**

- 1. ACCIÓN.**
- 2. DIFERENCIAS CON LA TENENCIA DE DE MONEDA FALSA PARA SU EXPEDICIÓN O DISTRIBUCIÓN.**

**VI. TENENCIA, RECEPCIÓN U OBTENCIÓN DE MONEDA FALSA PARA SU EXPEDICIÓN, DISTRIBUCIÓN O PUESTA EN CIRCULACIÓN.**

- 1. ACCIÓN. INTRODUCCIÓN**
- 2. TENENCIA PREORDENADA A LA EXPEDICIÓN O DISTRIBUCIÓN.**
  - 1. ACCIÓN.**
  - 2. CONCURSO.**
- 3. ADQUISICIÓN DE MONEDA FALSA PARA PONERLA EN CIRCULACIÓN.**

**VII. TIPO PENAL DEL ARTÍCULO 389 DEL CÓDIGO PENAL.**

- 3. REGIMEN DE DERECHO TRANSITORIO.**
- 4. EFECTOS COMUNES DERIVADOS DE LA DESPENALIZACIÓN DE CONDUCTAS O DE LA REDUCCIÓN DE LA PENA IMPONIBLE POR LAS MISMAS.**

**I. INTRODUCCIÓN.**

**II. RECURSOS CONTRA LAS RESOLUCIONES ADOPTADAS EN EL PROCESO DE REVISIÓN.**

**5. EL DELITO DE FALSIFICACIÓN DE MONEDA DESPUÉS DE LA REFORMA DE LA LO 5/2010 DE 22 DE JUNIO.**

**I. INTRODUCCIÓN.**

**II. TIPO PENAL.**

**III. BIEN JURÍDICO PROTEGIDO.**

**IV. CONCEPTO JURÍDICO-PENAL DE MONEDA.**

**V. FALSIFICACIÓN DE PESETAS.**

**VI. FALSIFICACIÓN DE OTRAS MONEDAS.**

**VII. CONDUCTA TÍPICA.**

**VIII. FABRICACIÓN DE MONEDA FALSA Y ALTERACIÓN DE MONEDA.**

**1. ALTERACIÓN.**

**2. FABRICACIÓN.**

**IX. INTRODUCCIÓN Y EXPORTACIÓN DE MONEDA FALSA O ALTERADA.**

**X. TRANSPORTE, EXPENDICIÓN O DISTRIBUCIÓN DE MONEDA FALSA O ALTERADA.**

**XI. TENENCIA DE MONEDA FALSA.**

**XII. ADQUISICIÓN DE MONEDA FALSA.**

**XIII. EXPENDICION O DISTRIBUCIÓN DE MONEDA ADQUIRIDA DE BUENA FE.**

**XIV. TIPO SUBJETIVO.**

**XV. CONCURSO.**

**XVI. LA FALSIFICACIÓN DE MEDIOS DE PAGO DISTINTOS DEL DINERO.**

- 1. INTRODUCCIÓN.**
- 2. EVOLUCIÓN LEGISLATIVA.**
- 3. OBJETO MATERIAL DEL DELITO.**
- 4. CONDUCTAS TÍPICAS.**
- 5. FALSIFICACIÓN.**
  - 1. ACCIÓN.**
  - 2. FORMAS DE APARICIÓN DEL DELITO.**
  - 3. CONCURSO.**
- 6. LA TENENCIA DESTINADA A LA DISTRIBUCIÓN O TRÁFICO.**
- 7. EL USO DE LA TARJETA FALSIFICADA.**
- 8. AGRAVACIONES.**
- 9. RESPONSABILIDAD CIVIL POR EL USO DE TARJETAS FALSIFICADAS.**

**XVII. PERSECUCIÓN INTERNACIONAL.**

**XVIII. RESPONSABILIDAD PENAL DE LAS PERSONAS JURÍDICAS.**

**XIX. ACTUACIÓN POLICIAL EN LA INVESTIGACIÓN DE DELITOS DE FALSIFICACIÓN DE MONEDA.**

**XX. ENTREGA VIGILADA Y AGENTE ENCUBIERTO DELITOS DE FALSIFICACIÓN DE MONEDA Y DE TARJETAS DE CREDITO.**

**XXI. DELITO DE TENENCIA DE ÚTILES PARA LA FALSIFICACIÓN.**

**XXII. COMPETENCIA OBJETIVA DE LOS TRIBUNALES.**

**6. JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO.**

- 1. SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO DE 17 DE ENERO DE 2017.**
- 2. SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO DE 12 DE ENERO DE 2017.**
- 3. SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO DE 7 DE OCTUBRE DE 2016.**
- 4. SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO DE 8 DE ABRIL DE 2016.**
- 5. SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO DE 29 DE ENERO DE 2016.**
- 6. SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO DE 19 DE NOVIEMBRE DE 2014.**

**7. BIBLIOGRAFIA.**

## **RESUMEN**

La alteración o fabricación de moneda supone la imitación de una moneda auténtica que genere apariencia de autenticidad y que esté destinada a circular en el tráfico monetario, sin que sea necesario que haya circulado efectivamente. Resulta castigada también la introducción y exportación y, por último, el transporte y distribución de la moneda falsa, siempre que exista connivencia con las personas que hubieren realizado cualquiera de las acciones anteriores.

No son punibles las reproducciones que por su tosquedad carezcan de aptitud para causar confusión en los eventuales receptores

El delito se consuma aunque los ejemplares de moneda falsa no sean perfectos, siempre que puedan suscitar efectivo error en el tráfico, pues la falsedad se dirige a toda clase de personas y no sólo a los expertos.

No es necesario que exista perjuicio para un sujeto concreto ya que, la lesión es de peligro y se refiere a la protección de la seguridad del tráfico monetario, que se ve lesionado por estas actividades. Si a través de la entrega de estos billetes se produjese algún otro delito, como estafa, estaríamos ante un concurso entre ambos ilícitos.

## **PALABRAS CLAVES**

Moneda de curso legal, billete, fabricación, alteración, transporte, expedición, distribución, introducción, tenencia, connivencia, “a sabiendas”, consumación, tentativa inidonea, animo tendencial, tarjeta, manipulación, skimming, pluriofensividad, perjuicio económico.

## **EL DELITO DE FALSIFICACIÓN DE MONEDA**

### **1. INTRODUCCIÓN**

Para estudiar el delito de falsificación de moneda se va a dividir en dos bloques, antes y después de la reforma de la Ley Orgánica 5/2010 de 22 de Junio por la que se modifica la LO 10/1995, de 23 de Noviembre del Código Penal.

La diferencia fundamental radica en la consideración de las tarjetas de crédito, las de débito y las demás tarjetas que puedan utilizarse como medio de pago, así como los cheques de viaje. Previo a la reforma tenían la consideración de “moneda”, y después ya se encuentran incluidas en un tipo penal propio, en el art. 399bis del Código Penal.

### **2. EL DELITO DE FALSIFICACIÓN DE MONEDA ANTES DE LA REFORMA DE LA LO 5/2010 DE 22 DE JUNIO**

#### **I. REFORMA INTRODUCIDA POR LA LO 5/2010 DE 22 DE JUNIO, POR LA QUE SE MODIFICA LA LO 10/1995, DE 23 DE NOVIEMBRE DEL CÓDIGO PENAL<sup>1</sup>**

---

<sup>1</sup> PREAMBULO. La evolución social de un sistema democrático avanzado como el que configura la Constitución española determina que el ordenamiento jurídico esté sometido a un proceso constante de revisión. La progresiva conquista de niveles de bienestar más elevados no es concebible, en un marco jurídico de respeto a los derechos fundamentales, sin un paralelo avance en materia de libertad y de seguridad, pilares indisolublemente unidos del concepto mismo de Estado de Derecho. En este contexto, la presente reforma se enmarca en la confluencia de varias coordenadas que explican tanto su relativa extensión como la variedad de cuestiones que en ella se abordan.

Por un lado, España tiene contraídas obligaciones internacionales, especialmente en el ámbito de la armonización jurídica europea, que exigen adaptaciones –a veces de considerable calado– de nuestras normas penales. Por otro, la experiencia aplicativa del Código ha ido poniendo en evidencia algunas carencias o desviaciones que es preciso tratar de corregir. Y, en fin, la cambiante realidad social

Se recogía en el Artículo 386: “Será castigado con la pena de prisión de ocho a 12 años y multa del tanto al décuplo del valor aparente de la moneda:

El que altere la moneda o fabrique moneda falsa.

El que introduzca en el país o exporte moneda falsa o alterada.

El que transporte, expendá o distribuya, en connivencia con el falsificador, alterador, introductor o exportador, moneda falsa o alterada.

La tenencia de moneda falsa para su expendición o distribución será castigada con la pena inferior en uno o dos grados, atendiendo al valor de aquélla y al grado de connivencia con los autores mencionados en los números anteriores. La misma pena se impondrá al que, sabiéndola falsa, adquiera moneda con el fin de ponerla en circulación.

El que habiendo recibido de buena fe moneda falsa la expendá o distribuya después de constarle su falsedad será castigado con la pena de prisión de tres a seis meses o multa de seis a 24 meses, si el valor aparente de la moneda fuera superior a 400 euros.

Si el culpable perteneciere a una sociedad, organización o asociación, incluso de carácter transitorio, que se dedicare a la realización de estas actividades, el juez o tribunal podrá imponer alguna o algunas de las consecuencias previstas en el artículo 129 de este Código.

Posteriormente, se establecía el concepto de moneda en el art. 387 CP: “A los efectos del artículo anterior, se entiende por moneda la metálica y papel moneda de curso legal. A los mismos efectos se considerarán moneda las tarjetas de crédito, las de débito y las demás tarjetas que puedan utilizarse como medio de pago, así como los

---

determina el surgimiento de nuevas cuestiones que han de ser abordadas. Sin olvidar que los numerosos y en ocasiones acelerados cambios introducidos en la arquitectura original del texto de 1995 han producido algunos efectos de distorsión o incongruencia necesitados de corrección.

A todo ello trata de dar respuesta esta Ley, en los términos que siguen.

cheques de viaje. Igualmente se equiparará a la moneda nacional las de otros países de la Unión Europea y las extranjeras.”

La Reforma introducida por la LO 5/2010 afectó profundamente al régimen penal de las falsificaciones de tarjetas de crédito, hasta entonces tratadas como moneda a todos los efectos. El artículo 387 fue modificado, excluyendo de su ámbito a las tarjetas de crédito o débito o cheques de viaje y las demás tarjetas que puedan utilizarse como medio de pago cuyo régimen pena se traslada al artículo 399 bis.

Hasta la Reforma<sup>2</sup>, esos instrumentos estaban absolutamente equiparados a la moneda misma, lo cual en cierta medida daba satisfacción a indicaciones europeas sobre la necesidad de fortalecer la tutela de esos importantes medios de pago. Pero la equiparación absoluta de la tutela penal, en tipificación y penalidad, resultaba excesiva. Era conveniente una regulación autónoma de esa clase de falsificaciones, y así se había pronunciado la Sala Segunda del Tribunal Supremo en el Acuerdo no Jurisdiccional de 28 de junio del 2002, en consonancia con lo previsto para esta materia en la Decisión Marco 413/2001, de 28 de mayo del 2001, del Consejo de Ministros de la Unión Europea, sobre la lucha contra el fraude y la falsificación de medios de pago distintos del efectivo. Esa Decisión recomendaba la incriminación penal con penas "proporcionadas y disuasorias", lo cual, ciertamente, se conseguía equiparándolas a la moneda, pero daba lugar, en nuestro sistema, a algunos trastornos aplicativos, determinados básicamente por los excesos de atribución de la competencia a la Audiencia Nacional.

A partir de la Reforma, el artículo 65 -1 -b) de la LOPJ atribuye a la Audiencia Nacional el conocimiento de los delitos de "falsificación de moneda, delitos monetarios y relativos al control de cambios". Esa atribución competencial se relacionaba con el anterior texto del artículo 387, que colocaba en pie de igualdad las falsificaciones de moneda y las de las tarjetas de crédito y otros instrumentos de pago. La Reforma ha limitado el contenido de ese artículo reduciéndolo a la moneda, con lo cual ha limitado a la vez las competencias de la Audiencia Nacional. De ese modo, la totalidad de las

---

<sup>2</sup> Quintero Olivares G. Falsedades. CC-BY-NC-ND. Fundació per a la Universitat Oberta de Catalunya.

conductas de falsificación de tarjetas de crédito, etc., tanto si es fabricación como tenencia, uso o distribución, se regirá por las reglas ordinarias de atribución de la competencia.

El art. 387 CP predefine<sup>3</sup>, en el marco del capítulo I ("De la falsificación de moneda y efectos timbrados") del Título XVIII ("De las falsedades") del cuerpo legal, qué ha de entenderse por moneda a los efectos de las conductas incriminadas en el primer artículo de dicho capítulo.

La reforma del precepto no ha consistido más que en restringir el objeto material de los tipos de falsificación de moneda, en el sentido de excluir "las tarjetas de crédito, las de débito y las demás tarjetas que puedan utilizarse como medio de pago, así como los cheques de viaje", medios de pago que se encontraban equiparados a la moneda metálica y al papel moneda con anterioridad a la modificación normativa.

La nueva redacción del art. 387 CP no pretende sino dotar de autonomía a las conductas de falsificación de tarjetas de crédito y débito y cheques de viaje, deslindándolas de la falsificación de moneda y dotándolas de una tipificación específica, prevista en el nuevo art. 399bis CP, que conforma una nueva sección cuarta ("De la falsificación de tarjetas de crédito y débito y cheques de viaje") del capítulo relativo a las falsedades documentales.

La modificación del art. 387 CP consiste básicamente en suprimir la equiparación que el cuerpo legal vigente hace de las tarjetas de crédito y débito, de "las demás tarjetas que puedan utilizarse como medio de pago", y de los cheques de viaje, con la moneda de curso legal, a los efectos de los delitos de falsificación de moneda.

La modificación parece un modo más adecuado que la previa equiparación con la moneda de cumplir con lo previsto en la Decisión marco 2001/413/JAI, de 28/V/2001, sobre la lucha contra el fraude y la falsificación de los medios de pago

---

<sup>3</sup> Brandariz García J.A. Falsificación de moneda (Art. 387CP)

[www.ecrim.es/publications/2010/FalsificacionMoneda](http://www.ecrim.es/publications/2010/FalsificacionMoneda)

distintos del efectivo. Al mismo tiempo, se trata de una reforma que ya había sido reclamada por el Acuerdo del Pleno no jurisdiccional de la Sala 2ª del TS de 8/VI/2002.

En efecto, no resulta apropiado equiparar la sanción de las conductas falsarias cuando se trata de moneda de curso legal y cuando el objeto material viene constituido por aquellos otros medios de pago, tanto porque estos carecen del refrendo público que posee aquella (son emitidos y garantizados por entidades privadas), cuanto porque la moneda no es sólo un medio de pago, sino un instrumento de primera magnitud de política económica. En consecuencia, la falsificación de moneda implica un nivel de ofensividad del que carece la falsificación de aquellos otros medios de pago.

Junto a ello, destaca el hecho de que los comportamientos delictivos desarrollados en relación con uno y otro objeto material presentan una fenomenología diferente. De este modo, las conductas incriminadas en el art. 386 CP están adaptadas a la realidad delictiva en relación con la moneda de curso legal falsa, pero no se acomodan tan bien a las actuaciones criminales que se proyectan sobre tarjetas o cheques de viaje.

En consecuencia, tras la reforma los comportamientos falsarios referidos a tarjetas de crédito o débito, o a cheques de viaje, quedan al margen de lo previsto en el art. 386 CP, y se ubican en los tipos del nuevo art. 399bis CP. Como se ha sugerido, esto supone ante todo reparar en que los comportamientos incriminados, si bien próximos a los tipificados en el art. 386 CP, presentan ciertas diferencias, que se analizan en el epígrafe relativo al nuevo precepto de falsificación de tarjetas de crédito y débito y cheques de viaje.

## **II. CONCEPTO DE MONEDA**

Artículo 387:

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

como los cheques de viaje. Igualmente se equipararán a la moneda nacional las de otros países de la unión europea y las extranjeras.

El Acuerdo no Jurisdiccional TS Sala 2ª de 28 junio 2002, cuyo contenido se transcribe a continuación: “Alcance del concepto de falsificación de moneda del Artículo 386 del Código Penal, cuando de la falsificación de tarjetas de crédito o débito se trata (Artículo 387), ¿Constituye falsificación de moneda a tales efectos la alteración de los datos contenidos en la banda magnética de una tarjeta auténtica?

Acuerdo: “Las tarjetas de crédito o débito son medios de pago que tienen la consideración de “dinero de plástico”, que el artículo 387 del Código Penal equipara a la moneda, por lo que la incorporación a la “banda magnética” de uno de estos instrumentos de pago, de unos datos obtenidos fraudulentamente, constituye un proceso de fabricación o elaboración que debe ser incardinado en el Artículo 386 del Código Penal.

En tales supuestos, dada la imposibilidad de determinación del “valor aparente” de lo falsificado, no procede la imposición de la pena de multa también prevista en el referido precepto.

Asimismo, se pronuncia el pleno favorablemente a la procedencia de que por el Tribunal competente para la resolución del recurso de casación, se acuda a tenor de lo dispuesto en el artículo 4.3 del Código penal, al gobierno de la nación exponiendo la conveniencia de la inclusión, en el Código Penal, de un precepto específico que contemple los actos de falsificación de tarjetas, con establecimiento de las penas adecuadas para cada supuesto, en consonancia con lo previsto para esta materia por la decisión marco del Consejo de Ministros de la Unión Europea Sobre “La lucha contra el fraude y la falsificación de medios de pago distintos del efectivo”, de fecha 28 de mayo 2001 ..”

El precepto define el objeto del delito descrito en el artículo anterior. Proporciona por tanto un concepto normativo de lo que debe entenderse por moneda.

Son por lo tanto moneda además de la “metálica y papel moneda de curso legal”:  
“las tarjetas de crédito, las de débito y las demás tarjetas que puedan utilizarse como medio de pago.”

Entre éstas últimas, introducidas por la reforma al CP operada por la LO15/03 de 25 de noviembre, no pueden considerarse tales las tarjetas eurocheque que menciona la decisión marco del Consejo de Ministros de la UE de 28 de mayo de 2001. La cuestión ha sido examinada en relación a los cheques que se utilizan junto a la tarjeta llamada eurocheque en la STS Sala 2ª de 31 enero 2005, que confirmó la sentencia de instancia la cual calificaba de un delito de falsedad en documento mercantil la conducta consistente en rellenar y firmar los eurocheques conseguidos en el banco con la tarjeta ilícitamente obtenida, tarjetas de garantía de eurocheques y el uso de documentación de identidad falsificada. En relación a la tarjeta de garantía de eurocheques, la alteración de la misma no ha sido aún examinada jurisprudencialmente si bien podría constituir una de las tarjetas que puedan utilizarse como medio de pago a que alude este precepto.

En cuanto las características externas que ha de tener las tarjetas de crédito para ser consideradas como tales el reciente auto del Juzgado de Instrucción nº 1 de la AN de fecha 29 de agosto de 2007, resolvió no aceptar la inhibición efectuada por el Juzgado de Instrucción de Barcelona que instruía la causa seguida por el delito de falsificación de tarjeta de crédito, por cuanto que los plásticos en forma de tarjeta ocupados a los imputados en los que se había producido el volcado de la información de las tarjetas de crédito, “sólo sirven para ser utilizados en cajeros automáticos, pero nunca para ser usadas en el tráfico mercantil y económico ya que dichas “tarjetas” no reúnen los requisitos que exige la “Normativa ISO 9001 sobre homologación de tarjetas”, normativa internacional que da carta de naturaleza a las mencionadas tarjetas y que establece los requisitos físicos que éstas deben tener para poder ser utilizadas como tales; dichos requisitos son: entidad emisora, titular de la misma, fecha de emisión y caducidad, banda magnética con los datos de la cuenta y hologramas de seguridad y sin ellos no estamos en presencia de sino de un plástico con banda magnética. En ningún momento se encontrado en poder de los encartados tarjetas creadas ex novo, ni tarjetas en fase de clonación o fabricación.”

Como tarjetas, la STS Sala 2ª, de 30-4-2007, considera que han de entenderse comprendidas dentro de este concepto las tarjetas “que eran solamente aptas para las llamadas “bacaladeras”, es decir, aquellos sistemas que no permiten la lectura magnética en el terminal sino que imprimen los datos en un papel que firma después el que aparenta ser titular.”

Al respecto dice la mencionada sentencia que “Lo que se discute es si las tarjetas que no están asociadas a un terminal electrónico de pago y tienen que pasar por el instrumento grabador conocido como “bacaladera” son además de instrumentos de crédito medios de pago equivalentes al dinero. Las relaciones contractuales entre el titular de una tarjeta y sus modalidades de funcionamiento quedan por completo al margen de su finalidad como instrumento de pago sea cual sea la forma que se hubiere pactado. Por tanto la creación de una tarjeta de las características que dice el recurrente también cae dentro de su consideración como medio de pago equivalente a moneda.”

También se incluye en el precepto los “cheques de viaje.” Dice el precepto que se equiparán a la moneda nacional las de otros países de la unión europea y las extranjeras. Ha de entenderse, aquéllas de curso legal.

La STS Sala 2ª, de 9-5-2006, nº567/2006, dice que “Finalmente diremos que la sanción de estos comportamientos, con la dureza que el Código penal establece al efecto, se encuentra en directa relación con el mantenimiento del orden económico que la regularidad de la moneda y los billetes de curso legal confieren a la economía de un país. Es por ello que el legislador equiparó en el Artículo 387 a la moneda de curso legal las tarjetas de crédito (el llamado hoy “dinero de plástico”), cuya infracción se encuentra castigada de la misma manera en el Artículo 386 del Código penal. De no ser así, se afectaría a la economía nacional, y el uso por todos los ciudadanos de tales instrumentos de pago, hoy de muy corriente utilización, perderían valor, lo que incidiría muy gravemente, no solamente en la economía nacional, sino en la consideración de un país moderno, como el nuestro.”

La STS Sala 2ª, de 5-12-2005, nº1610/2005, dice en relación al recurso presentado alegando atipicidad del conducta por carecer de curso legal antes de la consumación del delito que “En el motivo cuarto suscita la cuestión de la atipicidad de

la conducta de falsificación de moneda al tratarse de pesetas que, en el momento del juicio, ya no eran de curso legal.1.- Partiendo del hecho probado, no se puede discutir que, desde octubre del año 2000, el acusado participó en la fabricación de billetes de moneda española que colocó en el mercado antes de que se produjese el hallazgo de los aparatos destinados a elaborarlos, que fue el 18 de octubre de 2001. En esa fecha, se encuentran, además, otra serie de billetes cuyas características se describen. 2.- La pretensión de atipicidad por haber perdido el curso legal, con motivo de la entrada en circulación del euro, carece de base fáctica y jurídica. El artículo 2.3, de la Ley Orgánica 10/98, de 17 de diciembre, que complementa la Ley núm. 46/98, sobre introducción del euro, de 17 de diciembre, establece que las fechas en que se pueden canjear las pesetas por euros, llegan hasta el 1 de julio de 2002. En consecuencia, los datos cronológicos nos sitúan ante conductas de colocación en el mercado y de tenencia de moneda falsa con anterioridad a la fecha en que la peseta pierde su curso legal. La modalidad delictiva es plena y agotada en el primer caso”

### **III. ALTERACIÓN O FABRICACIÓN DE MONEDA FALSA**

#### **1. ACCIÓN**

La fabricación supone crear o elaborar moneda o billetes falsos con apariencia de genuinidad; el delito se consuma con la sola entrega de la moneda falsa a un tercero, aunque el acto sea único y cualquiera que sea la cuantía de lo entregado; la consumación coincide con el momento en que la moneda falsa se halle dispuesta para ser lanzada a la circulación, sin que se precise la efectividad de ésta ni el perjuicio para un sujeto concreto. En el caso de las tarjetas de crédito, la generación de un documento nuevo sin asistencia previa ha de considerarse fabricación y no simple alteración y el número de tarjetas objeto de falsificación es irrelevante. Debe tenerse presente que el acuerdo del Pleno no Jurisdiccional de la Sala 2ª del TS. de 28-6-2002 estableció que la incorporación a la banda magnética de las tarjetas de crédito o de débito (dinero de plástico) de unos datos obtenidos fraudulentamente equivale a la fabricación o

elaboración; en estos casos no será posible imponer la pena pecuniaria, al desconocerse el valor aparente del objeto falsificado; la alteración de la banda magnética supone la generación de una tarjeta ex novo e integra por si misma el delito de falsificación de moneda, independiente del uso posterior fraudulento a que ese instrumento de pago mendaz pueda ser destinado, produciéndose en tal caso una relación concursal entre ambos ilícitos (STS. De 8-7-2002 y 26-9-2002).

La incorporación a la banda magnética de una tarjeta de crédito o débito de unos datos obtenidos fraudulentamente, constituye un proceso de fabricación o elaboración que debe ser incardinado en el artículo 386 del Código Penal. La STS Sala 2ª, de 9-5-2007, nº369/2007, dice que: “En el factum”, cuyo respeto exige, la vía casacional del Artículo 849.1 LECrim. se afirma que el acusado actuaba en grupo para la clonación de tarjetas a través del sistema conocido como Skimming consistente en la sustitución de la banda magnética de una tarjeta de crédito o débito original, o nueva falsa, por la de una verdadera cuyos datos conseguían subrepticamente por medio de lectores grabadores, y esta manipulación de una tarjeta autentica en cuya banda magnética se introducen datos obtenidos fraudulentamente de otra y perteneciente a un tercero, se considera fabricación de moneda falsa, siendo la correcta calificación la del delito del Artículo 386.1 CP., toda vez que la generación de un documento nuevo sin existencia previa, ha de considerarse fabricación y no simple alteración, pues precisamente el elemento esencial en la tarjeta es la banda magnética y la voluntad del legislador no parece otra que la de severa represión de estas acciones, atendiendo a la importancia económica actual de las tarjetas como instrumento de pago. El número de tarjetas objeto de falsificación es irrelevante (ver acuerdo Sala Segunda Tribunal Supremo de 28 de junio de 2002). Por tanto la alteración de la banda magnética de su tarjeta de crédito constituye delito falsificación de moneda, Artículo 386.1 CP. SSTS independiente del uso posterior fraudulento a que este instrumento de pago mendaz puede ser destinado, produciéndose en tal caso, una relación concursal entre ambos ilícitos (STS. 1563/2002 de 26.9).”

La STS Sala 2ª de 3-4-2007, nº262/2007 considera probado el conocimiento de la falsedad de la tarjeta en el momento de utilizarla a pesar de que como alega el recurrente la tarjeta a él devuelta no presentara una alteración en su aspecto externo,

pues “El tribunal explica el conocimiento de la manipulación de las tarjetas por el cargo causado en cuenta ajena, que puede no advertir en la primera ocasión, pero si en la siguiente, habida cuenta del lapso temporal existente entre unos y otros apuntes contables. Pero también debe tenerse en consideración, que si no es para falsificar, carecería de sentido la entrega de la tarjeta a Luis Pablo, pues para cargar en la propia cuenta las compras no necesita de ninguna manipulación con la consiguiente entrega de su tarjeta a tercero. Por otra parte, si éste sostiene en sus declaraciones que el coprocesado Luis Pablo por cada cargo de 676,90, 659,84 y 459,90 euros, le entregaba 100 euros, sigue sin tener el menor sentido, que si no se ha producido una manipulación de la tarjeta para cargar los gastos o compras realizadas en la cuenta de un tercero, por cada cargo en propia cuenta superior o próxima a 600 euros se le entregasen al recurrente 100 euros, como manifestó en sus declaraciones. La inferencia es plenamente razonable, y con ella debe estimarse integrado el “factum”, en los aspectos subjetivos. En el caso de autos concurrió el dolo o conciencia de la ilícita alteración de la tarjeta para enriquecerse a costa de lo ajeno con el uso de la misma.”

La STS Sala 2ª, S 25-1-2006, nº45/2006, rec.752/2005 considera acreditados los hechos probados que se califican como un delito de falsificación previsto en este número dada la existencia de suficiente material probatorio: “El tribunal del instancia refleja en la motivación de la sentencia la actividad probatoria que ha tenido en cuenta para el pronunciamiento condenatorio de los acusados. Esta se deriva, principalmente, de la intervención de tarjetas de crédito falsas, dos de ellas ya operativas, que habían sido utilizadas en la adquisición de mercaderías y servicios, y que estaban expedidas a nombre de este recurrente. Además la intervención de un lector grabador de tarjetas de crédito y de un ordenador con un programa informático para proceder a duplicar las numeraciones de las bandas magnéticas de las tarjetas de crédito. Las tarjetas eran falsificadas, así resulta de la pericial practicada, y entre ellas se distingue aquéllas que ya estaban completadas en la falsificación, aptas. para su utilización inmediata, de aquéllas otras a las que había que duplicarla banda magnética para lo que disponían de los medios informáticos precisos para su realización. La inferencia del tribunal se revela como lógica y razonable desde la intervención de tarjetas falsificadas y de otras en trance de serlo para lo que se disponía de los medios precisos para su realización.”

La STS Sala 2ª, de 26-1-2005, nº66/2005, dice que la sentencia de 22 de abril de 2004 de la Sección I de la Audiencia Nacional, condenó a Augusto y a Iván, como autores de un delito de fabricación de moneda falsa en su modalidad de tarjetas de crédito, de un delito continuado de estafa y de un delito continuado de falsedad a las penas fijadas en el fallo con los demás pronunciamientos incluidos en él. Los hechos probados se refieren a que ambos condenados el día 8 de abril de 2002 colocaron un lector óptico de bandas magnéticas sobre el lector que había situado en la puerta de acceso al recinto del cajero automático de la sucursal del BBVA en la calle Bravo Murillo de Madrid quedándose en las inmediaciones para poder recuperarla después de que hubiese sido utilizada. Al pasar por allí un empleado de la sucursal y extrañarse del tamaño del lector y observar a dos personas en actitud vigilante, llamó a la policía quien procedió a la detención de los dos condenados. En el interior del coche se les ocupó siete tarjetas de crédito y otras tres de compra de gasolina BP. Con el posterior registro domiciliario efectuado legalmente se le ocupó material informático para la duplicación de tarjetas de crédito, anotaciones de numerosas claves, listados de personas y facturas abonadas con diversas tarjetas, así como tarjetas de plástico en blanco, del tamaño de las tarjetas de crédito, algunas con la banda magnética ya adherida, y diversos D.N.I. cuya pérdida o sustracción había sido denunciada. También apareció diversa documentación a nombre de ambos condenados. A partir de este relato de hechos probados recogidos de forma sucinta en la fundamentación de la sentencia, la sala da respuesta al recurso presentado por los acusados alegando vulneración del derecho a la presunción de inocencia por no existir prueba suficiente para condenar a los recurrentes. Alegan al respecto que “a) Que no está acreditado que ambos se pusieran de acuerdo, como se dice en la sentencia, que no hay prueba de cuándo y por qué y para qué se “pusieron de acuerdo” b) Que son personas honradas, conocidos en el mundo de la música clásica -sic-, y aportaron sus nóminas. c) Que el lector que se colocó en la sucursal del BBVA no pudo ser conectado porque carecía de los programas necesarios para la conexión. d) Que el empleado del banco que se apercibió de la instalación, podría haber aportado un vídeo relativo a la situación en que observó a los dos recurrentes. e) Que han sido utilizados por otra persona impunemente. (...) g) Que los documentos oficiales hallados en el domicilio de ellos, no pudieron ser falsificados con el utillaje encontrado en dicho lugar. h) Que el tampón hallado en dicho registro sólo era para usarlo en las firmas de

las empresas en que trabajaban sin que sirviera para efectuar falsificaciones. i) Que no se ha encontrado instrumento apto para fabricar tarjetas de crédito.” (...) “Estas alegaciones, en el fondo lo que manifiestan, más que vacío probatorio de cargo, una discrepancia con la valoración que de la prueba existente ha efectuado la Sala sentenciadora, y muchas de las objeciones citadas quedan situadas extramuros del ámbito propio del cauce casacional utilizado. En efecto, en el F.J. primero se efectúa el inventario y valoración de las pruebas de cargo con que contó el Tribunal y que justifican la sentencia condenatoria, y así se contó: a) Con la realidad del lector instalado en la sucursal del BBVA y la presencia en las inmediaciones de ambos condenados en actitud vigilante. b) Con la declaración del empleado de la sucursal que avisó a la policía así como de la declaración de los agentes policiales que acudieron y procedieron a la detención de ambos. c) Con la ocupación de las diversas tarjetas que ellos llevaban encima, ítem más. d) Con el utillaje y duplicados de tarjetas ocupados en el registro domiciliario, en el que aparecen datos tan reveladores y de una enorme potencia acreditativa en favor de la realidad de la duplicación de tarjetas, como el hallazgo de varias de estas tarjetas duplicadas, así como copias de compras efectuadas con ellas y la declaración -en el Plenario también- de tres testigos -folios 133 y siguientes del Rollo de Sala-, que sufrieron tales duplicaciones y que recibieron los cargos de compra no efectuados por ellos, testigos cuyos nombres aparecieron en las relaciones de los listados de personas que también se les ocuparon en el registro domiciliario, y a tal efecto las declaraciones de tales testigos ya indicados son totalmente esclarecedoras junto con la realidad de los cargos que sufrieron por las compras efectuadas y el reintegro que oportunamente les efectuó la propia entidad bancaria. (...)Por lo que se refiere a la pericial sobre el utillaje y tarjetas ocupadas en el domicilio de ambos acusados, también verificamos en este control casacional que el Tribunal contó con prueba pericial válida y correctamente introducida en el Plenario. Poco importa que no se dispusiese del programa informático preciso ni que con los concretos aparatos ocupados no fuese posible proceder a la falsificación de duplicados de tarjetas. Es cierto que se encontraron tarjetas duplicadas y utilizadas y por otro lado, tratándose la falsificación de monedas y también de tarjetas de crédito de actos complejos que suponen una autoría plural, nada tiene de particular que en el momento de la ocupación faltase algún elemento para proceder allí mismo e in situ al duplicado

de tarjetas por lo demás ¿a qué otra finalidad distinta podría responder la colocación de un lector sobre el auténtico, en la sucursal bancaria, si no era para obtener los duplicados de los datos encriptados de las bandas magnéticas?, con independencia de que por carecer del programa adecuado no se acreditase la posibilidad real de efectuar tal copia. Lo cierto es que con ese u otro lector se obtuvieron los duplicados como lo acreditan los documentos encontrados en poder de los recurrentes. En conclusión, el resultado del examen efectuado es que lejos del vacío probatorio alegado, el Tribunal sentenciador contó con prueba de cargo obtenida de conformidad con las exigencias constitucionales, que fue introducida en el Plenario de acuerdo con los requisitos que exige la legalidad ordinaria, que fue prueba suficiente para provocar el decaimiento de la presunción de inocencia, y, finalmente que fue razonada y razonablemente valorada, por lo que la decisión no es arbitraria.”

La STS Sala 2ª, S 16-2-2006, nº180/2006, aduce el recurrente que desconocía que lo que retiraba era una máquina de copiar tarjetas de crédito auténticas, para que servía, limitándose a poner en contacto a dos personas que no se conocían y sin participar en el beneficio económico que se produjo. Esta alegación debe ser, igualmente, desestimada. Los hechos objetivos aparecen acreditados por las propias declaraciones del acusado que ahora recurre, y también por las declaraciones del coimputado, al narrar cómo fue este recurrente quien le propuso la realización de las copias de las tarjetas de crédito con las que pagaban los clientes del bar en el que trabajaba como camarero y que fue este recurrente quien le amenazó con atentar contra su familia en Rumania, además de ser él quien retira la máquina, es decir, pone fin a la actividad delictiva en la que había participado.”

La STS Sala 2ª, S 25-1-2006, nº45/2006, rec.752/2005 dice que “El tribunal de instancia forma su convicción sobre la participación de la acusada en la fabricación de las tarjetas de crédito a partir de sus propias declaraciones en las que manifiesta desconocer la conducta de su marido. Sin embargo, es ella quien tira la cajetilla de tabaco al detectar la presencia policial en la que se alojan diez tarjetas de crédito. Además, los seguimientos realizados, que se documentan en una fotografía en la que se capta la actitud de la recurrente manipulando documentación, permite constatar que, esa imagen, se corresponde a una actuación falsaria, como resulta de su actitud y los objetos

sobre los que se actúa. Así lo percibió el tribunal y declaran los peritos. El tribunal tiene en cuenta las dudas sobre la personalidad de la acusada al identificarse con un pasaporte italiano, con una identificación utilizada en los hechos probados pero sobre los que existen fundadas dudas tanto del nombre como de la nacionalidad de esta recurrente. Desde la perspectiva expuesta es patente que la acusada participa en la realización de los hechos, que había utilizado las tarjetas falsificadas y que había intervenido en algún momento de la falsificación, como resulta de la imagen captada, y la pericial realizada y sus propias declaraciones, así como del hecho de su utilización y de la conducta realizada al tiempo de la detención.”

La STS Sala 2ª, S 4-4-2007, nº287/2007 dice que “Desde esta perspectiva, se constata que el hecho probado refiere que la acusada, junto a otros se dirigieron a determinados establecimientos comerciales con la intención de realizar compras “mediante el uso de tarjetas de crédito en las cuales habían reproducido fraudulentamente las características materiales de la expedición, con traslado de la información contenida en la banda magnética.” Esa conducta es realizada por varias personas, entre ellas la recurrente con intención de lucrarse. A esa conclusión, la connivencia con los falsificadores de las tarjetas de crédito resulta de la llevanza de tres tarjetas de crédito falsificadas, en las que la pericia informa que son absolutamente falsas, en las que se ha hecho figurar la identificación de la acusada, para que provista de su documentación personal, pueda realizar las compras que en efecto realizó y a la que se ha incorporado en la banda magnética los datos de unas tarjetas auténticas. Si analizamos la impugnación desde la perspectiva del derecho fundamental a la presunción de inocencia, la desestimación es, igualmente, procedente, pues el tribunal alcanza esa convicción a partir de la intervención a la acusada de tres tarjetas de crédito falsas, tanto en la información de su banda magnética como en la propia conformación plástica de la tarjeta a la que se hizo figurar el nombre de la recurrente para lo que debió proporcionar su identificación y así hacerla corresponder con la de la tarjeta que se falsificaba. Además, tiene en cuenta que la acusada manifestó ignorar que fueran falsas y que trabajaba en la limpieza lo que se compagina mal, desde criterios de lógica, con la adquisición de material de fotografía de alto valor y la adquisición de otros efectos en la gasolinera en la que fue detenida. El tribunal infiere su participación en el hecho de

forma racional y lógica y se corresponde a la propia actuación de la acusada que proporciona su identidad con la que realiza compras, creando de forma ilícita y típica dinero mediante la falsificación de tarjetas de crédito. Proporcionar una identidad falsa supone un aporte eficaz a la realización del hecho delictivo, como elemento necesario para que la falsificación de moneda alcance el agotamiento del delito, esto es, su equivalencia a dinero metálico para lo que es necesaria la identificación de la tarjeta falsificada con la titularidad de una documentación que permita la utilización de la misma como instrumento de pago. Consecuentemente, ambos motivos se desestiman.

Por contra la STS Sala 2ª, de 25-10-2006, nº1041/2006, absuelve a los acusados de un delito de fabricación de moneda falsa por cuanto que “que las sustancias y líquidos que se han intervenido no guardan relación alguna con la fabricación de moneda falsa. Así resulta de la pericial obrante al folio 262 de la causa, ratificada en orden a la autoría del informe por los peritos que acudieron al juicio oral. Del relato fáctico tan solo resta con eficacia en la subsunción los papeles, con dimensiones de billete de banco que incorporan las imágenes correspondientes a billetes de 50, 100 y 200 euros. En una segunda pericia, además de afirmar su peligrosidad por poder ser confundido con billetes auténticos se dice que se trata de fotocopias de billetes de euros. A la vista de los mismos se constata que efectivamente son fotocopias, decoloradas en su impresión con relación a los billetes auténticos, y con notables diferencias en orden al tacto, conformación de dibujos y señas dispuestas para evitar su falsificación, como sellos de agua, hilo metálico y otros que en las fotocopias no aparecen. De los autos no resulta prueba alguna que permite declarar la afirmación táctica sobre actividad de fabricación, por los útiles intervenidos, según la pericial, no guardan relación alguna con la fabricación. Restaría por examinar si la tenencia tiene el preciso apoyo fáctico para lo que se hace preciso determinar la inautenticidad de los billetes respecto a lo que no resulta indicio alguno de su peligrosidad, a excepción de una pericial genérica y contradictoria con otra practicada, que refiere la inocuidad de los billetes, sin que resulte acreditada ninguna operación, siquiera intentada, de transmisión. Se trata de fotocopias inidóneas para lesionar el bien jurídico protegido por el tipo penal, respecto a las que ni se afirman su transmisión y tan solo se hace referencia a su utilización como presupuestos del engaño en un delito de estafa por el que han sido absueltos.”

## **2. AUTORIA**

Las formas de comisión de este delito están detalladas en el artículo 386 del Código Penal en el que se castiga con una pena muy elevada, prisión de 8 a 10 años y multa del tanto al décuplo del valor aparente de la moneda, al que altere la moneda o fabrique moneda falsa, a quien introduzca en el país o exporte moneda falsa o alterada y a quien transporte, expendo o distribuya, en connivencia con el falsificador, alterador, introductor o exportador, moneda falsa o alterada. La alteración o fabricación de moneda supone la imitación de una moneda auténtica que genere apariencia de autenticidad y que esté destinada a circular en el tráfico monetario, sin que sea necesario que haya circulado efectivamente. No son punibles las reproducciones que por su tosquedad carezcan de aptitud para causar confusión en los eventuales receptores. La jurisprudencia ha señalado que el proceso de fabricación de moneda es complejo y se debe considerar autor de este delito a todo aquél que participe en el proceso, coordinado con los demás y que realice actos de ejecución nucleares en relación con la acción y necesarios para conseguir la falsificación. Por tanto el concepto de autoría es extenso. Del enunciado del precepto resulta castigada también la introducción y exportación y, por último, el transporte y distribución de la moneda falsa siempre que exista connivencia con las personas que hubieren realizado cualquiera de las acciones anteriores. El Código Penal castiga con menor pena la mera tenencia o posesión para la expedición o distribución y la adquisición de moneda falsa con el fin de ponerla en circulación. También con pena menor se castiga a quien habiendo adquirido de buena fe moneda falsa la expendo o distribuya después de constarle la falsedad siempre que el valor de la moneda sea superior a 400 euros, ya que si es inferior el hecho se castiga como falta. Del mismo modo en el artículo 389 se castiga la falsificación, expedición e introducción de sellos de correos o efectos timbrados y la distribución de los mismos, si se conociere su falsedad, en cuantía superior a 400 euros.

Son responsables criminalmente de los delitos los autores y los cómplices, y a su vez, son autores quienes realizan el hecho por si solos, conjuntamente o por medio de

otro del que se sirven como instrumento, también serán considerados autores los que cooperan a su ejecución con un acto sin el cual no se habría efectuado.

La Sentencia de la Audiencia Nacional de fecha 17-7-2006<sup>4</sup>, n.º 28/2006, recoge: Aunque los acusados no fueran los ejecutores materiales de la fabricación de las tarjetas falsificadas, ninguna duda cabe de que su participación fue determinante e imprescindible para ello y que hubo concierto con los autores materiales de la fabricación falsaria, si no lo hubieran sido ellos, toda vez que el acto consciente de la necesaria cooperación en la falsificación de tarjetas de crédito se deduce fácilmente de la reconocida labor de captación de tarjetas lícitas para de ellas extraer los datos de sus bandas magnéticas que sirvan de soporte a otras tarjetas clonadas. En suma: al no tratarse los hechos que se subsumen en el tipo del art. 386.1 de un delito de los llamados de propia mano, nada impide la participación como coautor del mismo; es evidente que la falsificación tiene siempre la finalidad de la introducción en el tráfico o la expendición, siendo ambas conductas prácticamente indiferenciables, por lo que en la medida en que los acusados tomaron parte en el plan del delito y ejecutaron parcelas del

---

<sup>4</sup> En los meses de febrero y marzo de 2004 trabajaba como saxofonista en el restaurante llamado Vildsvin-La Antigua Taberna, sito en la calle Ferrán nº 38 de Barcelona, el acusado Ramón. El mencionado en aquellas fechas había convenido con un camarero del local actualmente declarado en rebeldía y al que por tanto no afecta esta resolución, que copiara las bandas magnéticas de las tarjetas de crédito que los clientes le entregaban para abonar las cuentas de sus consumiciones en los lectores-copiadores que Ramón le facilitaba, recibiendo el camarero como contraprestación una cantidad de dinero por cada tarjeta de cliente cuyos datos copiaba cuando iba a pasar por el datáfono para cargar en la cuenta del cliente lo que había consumido. A su vez, Ramón recibía tales lectores-copiadores de su compatriota argentino Jesús, concertando ambos que el primero recibiría segundo una cantidad fija de dinero a cambio de cada uno de los lectores-copiadores que aquél devolviera a éste cargado de información sobre los datos personales contenidos en las bandas magnéticas de las distintas tarjetas de crédito que el camarero del restaurante mencionado obtenía de los clientes. Ello ocurrió al menos en dos ocasiones, afectando -a alrededor de cuarenta tarjetas. Posteriormente, la descarga de aquellos datos alojados en los lectores-copiadores se efectuaba a través de uno de los ordenadores portátiles hallados en el registro del domicilio de Jesús, sito en la CALLE000 nº NUM002 de Barcelona, y más concretamente del ordenador portátil de la marca Fujitsu Siemens, modelo Lifebook, con número de indicación R0505791, en cuyo disco duro, de la marca Toshiba MK 1214 GAP, con número de serie 60565745T, estaba instalado un programa con nombre TA48.exe, que se ha ejecutado y que permite la lectura y grabación de bandas magnéticas de tarjetas de crédito sin salir del programa, utilizando un lector/grabador de tarjetas; de modo que a través de este procedimiento se conseguía la clonación o creación fraudulenta de una tarjeta nueva.

mismo necesarias para la consumación, los mismos han de responder como coautores por el delito consumado (STS. De 15-12-2003). Por la defensa del acusado Ramón se suscitó la cuestión de la posible participación en grado de complicidad del referido en los actos criminalmente reprochables, lo que esta Sala debe rechazar, puesto que la doctrina penalista viene conceptuando como cooperador necesario al sujeto que realiza una actividad adyacente, colateral y distinta pero íntimamente relacionada con la del autor material del delito; por tanto, ayuda al delito cometido por el autor principal mediante una aportación operativamente indispensable, conforme a la dinámica objetiva del hecho delictivo de que se trate; está integrado este concepto por un elemento subjetivo, consistente en el acuerdo previo para delinquir, y por un elemento objetivo, consistente en una aportación eficaz, necesaria, imprescindible y trascendente en el resultado producido, no requiriéndose una necesidad absoluta sino que es suficiente una aportación difícilmente reemplazable en las circunstancias concretas de la ejecución. Ello excluye la complicidad recogida en el art. 29 del C.P., porque la actuación de los acusados no constituyó simple ayuda sin participación en la decisión ni en el dominio final del autor material para consumir los actos fraudulentos cometidos, sino una aportación relevante y sustancial.

La STS Sala 2ª de 3-4-2007, nº262/2007, considera cooperador necesario y por ello autor al recurrente pues “el relato probatorio y en él existe un apartado específico para el recurrente que señala con plena nitidez, que él entrega su tarjeta auténtica y es Luis Pablo quien realiza la sustitución o suplantación de las bandas magnéticas, para luego el propio recurrente devuelta su tarjeta y en poder de la misma realizar compras importantes cuyos cargos repercutían en las cuentas ajenas (las de los titulares de los bandas auténticas) para repartirse el botín entre ambos dos. Bien se acuda a la teoría de los bienes escasos, a la de la “condictio sine qua non” o a la del dominio del hecho, tal comportamiento se revela como indispensable y preciso para que la falsedad se cometa con el objetivo de obtener el botín. En este caso la mecánica falsaria no se producía por la entrega de un simple plástico. Por otro lado, aunque el fundamento jurídico 4º califique de cooperador necesario por entregar sus propias tarjetas para provocar la alteración desnaturalizadora del documento, lo hace a propósito o dentro del epígrafe referido a las “circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal”, pero no nos

debe ello impedir acudir al apartado específico de la “calificación jurídica” que indistintamente considera a los cuatro acusados, que resultaron condenados, “autores” del delito ya directos o por cooperación necesaria, precisando que “aunque alguno de ellos no fuera el autor material de la fabricación de las tarjetas falsificadas, ninguna duda cabe que su participación fue determinante e imprescindible para ello y hubo concierto con los autores materiales de la fabricación falsaria...” Ello nos indica que para caso de no conceptuar la intervención del recurrente como de cooperación necesaria, si partimos del concierto previo, la distribución de cometidos y el reparto del botín obtenido, estaríamos dentro de la autoría conjunta del párrafo 1º del Artículo 28 C.P. En uno y otro caso las consecuencias penológicas no varían.”

También el ATS Sala 2ª, de 11-5-2006, nº1534/2006: “La sentencia considera probado que el recurrente, en compañía de José Pablo y Teresa, procedieron a fabricar moneda falsa en cuantiosas cantidades, con el fin de, previo pago del importe acordado, entregándosela a determinados distribuidores y así obtener beneficios con tal ilícito comercio. Tales hechos fueron calificados por la Audiencia Nacional como un delito del Artículo 386 párrafo primero, apartado 1º del Código Penal. Dicha calificación penal resulta correcta en atención a que se describe como el recurrente participaba a título de coautor en la fabricación de moneda. La entrega de la moneda falsificada a terceros con el fin de proceder a su difusión constituye un acto de colaboración esencial en los hechos, por lo que resulta correcta su calificación a título de coautor, no siendo admisible la calificación legal de complicidad.”

La STS Sala 2ª, S 16-2-2006, nº180/2006, dice que “En lo que atañe al error de derecho, el relato fáctico declara que este recurrente se dirigió al otro coimputado, en compañía de un desconocido, salvo por el nombre de Cesar, al que conocía del bar que frecuentaba y le propusieron que con una máquina que le suministraron, procediera a copiar, “doblar”, los datos de las tarjetas de crédito que presentaba los clientes del establecimiento para pagar las consumiciones. Se declara, además, que presionaron al otro imputado para la realización de la conducta solicitada, exhibiendo una fotografía de su familia en Rumania y le afirmaron que tenían controlada a la familia. También se declara que como vieran que la operación no era todo lo rentable que pretendían, este recurrente retiró la máquina de copiar tarjetas y la devolvió al desconocido. Desde el

hecho probado la subsunción en el delito de falsificación de moneda y de estafa es clara. Ciertamente, no se dice que él realizara la materialización de la copia de los datos de tarjetas auténticas, ni que confeccionara las inauténticas, pero su contribución a la realización del ilícito es patente mediante un aporte causal a la conducta típica. Así, es él quien proporciona al desconocido el dato de la persona que puede proceder a copiar las tarjetas de crédito auténticas, elemento necesario para la fabricación de las tarjetas de crédito falsificadas. Es él quien colabora con el desconocido en realizar la presión precisa para que el otro coimputado colabore en el hecho típico. También es él quien retira la máquina de copiar tarjetas cuando entienden que no renta lo suficiente. De ese relato se extraen los datos precisos para afirmar la colaboración, que debe calificarse de necesaria, de la conducta de este recurrente en la realización del delito. El aporte es causal al hecho, y se efectúa mediante los hechos que son necesarios para la realización del hecho típico.” En este sentido el TS en la citada sentencia, afirma que “esa conducta, que el recurrente admite en su realización, permite ser calificada de cooperador necesario en la realización del hecho, supuesto de autoría equiparado en penalidad al autor principal.” Respecto del otro recurrente dice que “El hecho probado declara que el acusado procedió a copiar las tarjetas de crédito auténticas que recibía de los clientes en el establecimiento en el que trabajaba. Arguye el recurrente que esa actividad no es de fabricación y que tendría relevancia penal si el recurrente perteneciera a la organización y estuviera de acuerdo con otros miembros de la organización que culminaran el proceso de fabricación de la tarjeta inauténtica. El motivo se desestima. Dentro de la actividad de fabricación de moneda falsa, de tarjetas de crédito falsificadas, puede procederse a una división de funciones y así, en tanto que unos copian, “doblan”, las tarjetas, otros acometen mediante un proceso informático el hecho de incorporar la banda magnética sustraída a otras tarjetas. La acción del recurrente es una conducta de cooperación necesaria a la fabricación en la medida que proporciona elementos precisos de la fabricación, la aportación de las bandas magnéticas a otros que las incorporan a tarjetas inactivas y que a partir de esa incorporación entran en funcionamiento con potencialidad de crear dinero falso. En esa división, el actuar del recurrente, sin perjuicio de sus motivaciones, es típica de la fabricación de moneda falsa por cooperación necesaria.”

La STS Sala 2ª, de 5-12-2005, nº1610/2005 dice que “La sentencia implica directamente al recurrente en una tarea esencial en el delito básico por el que ha sido condenado el primer recurrente. Su actividad era imprescindible para el logro de los objetivos delictivos que no eran otros que elaborar billetes falsos de las antiguas pesetas. Nada menos que era el suministrador de los aparatos informáticos dedicados a estas tareas y, además, como experto en la materia se encargaba de una tarea tan sustancial como la de mantener operativos los equipos, atender a sus reparaciones y realizar aquellas adquisiciones de material imprescindibles para conseguir editar los billetes falsos. 3.- El recurrente reconoce sus relaciones con el principal acusado y el haber instalado en la finca los aparatos informáticos, pero alega que ignoraba cual iba a ser su destino y utilización. Parece elemental que la delicada tarea de elaborar billetes falsos exigía unos conocimientos técnicos y profesionales de alta cualificación de la que carecía el principal condenado. Los policías que hacían el seguimiento detectan los continuos desplazamientos del acusado a la finca y además, declaran en este sentido en el acto de la vista. 4.- En la variante de la tutela judicial efectiva alega que la conclusión sobre su participación en los hechos de manera directa y eficaz, hasta tal punto que sin su colaboración la actividad delictiva hubiera sido imposible, está sacada de contexto, es débil argumentalmente e irracional. Nada tenemos que añadir a lo dicho por la sentencia y a lo que hemos expuesto con anterioridad. Al dar como probada su capacidad técnica y profesional, y participación en la instalación de los aparatos, su actividad no puede ser considerado como un rutinaria operación de suministro de tecnología informática. Las continuas visitas a la “fábrica” hacen irreprochablemente lógica, racional y evidente la conclusión obtenida a través de un proceso inductivo impecables desde el punto de vista de la valoración y justificación de la actividad probatoria.” (...) “Siguiendo el relato de hechos probados, resulta evidente que la participación del acusado fue la de un colaborador necesario porque, como ya hemos dicho, sin su principal y relevante actuación los objetivos delictivos no se hubieran conseguido. Por tanto, la calificación de cooperador necesario, es la ajustada a su conducta.”

### **3. PENALIDAD**

La STS Sala 2ª, de 6-10-2005, nº1137/2005, dice que: “El tribunal de instancia motiva en el fundamento cuarto de la sentencia el ejercicio de la función jurisdiccional de imposición de la pena, actuando el arbitrio judicial en la individualización de la pena, lo que realiza atendiendo a la subsunción de los hechos, en el delito continuado y en la mayor gravedad de los hechos imputados a éste recurrente frente a las otras dos. Es cierto que no se explica en qué consiste la mayor gravedad, lo que hubiera sido deseable, pero esta resulta, de forma clara y nítida el relato fáctico y de la motivación de la sentencia. En efecto, el recurrente, es el fabricante de la moneda falsa, es el que realiza los billetes inauténticos con los elementos materiales, fotocopias y ordenador, de su propiedad, billetes que son entregados a los otros condenados para su expedición. La previsión del tipo penal contenido en el Artículo 386 del Código penal, con una misma penalidad para distintas conductas, de fabricación y de expedición, permite calibrar, a los efectos de la penalidad, la distinta entidad de la conducta, que el tribunal expresa con una individualización diferente.”

#### **IV. INTRODUCCIÓN EN EL PAIS O EXPORTACIÓN DE MONEDA FALSA O ALTERADA**

##### **1. ACCIÓN**

La SAN Sala de lo Penal de 21 junio 2002, dice que “Este delito se consuma con la mera introducción en España de moneda falsa procedente de otro país, aunque el acto sea único y cualquiera que sea la cuantía introducida, sin que sea preciso para que se realice el delito la puesta en circulación ni la puesta de acuerdo con el falsificador, ya que el tipo penal no exige estos requisitos.”

La STS Sala 2ª de 11 abril 2006, considera que “la aplicación del tipo privilegiado de tenencia para su expedición. No es posible, el dinero falso se encontró en la bolsa que transportaba el viajero del autobús de la línea Sofía- Barcelona que se bajó en el área de servicio de Penedés. Por otra parte, las trece tarjetas “dobladas” se

ocuparon en el registro del SEAT Ibiza que conducía el propio Marco. En este escenario probatorio es imposible la aplicación del tipo de la mera tenencia.”

La STS Sala 2ª de 17 noviembre 2004, considera subsumida la actuación del acusado en el tipo de introducción en España de moneda falsa que le imputaba el Fiscal: “Siempre sobre la base del respeto al “factum” que demanda el motivo, debe advertirse que no consta de modo explícito en el mismo que el acusado llevara en su poder al llegar a territorio español los documentos falsificados, y es también cierto que en el juicio oral manifestó que lo único incierto de los cargos que le imputaba el Fiscal era que llevara consigo las tarjetas de crédito falsificadas cuando llegó a Tenerife, declarando en ese momento y por vez primera que aquéllas le habían sido entregadas por un compatriota a su llegada a la isla, apartándose en este punto de las declaraciones prestadas hasta el momento. Pero lo relevante en este asunto es que la intervención del supuesto compatriota no ha sido aceptada como hecho probado por el Tribunal, al no otorgar credibilidad a esta manifestación del acusado, de suerte que, eliminado ese supuesto contacto, una interpretación racional del contenido del “factum” sólo puede llevarnos a la conclusión de que el acusado portaba las repetidas tarjetas de crédito y carta de identidad falsificadas al entrar en territorio nacional, con las que, sin solución de continuidad, llevó a cabo las plurales acciones defraudatorias reconocidas por el mismo.”

Por el contrario, la SAP Madrid de 15 enero 2002, estima que la conducta de los tres acusados de nacionalidad marroquí y residentes en Italia consistente en adquirir “en Turín (Italia), 400 billetes de 100.000 liras apócrifos por 16 millones de liras, y documentación de identidad italiana también inauténtica” para a continuación trasladarse a España “donde el día ocho del citado mes, en Lérida, cambiaron 50 de tales billetes en las oficinas de la entidad “Caja de Ahorros C.”, sitas en el Paseo R., calle V. y Avenida C., por importe de 418.914 ptas., 10 billetes en la oficina del “Banco S.” en la calle F., , por importe de 85.072 ptas., 20 billetes en la oficina de la entidad “Caja de Ahorros C.”, “en la Rambla F., por importe de 167.566 ptas. y 20 billetes en la oficina de la Caja de Ahorros M.” en la misma Rambla F., por importe de 167.566 ptas., tratando de hacerlo también en las oficinas de “La “Caja de Ahorros C.”, sitas en la calle D., núm. ..., y Paseo R. núm. ..., y estando en posesión ese mismo día de otros 278

billetes de 100.000 liras y de un billete de 50.000 liras contrahechos, con la intención de cambiarlos por ptas., así como de liras, francos franceses y pesetas, auténticos, producto de las transacciones efectuadas.” No es constitutiva del delito que se comenta. Dice la sentencia citada que: “La calificación jurídica se lleva por el párrafo segundo del Artículo 386 (expedición de moneda falsa adquirida con conocimiento de su falsedad, aunque sin actuar en connivencia con el falsificador) en vez de por el párrafo primero núm. 2º (importación o introducción de moneda falsa), que es por el que la efectúa el ministerio fiscal, en atención a la necesidad que estima la Sala de considerar el contexto europeo actual en el que se desenvuelve la actividad delictiva analizada, caracterizado por las llamadas libertades comunitarias: libre circulación de personas, capitales, mercancías, etc., con inexistencia, no sólo de barreras aduaneras, sino incluso de fronteras internas entre los países que conforman el entorno Schengen, dándose la actual circunstancia de existencia de una moneda única común a la mayoría de los países miembros de la Unión Europea. Estima, por tanto, la Sala que en esta particular situación que se da en la actualidad en el ámbito de los países de la Unión, y aunque sigan subsistiendo como tales los Estados naciones europeos en cuanto que siguen ostentando su propia soberanía diferenciada de los demás, sin embargo no resulta de aplicación este precepto (importación o introducción de moneda falsa) a la situación de tráfico o paso de dicha clase de moneda entre países que comparten la misma moneda legítima, o incluso en la situación anterior, entre países entre los que existe una total libertad de circulación monetaria. Ha de entenderse que para que se de este tipo penal es necesario que se produzca una introducción monetaria desde el “exterior”, debiendo considerarse que a efectos monetarios este exterior no es otro país comunitario, sino necesariamente uno extracomunitario.”

## **2. TENTATIVA**

El ATS Sala 2ª, de 24-5-2006, nº1247/2006, dice que: “Resumidamente, la sentencia considera probado que el recurrente recogió, junto con el otro procesado, un paquete remitido desde Malasia que contenía 354 tarjetas con el nombre de Visa y Mastercard a nombre de diversas entidades bancarias careciendo de nombre de titular,

numeración y fecha de caducidad. La sentencia describe también como el recurrente al ser detenido exhibió un pasaporte falso, en el que se había modificado la fecha de nacimiento del titular y sustituido la fotografía original por la suya. Tales hechos fueron calificados como un delito de tentativa de introducción de moneda falsa, previsto en el Artículo 386 párrafo primero apartado 2º y 387 en relación con el Artículo 16.1 y 62 del Código Penal. Dicha calificación legal resulta correcta por cuanto se describe al recurrente como la persona que recibió las tarjetas de crédito. Por cuanto dichas tarjetas carecían de los elementos necesarios para operar en el tráfico jurídico, tales como el nombre de titular, numeración y fecha de caducidad, los hechos fueron calificados a título de tentativa del Artículo 16 del Código Penal dado que se dio comienzo con el propósito criminal al recepcionar el paquete que contenía las tarjetas, no llegando a consumarse los hechos debido a la intervención policial. De ahí que resulte correcta la aplicación del Artículo 62 del Código Penal, que confiere al Tribunal la facultad de disminuir la pena uno o dos grados respecto al delito consumado. El Tribunal de instancia consideró que la rebaja que debía de proceder era en un grado, en atención al elevado número de tarjetas intervenidas y el grado de peligrosidad de la imitación. No se ha producido infracción del Artículo 62 del Código Penal ya que la disminución de la pena en un grado constituye una posibilidad legal, que ha sido suficientemente argumentada por el Tribunal.” Respecto del otro recurrente la STS citada argumenta: “La intervención de este recurrente, según los hechos declarados probados en la sentencia recurrida, consistió en utilizar la identidad de Leonard Forrester, figurando este nombre como destinatario del paquete que contenía las tarjetas, además de tener en su poder un pasaporte falso, una tarjeta de crédito, y talonarios de bancotel con ese mismo nombre, habiendo reservado en el hotel Husa Princesa una habitación haciendo uso de dichos talonarios, y éstos habían sido obtenidos con la tarjeta de crédito intervenida. La sentencia considera a este recurrente como autor de un delito de tentativa de introducción de moneda falsa de los arts. 386 y 387 del Código Penal. Dicha calificación legal resulta correcta ya que conjuntamente con el otro implicado en los hechos, intervino en la introducción en nuestro país del paquete que contenía las tarjetas de crédito que iban a ser falsificadas.”

El ATS Sala 2ª de 18 enero 2007, considera probada la introducción de la moneda falsa en España “El tribunal de instancia señala como prueba fundamental en la que asentar su convicción inculpativa, las declaraciones del hoy recurrente que en el acto del juicio oral reconoció que portaba la moneda que resultó ser falsa y que intentó cambiar en pesetas en la localidad de Almuñecar. No obstante el acusado declara igualmente que los billetes falsos los había encontrado detrás de la tapicería lateral de la puerta del vehículo que acababa de alquilar junto con su amigo al ir a ocultar en ese lugar su billetera y que sin decirle nada le dio los billetes para que los cambiara. Esta manifestación no se estima verosímil por el juzgador de instancia por su carencia de lógica, señalando que el hoy recurrente a preguntas del fiscal no supo explicar porque su amigo declaró ante el instructor que habían obtenido los billetes en Inglaterra. Además el recurrente ofrece esta versión por primera vez a través de una carta cuando se encuentran en el vehículo días después de la detención otros billetes igualmente falsos. Por otro lado se alude a las manifestaciones prestadas por el hoy recurrente ante el instructor ante quien manifiesta que cuando llegó a España traían ya los billetes que resultaron ser falsos. Por su parte la prueba pericial practicada determinó la falsedad de las libras intervenidas y las declaraciones de los testigos agentes de la guardia civil las circunstancias de la intervención de la moneda falsa en poder del acusado. A tenor de lo expuesto, la conclusión inculpativa sentada por el tribunal de instancia resulta acorde con las normas de la lógica y las máximas de la experiencia y no puede ser tachada de arbitraria o absurda, permitiendo constatar la existencia en las actuaciones de prueba suficiente y con contenido inculpativo apta para enervar el derecho a la presunción de inocencia que se invoca.”

Al contrario, la SAN Sala de lo Penal de 14 julio 1999, dice que “La dificultad se presenta en la probanza del elemento subjetivo o de conocimiento por parte del acusado de que aquellos billetes no eran auténticos. José Antonio, negó en todo momento, ante la autoridad gubernativa, ante el juez y en el acto de la vista, que supiera que parte de los billetes que guardaba eran falsos. Explica que es residente en Valencia, que es vendedor ambulante, que llevó pantalones a Portugal para vender y que le pagaron la mercancía con aquellos billetes encontrados en el vehículo cuando regresaban. Creía que eran buenos y si los llevaba ocultos era para evitar que se los

robaran. Los tres testigos, agentes de la Guardia Civil, corroboran que lo que el acusado dijo en el acto del juicio es lo mismo que les manifestó a ellos cuando revisaron su vehículo, y explican que los billetes iban mezclados y sin orden los auténticos con los falsos, sin que Antonio, hubiera hecho ninguna objeción al registro del coche. El Ministerio Fiscal mantiene su acusación porque entiende que existe suma de indicios para llegar a la conclusión que Antonio, sí conocía la falsedad de la moneda. Como tales indicios señala: a) El modo oculto en que se transportaba, entendiendo que habría sido más lógico que dicha cantidad de dinero, de pensar que era auténtico, la hubiera llevado encima; b) Los conocimientos que el acusado debe tener por su experiencia como comerciante en la detección de la falsedad de moneda, pues si bien podían confundirle el color de los escudos portugueses por tratarse de moneda extranjera, la textura y rugosidades del papel podrían delatarlos al ser una característica común a todos los billetes de curso legal. La defensa pone de relieve que de 4.550.000 escudos portugueses que fueron encontrados, solo 300.000 escudos eran representaciones falsas, y mantiene que ni el lugar en el que se les transportaba dentro del vehículo ni la forma en que llegaron a ellos los miembros de la Guardia Civil, revelan sospecha alguna de conocimiento de falsedad por parte del acusado. Efectivamente, nos encontramos en un supuesto en el que por las pruebas practicadas resultaría igualmente posible la reconstrucción de hechos establecida por el Ministerio Público y la versión dada por la defensa. No resulta insólito, dentro de la práctica común del comportamiento humano, el que se asegure la posesión del dinero ocultándolo, aunque también es propio de quien sabe que está cometiendo un delito ocultar los instrumentos del mismo. El que estuviera mezclado el dinero auténtico con el falso permitiría pensar que los portadores creían que todos los billetes tenían el mismo valor legal, pero igualmente podía ser una coartada para el caso de que fueran descubiertos. Reflexiones que revelan la imposibilidad de llegar a una solución unívoca por inexistencia de pruebas concluyentes, lo que impide afirmar la participación del acusado en el delito que se le imputa.”

### **3. CONCURSO**

Con falsificación y estafa: La STS Sala 2ª de 23 diciembre 2004, aprecia su existencia si bien no tiene efectos penológicos. Dice al respecto que: “Efectivamente, como pretende el recurrente, la descripción del hecho probado permite sostener la existencia de una relación de medio a fin entre la introducción de las tarjetas falsas en España y su utilización fraudulenta en varios comercios en nuestro País, lo que conduciría a la apreciación de un concurso medial entre ambos delitos. Sin embargo, el motivo no será estimado al no provocar ninguna modificación necesaria en el fallo de la sentencia, ya que las penas impuestas, o más exactamente, el total de privación de libertad resultante que asciende a once años de prisión, sería igualmente imponible con la aplicación del artículo 77.2 del Código Penal, ya que en función de las penas señaladas a los delitos cometidos, sería posible alcanzar un límite superior. El artículo 77.2 del Código Penal dispone que en estos casos se aplicará en su mitad superior la pena prevista para la infracción más grave, sin que pueda exceder de la que represente la suma de las que correspondería aplicar si se penaran separadamente las infracciones. La pena señalada al delito de introducción de moneda falsa, en lo que aquí interesa, es de ocho a doce años de prisión, por lo que la pena posible de acuerdo con el artículo 77.2 se extendería desde los diez años hasta los doce años de prisión. El Tribunal ha penado separadamente las infracciones y ha impuesto a los recurrentes una pena de ocho años de prisión por este delito y otra de tres años de prisión por el delito de estafa, es decir, un total de once años, por lo que la aplicación de las reglas del concurso medial no afectaría necesariamente al total de las penas impuestas, ya que la extensión resultante de ambas penas es inferior a la que podría imponerse de acuerdo con el artículo 77.2. El motivo se desestima”.

Con el delito de fabricación de moneda falsa: la STS Sala 2ª de 23 diciembre 2004 dice al respecto que “El escrito de conclusiones provisionales del Ministerio Fiscal, refería que los acusados “encargaron o fabricaron por sí, documentación falsa facilitando al efecto su fotografía, así como las tarjetas de crédito falsas con los datos de identidad concordantes con dichas documentaciones espurias.” Calificó los hechos como constitutivos de un delito de falsificación de moneda del artículo 386.1º y 387 del Código Penal. En las conclusiones definitivas no se modificaron los hechos ni la

calificación jurídica. La sentencia impugnada dice en su fundamentación jurídica que “como bien tienen reconocido los procesados”, “adquirieron las tarjetas de crédito en Singapur”, “y si bien no ha quedado suficientemente probado que materialmente efectuaran dichos procesados la fabricación de las mismas lo que es indudable es que las introdujeron en España.” En el hecho probado relata que los dos acusados recurrentes “habían adquirido dichas tarjetas de crédito en Singapur y facilitaron sus fotografías para la confección de pasaportes falsos a fin de que concordaran los datos de identidad con dichas documentaciones espurias, e introduciéndolas en España.” Es claro que mientras el Fiscal acusó de haber intervenido directa o indirectamente en la falsificación de las tarjetas, (“encargaron o fabricaron por sí”), el Tribunal declaró probado, en primer lugar, que las adquirieron en Singapur; en segundo lugar, que facilitaron sus fotografías para la confección de pasaportes falsos coincidentes con dichas tarjetas; y, en tercer lugar, que las introdujeron en España, afirmando después que no había quedado probado que hubieran intervenido en la falsificación. No cabe duda, por lo tanto, que se ha producido una modificación parcial del relato fáctico contenido en la acusación. Sin embargo ello no tiene la trascendencia que pretende el recurrente, pues al aceptar en sus declaraciones en el juicio oral que habían adquirido las tarjetas y la documentación en Singapur y estar acreditado, además de no negado, que les fueron intervenidas en España, de ello ha de deducirse que previamente las habían introducido en nuestro país, bien personalmente o bien mediante terceros, pues no cabe otra posibilidad diferente desde puntos de vista racionales. Por lo tanto, el aspecto fáctico que el Tribunal incorpora al relato, la introducción de las tarjetas en España, resulta de las propias manifestaciones de los acusados, contenidas en una declaración prestada ante el Tribunal con todas las garantías, y no es un hecho extravagante respecto del contenido de la acusación, pues está íntimamente relacionado con ella, por lo que no se les causa indefensión si se incorpora al hecho probado de la sentencia. Tampoco se afecta la imparcialidad del Tribunal, pues el hecho probado es una consecuencia de la aceptación de la versión contenida en la posición de la defensa, que es ejercitada en parte por los propios acusados al sostener unos hechos distintos de los de la acusación en sus propias manifestaciones ante el Tribunal. Descartada la infracción del principio acusatorio en relación con los hechos, la cuestión se desplaza, entonces, hacia la homogeneidad de la calificación jurídica exclusivamente. Y en este sentido, hemos de

señalar que la condena se dicta por un tipo delictivo contenido en el mismo precepto, como una de las varias y similares modalidades de ataque al mismo bien jurídico protegido, por lo que no se produce ninguna alteración de éste. Y por otro lado, no se trata de un delito más grave al estar sancionado con la misma pena que el contenido en la acusación. El motivo, por lo tanto, se desestima.”

## **V. TRANSPORTE, EXPENDICIÓN O DISTRIBUCIÓN, EN CONNIVENCIA CON EL FALSIFICADOR, ALTERADOR, INTRODUCIDOR O EXPORTADOR, DE MONEDA FALSA O ALTERADA.**

### **1. ACCIÓN**

El acto de expender hace referencia a una actividad instantánea de entregar, gastar o “dar salida” a la moneda o billetes falsos, por lo que el tipo queda consumado en el mismo momento en que la moneda pasa de las manos del expendedor a las del receptor (sentencia de 17 de abril de 1909). Podrá haber tentativa cuando la entrega no llega a realizarse por causas ajenas a la voluntad del agente, como puede ser una intervención policial (sentencias de 19 de enero de 1910 y 7 de abril de 1984). Y frustración en el caso en que en el mismo momento de la entrega la moneda es rechazada por la persona a quien se ofrece, por lo que jurídicamente no se produce tal entrega (sentencias de 26 de enero de 1906 y 27 de noviembre de 1907).” (SAP Tarragona de 7 enero 2003).

El ATS Sala 2ª, de 26-10-2006, nº2295/2006 “No hay mención en los Hechos Probados a que las tarjetas hubiesen sido alteradas o fabricadas por el acusado, pero si se describe como conducta típica su uso a sabiendas de su falsedad. Esto es, en virtud de su equivalencia a la moneda de curso legal (Artículo 387 del Código Penal) su puesta en circulación, y su introducción en el mercado. Esta conducta integra la acción del

artículo 386.3º del Código Penal que sanciona al que distribuya moneda falsa o alterada en convivencia con el falsificador, alterador, introductor o exportador.”

No es un delito de propia mano y así lo aclara el ATS Sala 2ª, de 26-10-2006, N°2295/2006, cuando dice que “El recurrente estima que la sentencia de instancia incurre en el vicio denunciado al no expresarse si las tarjetas falsas habían sido falsificadas por el propio recurrente o por terceras personas, con las que pudiera estar en connivencia pero no ambas cosas a la vez. Señala que el Ministerio Fiscal elevó acusación por un delito del artículo 386.3º del Código Penal lo que exigiría probar que el acusado falsificó las tarjetas y que, en el caso que nos ocupa, no hubo prueba alguna, sino todo lo contrario, de que fuese así. (...). Ciertamente en los Hechos declarados probados, no se precisa si fue el acusado o terceras personas con las que aquél actuó en connivencia, quienes realmente elaboraron las tarjetas de crédito falsas. Sin embargo, también es cierto que se declara como hecho probado que el procesado tenía conocimiento de su falsedad y que las intentaba utilizar para adquirir una vídeo cámara Panasonic valorada en 1199 euros. No existe contradicción en los términos. La sentencia se limita a declarar que el acusado tenía conocimiento de la falsedad de la tarjeta, bien porque la había elaborado él mismo o bien porque había actuado en connivencia con terceras personas, extremos que no había quedado plenamente acreditados, pero que resultan inoperantes a la hora de calificar los hechos. En reiteradas ocasiones, esta Sala ha estimado que la falsificación de tarjeta de crédito no es un delito de propia mano, lo que viene a significar que incurre en la conducta criminal tanto quien materialmente procede a su falsificación, como quien, a sabiendas, la introduce en el mercado, haciendo uso de ella (por todas, STS de esta Sala de 3 de julio de 2006).”

La STS Sala 2ª, de 5-12-2005, n°1610/2005 dice que “1.- El hecho probado le imputa la tarea de distribuir el papel moneda que adquirió del autor principal. Como dato inequívoco se añade que cuando fue detenido por la policía llevaba varios billetes falsificados en el interior de su automóvil. Además se le implica en un delito contra la salud pública al habersele encontrado en un registro domiciliario 237 gramos de hachís con destino al tráfico. 2.- Como elementos probatorios se manejan datos materiales directos y testimonios inculpatorios. La conexión entre el falsificador y el acusado, es evidente y puesta de manifiesto por las conversaciones telefónicas y por los hechos que

se relatan. En este aspecto, la relación o connivencia es innegable. Pero además se parte del análisis de las características de los billetes que se le ocupan estableciéndose, de forma rigurosamente científica, que presentan similitudes con los que se ocuparon en la “fábrica” del autor principal. Existen testimonios complementarios de esta relación, por lo que, la valoración realizada por la sala sentenciadora es perfectamente lógica y ajustada a las conclusiones válidas de una prueba eficaz y sin tacha legal alguna. Por lo expuesto el motivo debe ser desestimado” (...) “2.- La tarea que se imputa al recurrente es idéntica a la que hemos examinado en relación con el anterior recurrente, es decir, adquirir los billetes falsos y tratar de colocarlos en el mercado. Incluso se le ocupan en su domicilio billetes falsos de características idénticas a los falsificados. En consecuencia se le condena por tenencia de moneda falsa para su expedición e introducción en el circuito de la circulación fiduciaria, con el grave quebranto de la economía que supone una actividad de esta naturaleza. 3.- La prueba manejada es la que resulta de las diligencias de entrada y registro, averdadas por la fe pública judicial y los testimonios de los policías intervinientes que complementan los hechos que la Sala estima probados. Existe, además, prueba pericial en relación con las características de los billetes que se le ocupan que acredita que son iguales a los encontradas en la finca donde estaban montados los útiles para falsificarlos. Todo el proceso valorativo se ajusta, de forma impecable, a los presupuestos y exigencias de la razonabilidad y de la lógica valorativa.”.

El ATS Sala 2ª, de 28-4-2005, nº689/2005, dice que “Afirma el recurrente que del relato de las confesiones de los implicados en ningún momento se desprende que hubiera una intención de defraudar por parte de la acusada y se expone una versión de lo sucedido referente a un viaje motivado por una oferta de trabajo. Se afirma que no está demostrada su implicación en los hechos y que fue una mera espectadora desconocedora de las acciones supuestamente cometidas por los otros dos acusados. Y desde esta perspectiva se explican los datos incriminadores que obran en autos citando incluso la ruptura de su relación sentimental con uno de los acusados debido a los hechos enjuiciados.” (...) “La prueba de cargo utilizada en la sentencia recurrida existe. Como expone el propio motivo, la foto de la acusada aparece tanto en el pasaporte a nombre de otra persona y el carnet de conducir, y no se puede aceptar que ello obedeciera a

obtener documentos para venir a España a trabajar cuando la acusada portaba su propio pasaporte auténtico expedido legalmente; la acusada vino a España en el vehículo que conducía el coacusado Lázaro, llegando los tres acusados juntos; estaba con éste, era su novia, y el tercer acusado cuando fueron detenidos todos ellos en posesión de los efectos intervenidos, billetes falsos, pasaportes y permisos de conducir falsos, tarjetas de crédito falsas y tiquets de su uso, así como productos fraudulentamente adquiridos, que se hallaban en el maletero del coche ocupado por ellos. Las fotografías de los tres obraban en los documentos originales falaces cuando todos ellos contaban con pasaportes legítimos y está acreditada además de su venida a España simultánea, su estancia en distintos puntos geográficos donde se usaron las tarjetas falsas. Los testimonios policiales acreditan las antedichas circunstancias -incluyendo la posesión concreta por la recurrente, en su bolso, de algunos de los comprobantes o resguardos del uso de las tarjetas- que se corroboran en muchos extremos por los propios acusados. b) Tal prueba fue obtenida y aportada lícitamente al proceso pues fue practicada con las garantías propias del acto solemne del juicio oral. c) Y, desde luego, ha de considerarse razonablemente suficiente para justificar la autoría conjunta y concertada de los delitos y, en consecuencia, la condena impuesta. Ciertamente nada de arbitrario hay en condenar con tales pruebas a la acusada aquí recurrente. Por el contrario, en los fundamentos de derecho 1º y 2º de la sentencia recurrida se exponen de modo razonado los argumentos por los que se condena. Y no cabe sustituir, como pretende el recurrente, la racional valoración de estas pruebas por las explicaciones, legítimas e interesadas de la parte, inconsistentes en cualquier caso, en una tarea revisora que es ajena al recurso de casación.”

## **2. DIFERENCIAS CON LA TENENCIA DE DE MONEDA FALSA PARA SU EXPEDICIÓN O DISTRIBUCIÓN**

El ATS Sala 2ª, de 4-5-2006, nº1254/2006, dice que: En este sentido, como señala la STS 24/02/2004, “el inciso primero se refiere a la tenencia en connivencia preordenada a su expedición o su distribución, el dolo abarca el conocimiento de la propia tenencia de moneda falsa o su distribución o expendición como consecuencia del

plan trazado por los autores, que se revela en su grado de connivencia con los mismos, en suma, se trata de castigar a los partícipes que conforman los escalones inferiores. C) De la doctrina anteriormente expuesta se desprende que la presente alegación no puede prosperar al pretender la recurrente una alteración de los hechos declarados probados, cuando se manifiesta por el Tribunal sentenciador que ha resultado acreditado que la recurrente tenía en su poder un número no determinado de billetes de cien dólares espurios, con conocimiento de su falsedad y con la intención de cambiarlos en el tráfico mercantil español por moneda de curso legal, hechos que, como ha sido ya expuesto en el estudio del segundo motivo casacional, se subsumen plenamente en el precepto penal aplicado pues difícilmente puede casar la buena fe alegada por la recurrente, con la tenencia y expendición, en varias ocasiones, de nada menos que 41 billetes falsos, sin que haya resultado justificada su legal adquisición hace cuatro años, según manifiesta. En cuanto a la existencia y grado de connivencia con los autores de la falsificación o introducción de la moneda en España, el relato de hechos señala el origen lituano de la falsificación indicando que, en cuanto a la forma de operación en este tipo de delitos, que “viene desde hace años circulando por distintos países europeos conocido por los expertos a través de ciudadanos lituanos, aunque la expendición o distribución sea realizada por cualquier persona”, lo que viene a indicar el escaso grado de vinculación y connivencia que puede llegar a existir con la persona que finalmente expende o distribuye la moneda, circunstancia que ha sido valorada en el momento de individualización de la pena permitiendo el precepto aplicado rebajar la pena en uno o dos grados, de tal forma que la Sentencia, ante el mínimo grado de connivencia apreciado, individualiza la pena en dos años de prisión por la comisión del dicho delito.

La STS Sala 2ª, de 5-12-2005, nº1610/2005 dice que “El motivo tercero es complejo ya que solicita conjuntamente la aplicación de la simple tenencia de billetes falsos lo que, unido a la complicidad, llevaría a una pena muy inferior a la impuesta que, además, no ha sido individualizada. 1.- El planteamiento es confuso y contradictorio. No se puede mantener que se le aplique el tipo de la simple tenencia de moneda desconectada de la fabricación y que, al mismo tiempo, se le considere solamente como cómplice de la tenencia ya que es totalmente incompatible, con la naturaleza de la conducta que solicita que se le aplique.”

## **VI. TENENCIA, RECEPCIÓN U OBTENCIÓN DE MONEDA FALSA PARA SU EXPEDICIÓN, DISTRIBUCIÓN O PUESTA EN CIRCULACIÓN**

### **1. ACCIÓN**

La SAP Tarragona de 7 enero 2003, dice que “según el relato de hechos probados, el billete de 50 euros no pasó a poder y posesión de la vendedora, quien dándose cuenta de la maniobra fraudulenta se negó a cogerlo, exigiendo otro que momentos antes había entregado a la denunciada. Consecuentemente, no llegó a dar salida a la moneda falsa, ni a ponerla en circulación (el Artículo 386 también habla de distribuir), ni por ello se produjo el resultado de inseguridad para el tráfico requerido por la falta imputada, pues si la ley hubiera querido configurar la infracción penal anticipando la consumación, como un tipo de resultado cortado, a semejanza de la tenencia castigada en el Artículo 386 del Código, lo habría previsto expresa y taxativamente, sin que quepan interpretaciones extensivas del tipo penal aplicado. Cuestión distinta es que sí pudiera castigarse una tentativa de estafa, que debió ser objeto de acusación, pero que en esta fase procesal no puede motivar una reforma peyorativa en contra de la denunciada.”

El ATS Sala 2ª de 25 febrero 2002, describe las dos modalidades delictivas contempladas en este párrafo y enumera los elementos del tipo de cada una de las figuras delictivas: “después de la modalidad típica constituida por la acción de expender o distribuir moneda falsa en connivencia con los falsificadores o introductores (Artículo 381, párrafo primero, número 3), el legislador adelanta en su párrafo segundo la barrera penal incriminando lo que serían, respecto a la expención y distribución, actos de imperfecta ejecución y actos preparatorios: la tenencia, y la adquisición de moneda falsa con el propósito de expenderla o distribuirla. Y lo hace mediante dos tipos penales, muy semejantes, equiparados en la penalidad, con la exigencia, en el de tenencia para expender o distribuir, de una connivencia con falsificadores o introductores, que no se precisa en el segundo, integrado éste por la acción de adquirir moneda que se sabe falsa

con el fin de ponerla en circulación (inciso segundo). Son exigencias de este último tipo penal del artículo 386 párrafo segundo, inciso segundo, los siguientes: 1) Como elemento negativo la falta de connivencia por parte del sujeto activo con los autores mencionados en el párrafo primero (falsificador, introductor, y expendedor o distribuidor). 2) En lo objetivo, la adquisición de moneda falsa, acción comprensiva de cualquier actividad que lleve a alcanzar su posesión, sea a título oneroso o lucrativo, o incluso por medio de conducta delictiva como la receptación (Sentencia de 25 de febrero de 1993). 3) Como elemento subjetivo del tipo, el propósito de ponerla en circulación, que se exige como ánimo tendencial del adquirente sin necesidad de que la puesta en circulación de la moneda se haga efectiva. 4) El dolo precisa conciencia de la falsedad de la moneda adquirida, que en todo caso ha de ser una conciencia concurrente al tiempo de la adquisición. En efecto, de ser una conciencia sobrevenida, que surgiera durante la tenencia subsiguiente a una adquisición de buena fe, la barrera penal se retrasa a los actos efectivos de expendición o distribución conociendo ya la falsedad de la moneda adquirida. Modalidad típica que como delito recoge el párrafo tercero del referido artículo 386, si la cantidad supera las 50.000 pesetas; y como falta el artículo 629 cuando no se supera ese valor.”

Recoge la STS Sala 2ª, de 30-4-2007, como cuestión previa se suscita el debate sobre la competencia de la jurisdicción española para enjuiciar los hechos que son objeto de la presente causa.

1.- Para mejor comprensión de la propuesta inicial de la parte recurrente, conviene reflejar sintéticamente cuáles son los hechos que han sido objeto de enjuiciamiento y condena. La acusada es entregada por las autoridades francesas en un puesto fronterizo, llevando encima un pasaporte tailandés en el que se había sustituido la hoja de filiación por otra con su fotografía y a nombre de persona distinta. Asimismo portaba quince tarjetas inauténticas de “M.” y “V., S.A.” de diversas entidades bancarias extranjeras firmadas con el nombre propio de la persona que constaba en el pasaporte. La sentencia finaliza afirmando que el pasaporte y las tarjetas las había recibido en Madrid de persona no identificada.

2.- Sobre esta base, la parte recurrente sostiene que no sólo no consta probado que las tarjetas y el pasaporte hayan sido expedidos, alterados o usados en España. Recuerda, además, que la acusada no tiene nacionalidad española por lo que no es de aplicación el artículo 23.2 de la Ley Orgánica del Poder Judicial. En todo caso, teniendo en cuenta que fue sorprendida en Francia, sería el Estado francés el que podría ver afectados sus intereses. Cita los acuerdos de Sala General y varias resoluciones, cuyo contenido compartimos, pero que debemos analizar para ver si son aplicables al caso que nos ocupa.

3.- En principio, podíamos resolver la cuestión de forma sintética acudiendo al hecho probado en el que, en contra de sus alegaciones, se dice tajantemente que los documentos le fueron entregados en España descartando otras hipótesis alternativas que no se consideran probadas. El hecho es incontestable y se asienta en pruebas sólidas, valoradas en la sentencia, por lo que cualquier decisión sobre el tema debe partir de que la entrega de los documentos falsos se hizo en Madrid, lo que no es obstáculo para que nos planteemos, siquiera a efectos dialécticos, si la falsificación material se pudo realizar en algún otro país.

4.- También es importante, con carácter previo, partir de la calificación jurídica que la sentencia ha dado a los hechos que han sido enunciados. Se condena por un delito de tenencia de tarjetas falsas para su expedición y de otro de falsedad en documento oficial (pasaporte). Sin disentir de esta calificación, estimamos que no puede tomarse como hecho cierto que los documentos hayan sido falsificados en España. La propia sentencia duda de este hecho y se limita a declarar probado que fueron entregados en Madrid, lo que no descarta sino que abre la posibilidad de contemplar la hipótesis de su falsificación en el extranjero.

5.- En el caso del pasaporte, admitiendo que la alteración se pudo realizar en el extranjero, tenemos que acudir a las normas reguladoras del ámbito y extensión de la jurisdicción penal española, regulado en el artículo 23 de la Ley Orgánica del Poder Judicial. En el apartado 3, se extiende la jurisdicción española a los delitos cometidos por españoles o por extranjeros fuera del territorio nacional cuando se trata de alguna de las categorías delictivas que se enumeran a continuación.

6.- Entre ellas, en los apartados e) y f) se encuentran los delitos de falsificación de moneda española y su expedición, así como cualquier otra falsificación que perjudique directamente al crédito o intereses del Estado, incluyendo la introducción o expedición de los falsificados. Partiendo de la falsificación de moneda, la ley se refiere a moneda española, instrumento de pago que ya no existe en puridad de concepto. La referencia debe ser sustituida por el euro como moneda de curso legal. Ahora bien, en el momento en que se descubren los hechos (5 de noviembre de 2001) el euro todavía no estaba implantado en los diversos países de la Unión Europea. Por ello tenemos que decidir si la referencia a la moneda española puede ser aplicable también a las tarjetas alteradas y que se pretendían utilizar, como medio de pago.

7.- En reciente acuerdo de esta Sala se ha equiparado la falsificación, alteración o utilización de tarjetas de pago o débito a la de moneda a todos los efectos del mercado financiero y comercial. Es un instrumento de pago que sustituye en las transacciones comerciales al dinero hasta tal punto que tiene la consideración de dinero de plástico. Todos los estudios sobre la naturaleza jurídica de las tarjetas bancarias destacan, como una de sus características, la de constituir un título que legitima al titular y a las personas autorizadas por éste, para la obtención de bienes o disfrute de servicios que pagan con este instrumento bancario. Mediante una operación telemática al pasar la banda magnética de la tarjeta por el terminal en poder del vendedor, se produce automáticamente el cobro tal como si se pagase en dinero efectivo. Es más, los usos comerciales han instaurado la costumbre de preguntar al cliente si va a pagar en metálico o con tarjeta. Su regulación como instrumento electrónico de pago está reconocida en el ámbito de la Unión Europea por las Recomendaciones 1987/598/CEE, de 8 de diciembre; 1988/590/CEE, de 17 de noviembre y 1997/489/CEE, de 30 de julio. Nadie pone en duda que el establecimiento asociado tiene la obligación de aceptar la tarjeta como instrumento de pago. En consecuencia, tanto por la vía del artículo 23.3 e) como por la del artículo 23.4 d), principio de justicia universal, lo cierto es que los hechos pueden ser perfectamente enjuiciados y tipificados por la jurisdicción española, como tenencia de tarjetas de dinero de plástico para su expedición.”

## **2. TENENCIA PREORDENADA A LA EXPEDICIÓN O DISTRIBUCIÓN**

### **1. ACCIÓN**

La STS Sala 2ª, de 5-12-2005, nº1610/2005 dice que “la tenencia de los billetes en disposición evidente de ser destinados a la introducción en el mercado, satisface las exigencias del tipo que no contempla la necesidad del agotamiento mediante su colocación en el comercio, con el consiguiente lucro, sino en la elaboración de moneda falsa destinada a ser distribuida e introducida en la corriente financiera de un determinado país. Esta orientación finalista se desprende, de manera irreprochable, de la propia descripción de los hechos.”

Por lo que se refiere a la prueba de la concurrencia del elemento subjetivo de la conducta descrita en el primer inciso, esto es el de tenencia preordenada al tráfico, el ATS Sala 2ª de 25 febrero 2002 dice que “En el presente caso, concurre una base fáctica que establece que, la tenencia tenía una intención finalística al encontrarse los billetes falsos en condiciones tales que indicaban que iban a ser introducidos en el tráfico monetario. Con ello se integra la conciencia y conocimiento de la naturaleza de la moneda, su intención de destinarla al tráfico. (STS de 5 de febrero de 2000). La intención de introducir dichos billetes en el tráfico, la infiere el Tribunal precisamente de los actos tendentes a desprenderse de ellos ante la inmediata intervención policial, así como de la tenencia en el momento de su detención, del cambio exacto de la cuantía correspondiente al billete falso ya introducido en el establecimiento citado.”

En el mismo sentido, la STS Sala 2ª de 17 noviembre 2000, “El elemento subjetivo del injusto en la conducta tipificada en el párrafo segundo del Artículo 386 del CP consiste en el ánimo de tener la moneda falsa con la finalidad de expedirla o distribuirla, lo que hay que deducir como factor interno de carácter intelectual, de todas las circunstancias concurrentes, que es lo que hace irreprochablemente la sentencia impugnada.”

Más extensamente, la STS Sala 2ª de 31-1-2007, nº58/2007, expone la necesidad de la acreditación de este elemento finalístico en relación a las tarjetas de crédito, pues

la utilización de las mismas no esquivale a expedición o distribución: “El hecho probado relata que al acusado se le intervinieron además de un permiso de conducir falso, dos tarjetas de crédito, igualmente inauténticas correspondientes a la identidad falsa procurada por el permiso de conducir al que el recurrente, directa o indirectamente, había colocado su fotografía. Las modalidades típicas del Artículo 386 van referidas a la moneda metálica y al papel moneda y a las que se equipara las realizadas sobre tarjetas de crédito en virtud de lo dispuesto en el Artículo 387 del Código penal. En el supuesto de la tenencia de moneda la conducta típica se contrae a la posesión material de la misma con una finalidad, la de su expedición o distribución, lo que en el supuesto de tarjetas de crédito se traduce en que la tipicidad ha de ir referida a la tenencia de tarjetas de crédito falsas para su expedición o distribución, esto es, una tenencia destinada a un fin. Esa finalidad no es otra que la detentación de tarjetas falsas para ser entregadas a otras personas rellenando el requisito de la finalidad típica de expedición o distribución. La mera detentación de tarjetas de crédito falsas sin una voluntad acreditada de su distribución o expedición, será atípica a salvo de la connivencia con el falsificador, el tenedor, introductor o exportador de moneda en el caso de la expedición del Artículo 386.3. Ese destino, es un elemento subjetivo del injusto que deberá ser acreditado por una directa o indiciaria a partir de elementos objetivos que permitan afirmar el destino al tráfico de las tarjetas falsas detentadas. En el caso de autos, desde el hecho probado se afirma la tenencia de unas tarjetas de crédito falsas y esa conducta integrará la tipicidad de la tenencia, sí se acredita su destino a la expedición, finalidad que no aparecen en el hecho probado. Antes al contrario, lo afirmado es la tenencia y su utilización en una operación de compra lo que supondría la subsunción en el delito de falsedad en documento mercantil, que no fue objeto de acusación, pero no en la falsedad de moneda al no resultar acreditado, ni declarado probado, la finalidad típica, esto es el destino a la expedición o distribución. Consecuentemente procede la estimación del motivo, que hemos analizado conjuntamente, absolviendo al recurrente del delito de falsificación de moneda.”

Sobre esta cuestión entra de lleno la SAP Alicante, sec. 3ª, S 25-7-2006, nº392/2006 dice que la correcta tipificación de la conducta de los acusados, optando por la solución contraria a la materializada en la sentencia anterior. Dice la SAP de Alicante

que la conducta consistente en la tenencia de tarjetas de crédito falsas es “una cuestión complejísima que no ha sido resuelta de forma uniforme por nuestra jurisprudencia. La cuestión objeto de estudio en esta sentencia se plantea en los siguientes términos: “sostiene dicha defensa que tal acción no constituye un delito de tenencia para la expendición o distribución de moneda falsa del Artículo 386 del Código Penal. Argumenta para ello que la equiparación contenida en el Artículo 387 del Código Penal de las tarjetas de crédito, débito y demás que puedan utilizarse como medios de pago, a la moneda, solo puede realizarse en los supuestos del párrafo primero del citado Artículo 386 y excluiría el segundo al no ser las tarjetas susceptibles de expendición, distribución o puesta en circulación, de la misma forma que lo es la moneda.” La citada sentencia tras afirmar que la cuestión no ha sido estudiada de forma directa en ninguna sentencia del TS (“o al menos ésta Sala no las ha podido encontrar en las bases de datos de las que dispone”) afirma que sí que de forma indirecta es analizada “en tres Autos, resolutorios de tres cuestiones de competencia negativa, entre Juzgados de Instrucción Ordinarios y una Audiencia Provincial y Juzgados Centrales de Instrucción y la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional, que reflejan el criterio sostenido por la defensa de Juan Carlos. El origen de la controversia siempre ha radicado en la negativa por parte de la Audiencia Nacional y los Juzgados Centrales de Instrucción a conocer de los asuntos relativos a tarjetas de crédito, tanto en su modalidad de fabricación o falsificación como en la de tenencia para su uso o expendición, entendiendo que su competencia solo se extiende a la falsificación y demás conductas relativas a la moneda..” Anteriormente a los citados autos, el Pleno no Jurisdiccional de la Sala Segunda del Tribunal Supremo de fecha 28 de junio de 2002 acuerda que “las tarjetas de crédito o débito son medios de pago que tienen la consideración de dinero plástico” que el Artículo 387 del Código Penal equipara a la moneda, por lo que la incorporación de la banda magnética de uno de estos instrumentos de pago de unos datos obtenidos fraudulentamente constituye un proceso de falsificación o elaboración que debe ser incardinado en el Artículo 386 del Código Penal. Pese a que en dicho acuerdo no hay pronunciamiento sobre la competencia, en el Auto del T.S. de 24 de enero de 2003 se entiende que, por coherencia, debía unificarse el enjuiciamiento de todos los comportamientos sancionados a través del Artículo 387 declarando la competencia de los Juzgados Centrales de Instrucción y de la Audiencia Nacional. Pero en resoluciones

inmediatamente posteriores se vuelve a restringir el criterio, tendiendo a atribuir únicamente a los órganos centrales de instrucción y a la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional, los asuntos relativos a delitos de falsificación de tarjetas de crédito, excluyendo los de tenencia para su uso o expendición. De esta forma, en el primero de los citados autos, de 2 de abril de 2004, se recoge que: “Es cierto que, como ya se ha expresado, la relación de conductas típicas prevenidas en el Artículo 386 , por ejemplo la tenencia para “expendición o distribución”, o la adquisición de moneda conocidamente falsa para ponerla en circulación no resultan fácilmente aplicables a las falsas tarjetas que se poseen para utilizarlas repetidamente pero no, en sentido estricto, para expenderlas o ponerlas en circulación. Por ello estima la Sala de instancia (Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional) que en estos supuestos serían aplicables los tipos ordinarios de falsedad. Pero también lo es que el Artículo 387, cuando equipara punitivamente las tarjetas con la moneda, se refiere a los efectos del artículo anterior y no se limita a remitirse a los únicos efectos del párrafo primero.” Dicho Auto termina resolviendo atribuir la competencia para el conocimiento del asunto a la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional por entender que así es obligado vista la calificación por el Artículo 386 que había realizado el Ministerio Fiscal. En el segundo de los Autos, de 14 de julio de 2004, ponente Sr. Saavedra Ruiz, se vuelve a atribuir la competencia al Juzgado Central de Instrucción, por entender que la conducta de los acusados “no puede afirmarse que se trate de meros usuarios de las tarjetas falsificadas, en la medida que el nombre de uno de ellos figura impreso en una de ellas y el delito de falsificación no es de propia mano.” En definitiva, entiende el Tribunal Supremo que estaríamos ante un caso de falsificación de moneda del Artículo 386 párrafo primero y no de tenencia del debatido segundo, respecto del cual aprovecha para apuntar: “Esta Sala viene considerando que únicamente en casos de simple uso de la tarjeta y ante la dificultad o imposibilidad de incardinar el uso en uno de los comportamientos delictivos del Artículo 386, al que se remite el 387, cabría atribuir la competencia a los juzgados ordinarios. En tal hipótesis sería factible calificar los hechos como estafa, Artículo 248 del, concurriendo con un posible delito de falsedad en documento mercantil (Artículo 392 C .P.)” Es el último y tercer Auto, de 7 de diciembre de 2004, ponente Sr. Martínez Arrieta, donde de forma tajante se atribuye la competencia al Juzgado de Instrucción ordinarios y tras sostener que: “Respecto a la tenencia de tarjetas de crédito, la típica del

delito de falsificación de moneda es aquella detentada “para su expedición o distribución”, se entiende de las tarjetas detentadas, quedando al margen de la conducta del delito de falsificación de moneda, la detentación para su utilización como instrumento de pago o, en general, su utilización como instrumento mercantil. En estos casos, esa utilización dará lugar a un delito de falsedad en documento mercantil y una estafa, pero no dará lugar a la subsunción en el delito de falsedad monetaria.” En dicho Auto se llega a afirmar que: “Los juzgados de instrucción no deben promover cuestiones de competencia sobre esta materia sin haber determinado antes el posible alcance de la imputación sobre las personas implicadas en los asuntos relacionados con las tarjetas de crédito, si el uso de las tarjetas falsificadas, subsumible en la falsedad documental y la estafa o la participación en la fabricación de las tarjetas falsificadas, en el Artículo 386 del Código Penal para cuya imputación es necesaria una investigación que permita sostener la imputación del delito de falsificación de moneda.” Coetáneamente al pronunciamiento de las anteriores resoluciones se dictan por el Tribunal Supremo Sentencias, que no Autos resolviendo cuestiones de competencia, en recursos de casación, en las que se condena por delito de tenencia de tarjetas de crédito falsas del párrafo segundo del Artículo 386 del Código Penal a quien hace uso de las mismas, sin que conste haber participado en su falsificación. Así se plasma en la STS de 11 de noviembre de 2003, SSTS de 10 de diciembre de 2003 y 16 de septiembre de 2005, y STS de 28 de abril de 2005. Por todo ello entendemos que la conducta consistente en la tenencia o adquisición de tarjetas de crédito falsas con la finalidad de usarlas para la compra u obtención de servicios o mercaderías se encuadra en el párrafo 2º del artículo 386, especialmente en su parte final, equiparándose a la puesta en circulación de la moneda que en él se recoge. Dado que el dinero plástico, materialmente y por sus propias características, no sale del dominio de quien paga con él, ni pasa a terceros de forma sucesiva, como ocurre con la moneda, pero sí circula si por tal circulación o movimiento, se entiende su aptitud para ser utilizado en una multiplicidad de establecimientos.

Entre las citadas por la SAP de Alicante, la STS Sala 2ª, S 16-9-2005, nº1041/2005, dice que “El Tribunal de instancia razona correctamente sobre la concurrencia de cuantos elementos caracterizan el delito de tenencia de moneda falsa,

en este caso, tarjetas de crédito falsificadas, equiparadas a la falsificación de moneda por el artículo 387 del Código Penal.

El Pleno no jurisdiccional de la Sala Segunda del Tribunal Supremo celebrado el 28 de junio de 2002, acordó que la incorporación a la “banda magnética” de uno de esos instrumentos de pago, (tarjetas de crédito o de débito que el artículo 387 equipara a la moneda), de unos datos obtenidos fraudulentamente, constituye un proceso de fabricación o elaboración que debe ser incardinado en el Artículo 386 del Código Penal, esto es, como falsificación de moneda. Este Acuerdo ha sido recogido en numerosas Sentencias de la Sala, como son exponentes la número 948/2002, de 8 de julio y la número 1680/2003, de 11 de diciembre. Y eso es precisamente, como antes se ha dejado expresado, lo que ha sucedido en el presente caso, en cuanto el recurrente estaba en posesión de una tarjeta de crédito “V.” y cuatro tarjetas “M.” a su nombre, en las que se habían incorporado los datos personales de este recurrente y la numeración y datos de la banda magnética de las tarjetas genuinas, a un soporte de plástico en el que figura como entidad bancaria emisora una distinta de la real, todo ello con perfecto conocimiento del acusado, conducta que incardina, sin suda, en el supuesto de tenencia de moneda falsa, por la equiparación que establece el artículo 387 del Código Penal, correctamente apreciado por el Tribunal de instancia, siendo igualmente evidente que esas tarjetas se encontraban en disposición de ser usadas, como lo evidencian las operaciones de compra en las que intervino en compañía de los otros acusados.”

Recoge la STS Sala 2ª, de 10-3-2006, nº278/2006, “Que eran poseedores de los 2.514 billetes falsos de 100 dólares USA y uno de un dólar, depositados en su propio domicilio, es algo que no ofrece duda, pues fueron intervenidos en el registro llevado a cabo por la policía, con asistencia de la comisión judicial, y los propios moradores de la vivienda no lo niegan. Mientras que tanto el carácter falso de esa moneda como su destino a la distribución, son aspectos que han de tenerse también por plenamente acreditados, no sólo por la presencia de la prueba pericial correspondiente, en cuanto al primer extremo, sino por la apariencia de verdaderos que esa misma pericia atribuye a los billetes y su elevado número, respecto del aludido destino. Sin que resulte de recibo, por otra parte, la inconsistente versión exculpatoria ofrecida al respecto por los recurrentes, cuando dijeron que el destino de esa importante cantidad de billetes

bancarios no era otro que el de servir a sus hijos en sus juegos infantiles. Argumentos, en definitiva, por los que los referidos motivos han de seguir un destino desestimatorio y, con ellos, la impugnación de la condena relativa a la tenencia de moneda falsa.”

La STS Sala 2ª, de 21-7-2005, nº1007/2005, dice que: “el Tribunal sentenciador dio cabal cumplimiento a su obligación de motivar su decisión a la vista de los indicios analizados en el F.J. primero de la sentencia, y así, frente a la afirmación del recurrente de que ignoraba que los billetes que transportaba eran falsos, el Tribunal sentenciador reparó en tres indicios enlazados: a) El dinero lo llevaba oculto entre sus ropas y se puso nervioso ante la vista de la policía. b) El dinero se presentaba en forma negligente, en bolsas de plástico, sin contar. c) El dinero lo recibió de un colombiano para transportarlo y entregarlo a tercera persona cobrando por el “servicio” trescientas mil pesetas. Singularmente el tercer indicio aparece en este control casacional como de gran potencia acreditativa, pues nadie entrega a otro dinero para llevarlo a otro sitio cobrando una cantidad nada despreciable, lo que se refuerza como los otros dos. La conclusión alcanzada por el Tribunal de que el recurrente conocía la falsedad de los billetes es conclusión plausible y razonable a la vista de los datos en que se produjo el “transporte” y de como se afirma en la sentencia el “..encartado podía comprobar la falsedad de los billetes porque tenía algún rasgo fácilmente apreciable para un profano..”, y es que como recuerda la reciente STS 33/2005 de 19 de enero, la prueba del dolo en el doble aspecto de “prueba del conocimiento” y “prueba de la intención” se suele efectuar a través de la prueba indiciaria ya que siendo hechos de naturaleza subjetiva -elementos subjetivos del tipo-, salvo improbable confesión de la persona concernida, su acreditación es a través de la vía indirecta -pero no más insegura ni menos garantista-, de la prueba indiciaria.”

También el auto de la AP Girona, sec. 3ª, de 18-7-2001, nº270/2001: “Estos hechos, acreditadamente cometidos por la acusada, son claramente constitutivos de los referidos delito y falta continuada. La detención por la acusada de moneda falsa, con el fin de destinarla a su expendición, la convierte en autora del delito previsto en el artículo 386 del Código Penal; siendo subsumible su actuación en el concreto tipo del párrafo segundo de dicho precepto, que sanciona la “tenencia de moneda falsa para su expendición o distribución.” Y ello porque, pese a las alegaciones autoexculpatorias de

la acusada, resulta evidente que ésta conocía, ya al tiempo de su adquisición, que los billetes que posteriormente puso en circulación, entregándolos en los comercios de autos, eran falsos, inauténticos o no de curso legal, primero, porque la falsedad de los mismos resultaba aparente, como se desprende de lo actuado. En efecto, algunos de los receptores de tales billetes pudieron darse cuenta, al examinar los mismos, de su inautenticidad, lo que llevó, según relataron los testigos en el plenario, a que incluso pudiese ser detenida aquélla cuando intentaba pagar con alguno de los mismos. Segundo, porque lo actuado también evidencia que ésta en ningún momento actuó como si se hallase pagando lo que adquiriría con moneda de curso legal. Así, los testigos explicaron que las compras que efectuaba aquélla eran por pequeños importes, muy inferiores a la cantidad de 5.000 pesetas, de lo que se infiere que intentaba obtener, mediante el pago con los billetes falsos, la mayor cantidad posible de moneda de curso legal. Tercero, porque la acusada significativamente espació la entrega de los billetes en distintos meses, enero, febrero y marzo de 1.997 (llevando a cabo la conducta aquí enjuiciada incluso tras haber sido detenida y presentada ante la Autoridad judicial por la entrega en pago de moneda falsa); y en distintos comercios de varias localidades, en concreto de Villar del Rey, Albuquerque, Novelda del Guadiana y Badajoz. Y cuarto y último, porque las explicaciones dadas por la inculpada, en referencia a la procedencia de los billetes, son variables e inconvincentes. Así por ejemplo, la enjuiciada, en su declaración de fecha 27 de febrero de 1.997, vertida, con asistencia letrada, ante el Juzgado de Instrucción número 4 de Badajoz, afirmó que “ha sido engañada por una persona que fue la que le entregó el dinero falso a cambio de relaciones sexuales ignorando la declarante que ese dinero fuera falso”, “(le entregó) unas cuarenta y tres mil pesetas compuesta por un billete de diez mil pesetas, tres de mil pesetas o cuatro no recuerda exactamente y el resto en billetes de cinco mil pesetas”; en la de fecha 12 de marzo de 1997, prestada, con asistencia letrada, en sede policial, tras ser “preguntada para que diga la procedencia de los billetes intervenidos”, respondió que “lo ignora y puede ser que procedan por haber cobrado el paro recientemente, o de algún cambio que le hayan efectuado”; en la prestada con asistencia letrada en fecha 14 de marzo de 1.997 ante el Juzgado de Instrucción número 6 de Badajoz, que “manifiesta haber tenido conocimiento de que los billetes entregados a la declarante eran falsos excepto aquéllos entregados por un súbdito portugués del que la declarante ignora datos de filiación, el

que le aseguró que los billetes no eran falsos”, “la totalidad de los billetes le fue entregado por el súbdito portugués ignorando la condición de falso la declarante, así como que el referido portugués le entregó en total entre veinte y treinta billetes de cinco mil pesetas, y que le devolvió una parte de los billetes entregados al repetido portugués”; en la prestada en fecha 13 de marzo de 1.997, con asistencia letrada, en sede policial, que “no lo sabía (que el billete entregado por ella fuese falso)”, que “todos los billetes provienen del mismo origen”, “que hace unos cuatro o cinco meses se los dieron en la barriada de Orinaza, en la calle R. número .., donde vive un chico conocido suyo llamado Julián, por parte de un amigo de éste portugués de nacionalidad, del que ignora su nombre, aunque cree que se apellida ..”, “se los donó el otro para ayudarla, por encontrarse con nulas posibilidades económicas por sus escasos ingresos. Le dijo que ya se los devolvería cuando pudiera y el otro le contestó que se conformaría con que le devolviera la mitad del dinero. Todo ello, como dice, con el ánimo de ayudarla”, “que hace un mes la detuvo la Guardia Civil por otros tres billetes”; y finalmente, en la vista oral, que “se declara culpable”, “que reconoce los hechos y algunos son ciertos, que pidió ayuda a un chico, le dio dinero y le dijo que se lo devolviese poco a poco”, “cambiaba los billetes y no sabía que eran falsos.”

Por lo que se refiere al grado de connivencia entre falsificadores la SAP Tarragona de 8 noviembre 2006, 2006/421320 considera probada la connivencia con los autores de la falsificación “atendiendo al hecho de que la tarjeta estaba expedida en favor de la identidad real del acusado, lo que denota un estimable grado de connivencia, así como a la potencialidad de la utilización de la tarjeta de crédito mediante su sucesivo empleo.”

## **2. CONCURSO**

No se aprecia concurso entre el delito de tenencia de moneda falsa y la falsificación de documento oficial en concurso con la estafa. En palabras de la SAP Tarragona, sec. 2ª, de 8-11-2006,” Sin embargo, en relación a la tenencia de la tarjeta de crédito falsa, no existe el concurso previsto en el artículo 77 del Código Penal. Así la jurisprudencia ha establecido que el hecho de que el tipo penal sancione la fabricación

de moneda falsa y la tenencia, en la que se incluye la de tarjetas de crédito, como tipo autónomo de su utilización, excluye el concurso de normas cuando es efectivamente empleado para la realización efectiva de un desapoderamiento mediante engaño. Se trata de tipos penales que protegen distintos bienes jurídicos, sin que quepa afirmar que en el caso de tarjetas de crédito fabricadas su utilización para obtener dinero sea, exclusivamente, la realización de operaciones comerciales documentadas, pues esa no es más que una modalidad de pago con tarjeta de crédito (Sentencia Tribunal Supremo núm. 1680/2003 de 11 diciembre), por lo tanto, la conducta imputada al acusado es constitutiva por un lado, de un delito de tenencia de tarjeta de crédito falsa, que afecta a la legitimidad de las tarjetas como medio de pago, el cual concurre en concurso real con un delito un delito continuado de falsedad en documento mercantil en concurso medial del Artículo 77 con un delito continuado de estafa del Artículo 248 y 249 y 74 del Código Penal.”

### **3. ADQUISICIÓN DE MONEDA FALSA PARA PONERLA EN CIRCULACIÓN**

La SAP Burgos de 20 febrero 2003, enumera los elementos del tipo descrito en el segundo párrafo recogiendo la doctrina sentada en el El ATS Sala 2ª de 25 febrero 2002 cuando dice que: “Son exigencias de este último tipo penal del artículo 386.2, inciso 2.º los siguientes: a) como elemento negativo la falta de connivencia por parte del sujeto activo con los autores mencionados en el párrafo primero (falsificador, introductor, y expendedor o distribuidor), b) en lo objetivo, la adquisición de moneda falsa, acción comprensiva de cualquier actividad que lleve a alcanzar su posesión, sea a título oneroso o lucrativo, o incluso por medio de conducta delictiva como la receptación, c) como elemento subjetivo del tipo, el propósito de ponerla en circulación, que se exige como ánimo tendencial del adquirente sin necesidad de que la puesta en circulación de la moneda se haga efectiva, d) el dolo precisa conciencia de la falsedad de la moneda adquirida, que en todo caso ha de ser una conciencia concurrente al tiempo de la adquisición. En efecto, de ser una conciencia sobrevenida, que surgiera

durante la tenencia subsiguiente a una adquisición de buena fe, la barrera penal se retrasa a los actos efectivos de expendición o distribución conociendo ya la falsedad de la moneda adquirida. Modalidad típica que como delito recoge el párrafo tercero del referido artículo 386 si la cantidad supera las 50.000 ptas.

Al que la expendia o distribuya después de constarle la falsedad será castigado con la pena de prisión de tres a seis meses o multa de seis a veinticuatro meses si el valor aparente de la moneda fuera superior a 400 euros

La STS Sala 2ª, de 29-1-2002, nº75/2002, enumera los elementos del tipo: “El párrafo tercero del nuevo artículo 386, cuyo antecedente está constituido por el 286 del Texto derogado, criminaliza el supuesto de expendición o distribución de moneda falsa adquirida de buena fe después de constarle al agente la falsedad de la misma, siempre que el valor aparente de la moneda fuese superior a las 50.000 pesetas, pues siendo inferior será considerado el hecho como falta tipificada en el artículo 629 C.P. vigente. La consumación del delito, pues, exige: a) El hecho de la adquisición de la moneda apócrifa de buena fe, es decir, ello implica que el adquirente haya sido bien engañado por el expendedor de la misma o bien incluso le haya sido entregada sin tampoco conocer aquél su inautenticidad, pues lo relevante es el desconocimiento de la falsedad, siendo incluso indiferente que la posesión haya sido adquirida en virtud de una transacción lícita o de un hecho ilícito, pues la buena fe se predica de la moneda en si misma pero no del título de su adquisición. b) Que tenga conocimiento de la falsedad con posterioridad a dicho momento adquisitivo y ya la moneda en su posesión. c) Que la misma sea expendida o distribuida a un tercero, lo que equivale al traspaso de la posesión de las monedas o su reintroducción en el tráfico, bastando para ello el mero acto traslativo. d) Que el valor aparente de dicha moneda expendida o distribuida exceda de la cuantía de 50.000 pesetas.

Esta misma STS de 29-1-2002, nº75/2002 examina la tipicidad de la tentativa: A la vista de los requisitos anteriores se observa la falta de concurrencia del correspondiente al apartado c), de naturaleza eminentemente objetiva, pues los billetes no llegaron a cambiar de mano. Por ello la Audiencia entiende que el desarrollo del

delito no alcanza el grado de consumación, pero los actos descritos en el “factum” son subsumibles en el grado de tentativa que con carácter general regula el artículo 16.1 C.P. La tentativa supone pasar ya de la fase preparatoria a la de ejecución, pues como señala el precepto indicado existe cuando el sujeto da principio a la ejecución del delito directamente por hechos exteriores, practicando todos o parte de los actos que objetivamente deberían producir el resultado y sin embargo éste no se produce por causas independientes del autor, es decir: objetivamente, se requiere la ejecución parcial o total de los hechos descritos en el tipo penal; subjetivamente, la voluntad del agente de alcanzar la consumación del delito; y, por último, la ausencia de un desistimiento voluntario. Mientras que en relación con los actos preparatorios la regla general es la de su impunidad, cuando se ha pasado ya a la fase ejecutiva del delito el principio que opera es el de la punición de la tentativa con las excepciones señaladas en el artículo 15 C.P. El motivo debe ser estimado. En primer lugar, por cuanto el sustrato fáctico no revela la existencia de hechos exteriores directamente encaminados a la ejecución del tipo penal, y la intención constatada del agente no deja de ser una mera ideación o preparación sujeta en su caso a la contingencia que dicho ánimo lleva consigo. No es posible reconocer desde una esfera ajena al sujeto un hecho externo ejecutivo basado en la mera ideación o intención del mismo, cuando la mera tenencia de las monedas inauténticas adquiridas de buena fe no está criminalizada. En segundo lugar, una valoración sistemática del complejo precepto constituido por el artículo 386 C.P. nos lleva a aceptar como criterio del legislador la punición expresa de determinados supuestos de tentativa de expendición o distribución de moneda falsa, así, el párrafo segundo de dicho precepto castiga la tenencia para su expendición o distribución siempre que la tenencia sea fruto de la connivencia con los falsificadores, introductores o expendedores a que se refieren los tres números del párrafo primero del citado precepto, lo que sin embargo no se prevé cuando la adquisición es de buena fe. Igualmente, el inciso segundo del párrafo segundo del artículo 386, que castiga la tenencia preordenada a la circulación de la moneda falsa adquirida en ese concepto. Si en estos casos la barrera de protección penal se adelanta criminalizando lo que es una tentativa de expendición o distribución, ello es porque se trata de supuestos de injustos más graves que el previsto en el párrafo tercero aplicado por la Audiencia. En tercer lugar, este último supuesto de expendición atiende también a una realidad respecto de la

cual ensanchar su criminalización resultaría excesivo (vuelta en el comercio de un billete falso recibido de buena fe, constancia posterior de su inautenticidad, e intención del sujeto de reintroducirlo en el comercio). Ello debe responder al principio de intervención mínima desde la perspectiva del legislador. Por último, la Jurisprudencia de esta Sala es cierto que ha admitido supuestos de ejecución imperfecta en relación con este tipo de delitos. La S.T.S. de 30/6/93 se refiere a una tentativa de expendición en relación con el antiguo artículo 285 C.P. 1973, pero no se trataba de adquisición de buena fe, admitiéndose cuando la entrega no llega a realizarse por causas ajenas a la voluntad del agente (intervención policial o que la moneda sea rechazada por la persona a la que se ofrece, antiguo supuesto de frustración). También S.S.T.S. de 12/2/90, 1/10/90, 2/3/91. La de 1/10/92 referida al antiguo artículo 287, afirma que se trata de un simple delito de actividad que por ello no acepta las formas imperfectas de ejecución. Sin embargo, la mucho más reciente sentencia 88/1999, de 27/1, afirma, aunque directamente para desestimar la aplicación del párrafo segundo del artículo 386 C.P. al caso enjuiciado, que no es delictiva la adquisición ni posesión, en cuanto tenencia, ni siquiera tras saber la falsedad de la moneda y decidir expenderla, porque falta la exigencia típica de la conciencia de la falsedad precisamente en el momento inicial de su adquisición (lo que determinaría la aplicación de dicho párrafo), siendo otra cosa que la infracción se cometiera después con el hecho de expenderla sabiendo ya que era falsa, lo que equivale a entender impune la tenencia en la hipótesis del párrafo tercero.

Se trata por otro lado de un tipo residual en el que tiene cabida las conductas consistentes en expender o distribuir sin que haya quedado acreditada que el sujeto activo haya adquirido la moneda a sabiendas de su falsedad. Así lo expone la, SAP Girona de 18 marzo 2005, cuando dice que “teniendo en cuenta la prueba que obra practicada en el acto del juicio, en el que lo único que se acreditó de manera fehaciente es que la acusada entregó el billete de diez mil pesetas de carácter falso, pero en el que la misma mantuvo, como lo había hecho en la fase instructora, el desconocimiento que tenía de que el billete era falso, sin que exista otra prueba que acredite de manera indubitada que lo entregaba a sabiendas de su falsedad, lo que exige inexcusablemente la concurrencia de un dolo, requisito éste a juicio de este Tribunal, que no se prueba en este caso concurriera en la denunciada que pagó el importe del suministro con otro

efectivo e incluso esperó algún tiempo la llegada de la Policía, aunque posteriormente se ausentó, pero era perfectamente inidentificable a través de la matrícula del vehículo, por lo que no concurriendo el requisito esencial previsto en el tipo delictivo, la apelación debe ser estimada.”

La SAP Burgos de 20 febrero 2003, en relación a la falta penada en el Artículo 629 pero que se incluye aquí debido a la analogía con la conducta que aquí se describe: Es decir en la falta imputada es necesario la concurrencia de una adquisición inicial por el sujeto activo de la moneda falsa en la creencia de no serlo (adquisición de buena fe), el conocimiento posterior o sobrevenido de su falsedad, la expedición o distribución de la moneda falsa tras conocer su falsedad y que dicha moneda no supere el valor de las 50.000,- ptas. Todos y cada uno de los elementos indicados deberán de ser acreditados a través de las correspondientes pruebas de cargo válidamente obtenida e incorporada al acto del Juicio Oral por la acusación pública o particular comparecida, única prueba libre y racionalmente valorable por el Juzgador o Tribunal, al amparo de lo previsto en el artículo 741 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal por concurrir en su práctica los principios de contradicción e inmediación. En el acto del Juicio Oral comparecen los dos acusados Fidel y Constantino negando ambos tener conocimiento de la falsedad del billete de 10.000,- ptas. objeto de las presentes actuaciones, así Fidel, que fue quien entregó el billete, relata que “su hermano le dejó el billete y acudió al cine, sin saber que era falso; después un sobrino suyo acudió al cine para devolver la entrada”, mientras Constantino refrenda dicha versión al decir que “no sabe quién le dio el billete porque trabaja en la venta ambulante; él es el que dio el billete a su hermano Fidel”, ratificando las prestadas en fase instructora en la que indica que “al declarante no le consta que el billete que le entregara fuera falso; no sabe distinguir si un billete es falso o no, puesto que al ser vendedor ambulante carece de aparatos que permitan detectarlo.” El juez de instancia, en su lacónico fundamento de derecho, a la hora de valorar la prueba indica fundadamente la emisión de sentencia de condena en las declaraciones de los acusados al incurrir en contradicciones, contradicciones que no son apreciadas por esta Sala. Ninguna otra prueba existe, aún indiciaria, que determine que uno o ambos de los acusados tuvieran conocimiento de la falsedad del billete, no teniendo dicha consideración el mero hecho de que fuese el menor quien pretendiera cambiar la entrada

por su precio, hecho que en todo caso revelaría expresamente lo contrario a un previo conocimiento de falsedad, pues habiendo obtenido ya 9.300,- ptas. a cambio de nada no es comprensible que volviesen al lugar de los hechos, pudiendo haber revendido la entrada personalmente y no querer devolverla. Por lo tanto procede estimar el recurso de apelación interpuesto al no existir prueba alguna que pudiera desvirtuar el principio de presunción de inocencia que a ambos acusados ampara en virtud de lo previsto en el artículo 24.2 del Texto Constitucional.”

Por lo que se refiere a la SAP Girona de 18 marzo 2005 enumera los elementos de la falta del Artículo 620 Es decir en la falta imputada es necesario la concurrencia de una adquisición inicial por el sujeto activo de la moneda falsa en la creencia de no serlo (adquisición de buena fe), el conocimiento posterior o sobrevenido de su falsedad, la expedición o distribución de la moneda falsa tras conocer su falsedad y que dicha moneda no supere el valor de las 50000 ptas. Todos y cada uno de los elementos indicados deberán de ser acreditados a través de las correspondientes pruebas de cargo válidamente obtenida e incorporada al acto del Juicio Oral por la acusación pública o particular comparecida, única prueba libre y racionalmente valorable por el Juzgador o Tribunal, al amparo de lo previsto en el artículo 741 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal por concurrir en su práctica los principios de contradicción e inmediación.”

La STS Sala 2ª de 17 junio 2002, a partir del examen de cada una de las conductas descritas en los distintos párrafos del artículo 386 y de su distinta penalidad haciendo mención especial del párrafo tercero, llega a la conclusión de que el ámbito de aplicación de cada uno de ellos y en concreto del delito que aquí nos ocupa debe quedar delimitado por una interpretación conjunta e integradora de todas las conductas que se penalizan. Dice la sentencia que: “En el párrafo tercero se castiga “al que habiendo recibido de buena fe moneda falsa, la expende o distribuye después de constarle su falsedad”, y esa es precisamente la única conducta acreditada que la sentencia describe, habida cuenta del silencio sobre el modo en que los billetes llegaron a la posesión de los procesados. Pero el propio precepto cuya conducta nuclear acabamos de describir, se completa con la delimitación del ámbito punible, excluyendo del tipo objetivo los supuestos en que el valor aparente de la moneda no fuera superior a 50.000 ptas. La misma conducta ilícita, pero referida a cantidades inferiores de las 50.000 ptas. se prevé

en el Artículo 629, como constitutiva de falta; pero figurando en el Capítulo Tercero del Libro III, y hallándose la ejecución del ilícito penal en grado de tentativa (ningún billete consiguieron introducir en el mercado, o por lo menos otra cosa no se ha probado), resulta de aplicación el Artículo 15-2 del C. Penal que únicamente permite castigar faltas en grado de tentativa, cuando son de los comprendidas en su Cap. I y II del Libro III (contra las personas y el patrimonio). La que nos atañe queda englobada dentro de la rúbrica de los que afectan a “los intereses generales” (Cap. III). La conducta sería impune. 2. El interrogante que de inmediato surge, es si la aplicación del Artículo 386-2º, se refiere al primer inciso o al segundo. El segundo debe quedar excluido, porque se precisa que la adquisición de la moneda, lo haya sido “a sabiendas de su falsedad”, y en toda la sentencia -repetimos una vez más- no existe la menor mención de que los acusados realizasen la adquisición de tal guisa. Es indudable pues, que se ha aplicado erróneamente el inciso primero, al entender que la “tenencia de moneda falsa” no requiere que el modo de alcanzar tal tenencia fuese doloso o consciente, esto es, conociendo el carácter y condición de las monedas. 3. En aras a una correcta y sistemática interpretación de la conducta examinada, nos permitimos dejar sentadas las siguientes afirmaciones: a) Si se desconocía el carácter falso de la moneda cuando los acusados entraron en posesión de la misma, nos hallamos ante el párrafo 3º del Artículo 386. b) Si se conocía, el aplicable sería el 2º, en su segundo inciso Si realizamos una comparación de la gravedad de los distintos injustos, deducida de la pena asignada por el legislador se llega al absurdo de que el párrafo 3º del 386, que exige la expedición o distribución efectiva de las monedas, se castiga con una multa y unos arrestos de fin de semana, y el párrafo 2º, inciso primero (tenencia para difundir o expender), que ha quedado más alejada de la lesión del bien jurídico, pues basta el simple propósito de difusión o expedición para que el delito se entienda consumado, se castigaría con una pena de 2 a 8 años de prisión. 4. Un paso más en esta dirección nos permite concluir que además de exigirse en el tipo aplicado por la Audiencia Nacional el conocimiento de la falsedad desde que se adquirieron las monedas falsas poseídas (hasta ahí la conducta sería prácticamente idéntica al del inciso segundo del párrafo 2º “adquirirlos, a sabiendas de la falsedad, para su posterior puesta en circulación) es preciso que exista algún grado de connivencia con los falsificadores o fabricantes de moneda falsa, los

introdutores en el país de esa moneda y los expendedores o distribuidores concertados con los falsificadores e introductores.”

El tipo delictivo que el Tribunal aplicó indebidamente es de los denominados delitos mutilados de dos actos. Pero a él se anuda un elemento, al que inicialmente se le asigna una función individualizadora de la pena, pero que a su vez cumple una función integradora o interpretativa de la conducta punible. Nos dice el inciso 1º del párrafo 2º del Artículo 386: “La tenencia de moneda falsa para su expendición o distribución será castigada con la pena inferior en uno o dos grados, atendiendo al valor de aquélla (debe entenderse valor aparente) y al grado de connivencia con los autores mencionados en los números anteriores” (falsificadores, introductores, expendedores o distribuidores). Así pues, los elementos definitorios del delito se contraerían a los siguientes: a) Un hecho objetivo tenencia de moneda falsa. b) Consciente adquisición de la posesión de dicha moneda, en connivencia con los falsificadores, introductores, expendedores o difusores. c) Un propósito posterior (elemento subjetivo del injusto), integrado por el destino último de lo poseído, que no es otro que su expendición o distribución. No es preciso que se haya llegado a distribuir o expender la moneda. De suceder así, nos hallamos ante el núm. 3 del párrafo primero del mismo Artículo 386 C.P. 5. Lo hasta ahora expuesto nos conduce a la estimación del motivo, entendiendo que al elemento que el legislador anuda al tipo en funciones penométricas debe atribuírsele también un valor interpretativo e integrador del precepto, en orden a la delimitación del tipo objetivo del injusto. El motivo debe estimarse. (...)

Es la verificación de que en el proceso, con respeto a los principios de publicidad, oralidad, inmediación, contradicción e igualdad de armas, se ha desarrollado la prueba racionalmente necesaria -existente, válida y suficiente- que justifique la sentencia condenatoria. No puede alcanzar a los contenidos de conciencia ni a la ponderación valorativa o fuerza de convicción que cada una de las probanzas haya podido producir en el ánimo de los integrantes del órgano judicial de inmediación, en cuanto constituye una insustituible facultad de aquél (Artículo 741 L.E.Cr.).”

Trasladando tal doctrina a nuestro caso, es evidente que el Tribunal ha llegado a la inferencia de que los acusados eran conocedores de la falsedad de la moneda que poseían a través, entre otras, de las siguientes pruebas directas e indirectas:

a) Declaración de ambos policías, a los que les resultó altamente sospechosa la conducta de los dos acusados de entrar y salir a distintas tiendas o establecimientos, sin adquirir nada.

b) El hecho positivo de la falsedad de los billetes (acreditado por prueba pericial), que siendo capaces de confundir a cualquiera, por la perfección de la imitación o diseño, eran idóneos para producir el engaño propio de la estafa.

c) La existencia de siete billetes falsos, sin incluir ninguno legítimo.

d) La devolución del billete en una ocasión que trataron de pagar con él, y no obstante ello intentar volver a comprar en otra tienda. Como todos los que poseían eran falsos, no cabe argüir, que fueran distintos los exhibidos a un tendero u otro.

3. Con todos los datos probatorios de naturaleza incriminatoria aludidos, no cabe la menor duda, que la convicción del Tribunal, fue lógica y acomodada a los dictados de la experiencia y el buen criterio.

Existió prueba válida, suficiente y correctamente valorada. El motivo no puede prosperar. Por infracción de ley, con sede procesal en el Artículo 849-1 L.E.Cr. entiende aplicado indebidamente el Artículo 523 C. Penal El error in iudicando lo deduce la recurrente de la falta de acreditamiento de que los coautores “supieron que estos billetes eran falsos.” El motivo alegado obliga al más estricto respeto a los hechos probados. En ellos después de describir los diversos intentos de pago con los billetes falsos, el Tribunal, en la fundamentación jurídica, infiere el conocimiento de la falsedad en los siguientes términos: “los acusados a sabiendas de la falsificación de la moneda, intentaban hacer uso de ella para hacer un pago” (Fund. J. 1º).

El elemento del tipo, que a juicio de la recurrente, no existía, aparece recogido, reconocido y aceptado en la sentencia. La plasmación o inclusión en el “probatum” por lo demás, no es arbitraria como expusimos en el motivo precedente, sino que se halla

plenamente respaldada por suficiente prueba de cargo. El motivo debe decaer. Si el culpable perteneciere a una sociedad, organización o asociación, incluso de carácter transitorio, que se dedicare a la realización de esas actividades, el juez o tribunal podrá imponer alguna o algunas de las consecuencias previstas en el artículo 129 de este código.

## **VII. TIPO PENAL DEL ARTICULO 389 DEL CÓDIGO PENAL**

“El que falsificare o expendiere en connivencia con el falsificador, sellos de correos o efectos timbrados, o los introdujera en España conociendo su falsedad, será castigado con la pena de prisión de seis meses a tres años.

El adquirente de buena fe de sellos de correos o efectos timbrados que, conociendo su falsedad, los distribuyera o utilizara en cantidad superior a 400 euros será castigado con la pena de prisión de tres a seis meses o multa de seis a 24 meses.

El artículo castiga diferentes conductas que tiene como elemento común el objeto del delito esto es sellos de correos o efectos timbrados.

El artículo 389 castiga:

1º Al que falsifique o expendia en connivencia con el falsificador.

2º Al que los introdujera en España conociendo su falsedad.

Ambas conductas con la misma pena contempladas en el primer párrafo.

3º Al adquirente de buena fe de sellos de correos o efectos timbrados que, conociendo su falsedad, los distribuyera o utilizara en cantidad superior a 400 euros.

Como se ve el Código Penal castiga aunque con unas penas inferiores, una serie de conductas que guardan evidente semejanza con las contempladas en el artículo 386 referidas a la moneda, por lo que en principio ningún inconveniente hay para aplicar por analogía la doctrina expuesta para estas figuras delictivas.

Sin embargo, estas conductas son consideradas de menor gravedad pues la penas son notablemente inferiores a las previstas para la falsificación de moneda y en el caso de los sellos de correos y efectos timbrados no se castigan las conductas consideradas como actos preparatorios tales como las relativas a la adquisición para la distribución, la tenencia preordenada a la distribución.

Por lo que se refiere a la conducta consistente en falsificar, la SAP Córdoba, sec. 1ª, de 27-1-2003, nº1/2003, condena a los acusados como “autores de los delitos continuados de malversación de caudales públicos y de falsedad de efectos timbrados. Habiendo mostrado los acusados su conformidad con la calificación y pena definitiva solicitada por el Ministerio Fiscal, el ente perjudicado y por los abogados defensores y no excediendo la pena solicitada el límite de los seis años de privación de libertad, es procedente dictar sentencia en los términos interesados, por ser los hechos constitutivos del delito y las penas solicitadas según dicha calificación. “Fueron hechos declarados probados los siguientes: “Los acusados Manuel y Francisco, mayores de edad y sin antecedentes penales, son funcionarios de la Entidad Pública de Correos y Telégrafos de la oficina de la ciudad de Montilla, estando destinados el primero de ellos como funcionario del área de servicio público y el segundo como jefe adjunto de la oficina. Los imputados en fecha no determinada, pero aproximadamente en el mes de octubre de 1999 se hicieron con un rollo de estampillas sin imprimir, correspondientes a la máquina EPELSA núm. Valiéndose de las mencionadas estampilla los imputados u otra persona a su ruego imitaron mediante un sistema de impresión informática las verdaderas estampillas de franqueo de la aludida máquina, de modo que aprovechando el puesto de trabajo de cada uno de ellos, el primero en ventanilla de atención al público y el segundo como jefe adjunto entre cuyas misiones se encuentra la de sustituir al Director de la Oficina cuando está ausente, así como el control de reembolso y cartería, cuando algún cliente abonaba el importe de franqueo, una vez cobrado el mismo, en lugar de colocar en el paquete la estampilla verdadera, colocaban las que habían confeccionado previamente, para de este modo, incorporar a su patrimonio el importe del dinero satisfecho que no se ingresaba en la caja de la oficina. Mediante este ardid y entre el 5 de octubre de 1999 y 5 de marzo de 2000 los imputados obtuvieron una cantidad que asciende a 2.854 Euros (475.000 pesetas).”

La SAP Barcelona, sec. 8ª, de 3-6-2004, nº546/2004, absuelve a los acusados por considerar que la falsedad de los sellos en cuestión es burda e inocua y por lo tanto no tiene la entidad suficiente como para incidir en el tráfico jurídico, máxime cuando la confusión o perturbación en el tráfico como consecuencia de la falsificación, afecta no al común de las personas sino que destinatarios del engaño son los funcionarios de correos: “En efecto, se ha de destacar que la propia denunciante, empleada de Correos, tiene manifestado que se veía a simple vista que los sellos eran falsos y que ello motivo que las cartas en cuestión no fueran cursadas. Estamos, en consecuencia, ante una falsificación tosca que ninguna aptitud posee para confundir sobre su autenticidad y perturbar el tráfico jurídico. Por ello, la sentencia absolutoria es plenamente conforme con el sentir de la Jurisprudencia que, en cuanto a las falsedades en general, viene predicando que “Esta situación pone en evidencia la inexistencia en términos jurídicos de la “mutatio veritatis”, es decir de la alteración de la verdad, que no existe tanto cuando la alteración falsaria recae sobre extremos no esenciales, y por tanto periféricos o accesorios del documento, como en el presente caso en el que la alteración es tan tosca que a simple vista es perceptible, pues tanto en uno como en otro caso las alteraciones carecen de la entidad suficiente para incidir negativamente sobre el tráfico jurídico, y es evidente que si el documento en cuestión no proyecta ningún riesgo, ningún bien jurídico, tampoco puede gozar de la protección del ordenamiento penal SSTS de 5 de diciembre de 1995, 10 y 17 de julio de 1996, entre otras-. (TS 2ª, S 11-02-2000, núm. 233/2000, rec. 18/1999. El recurrente, para sostener la idoneidad de tal conducta falsaria, refiere que la idoneidad o aptitud para suscitar confusión o engaño ha de venir referida al hombre medio y no al empleado de correos, experto en la materia. Tal interpretación no puede ser compartida por este Tribunal pues la expresión “tráfico jurídico” ha de ser reconducida a sus justos términos y se ha de diferenciar, en cada caso, quienes son los destinatarios del engaño o, lo que es lo mismo, quienes son los integrantes del tráfico que la conducta falsaria perturba, y así, mientras en el caso de la falsificación de moneda es pacífico que el tráfico jurídico viene integrado por el común de los ciudadanos pues todos ellos son candidatos potenciales para recibir y hacer circular la moneda falsificada, lo que determina que la Jurisprudencia diga qué hay que pensar que dicho tráfico se dirige a toda clase de personas y la barrera de protección del delito debe incluir la posibilidad de su confusión no sólo por los expertos sino también

por los que no lo son” (TS 2ª, S 27-10-2003, núm. 1384/2003, rec. 1821/2002. Pte: Saavedra Ruíz, Juan), no ocurre lo mismo con los sellos pues, en este caso, los destinatarios de la falsedad no pueden ser otros que los empleados del Organismo de Correos, pues son estos - y no el ciudadano medio- quienes cumplen el cometido de recibir y cursar esos efectos y quienes, por tanto, pueden ser conducidos a error sobre su autenticidad.

La SAP Granada, sec. 1ª, S 3-4-2000, nº228/2000, dice que “Constituyen, parte de los hechos probados, el delito continuado de falsificación de efectos timbrados del Artículo 389.1º del Código Penal, pues describiendo el tipo la conducta del que falsificare o expendiere con la cualidad de falsos equivale a ello la reproducción por vía de fotocopia u otro medio semejante a partir de los genuinos, incluso, previamente ya utilizados, dándole apariencia de originalidad para así aparentar, a su vez, la bondad de las botellas y producto en ellas contenido, como cumplidor de las obligaciones fiscales, aunque a éstas no afecte; añadiendo mayor engaño y trascendencia en el tráfico jurídico mercantil, tipicidad compatible, como se vio, tanto con la estafa como contra la propiedad industrial y salud pública, pues protegen bienes jurídicos diferentes y tienen campo de actuación distintos.”

### **3. REGIMEN DE DERECHO TRANSITORIO**

Las modificaciones introducidas en el artículo 387 eliminan la equiparación al concepto de moneda de las tarjetas de crédito, las de débito y las demás tarjetas que puedan utilizarse como medio de pago así como los cheques de viaje.

La falsificación de tales instrumentos de pago se regulan a partir del 23 de diciembre de 2010 de forma autónoma, en la nueva sección 4º del Capítulo II del Título XVII, bajo la rúbrica “De la falsificación de tarjetas de crédito y débito y cheques de viaje”, en cuyo único artículo 399 bis se tipifican los supuestos de falsificación de tarjetas de crédito o débito y cheques de viaje, distinguiendo, en otros tantos apartados, tres supuestos de hecho: la falsificación propiamente dicha, la tenencia destinada a distribución o tráfico y el uso de tales instrumentos de pago a sabiendas de su falsedad.

El nuevo artículo 399 bis prevé, tanto para los supuestos de falsificación como para los de tenencia, pena privativa de libertad de 4 a 8 años de prisión. Los supuestos de uso doloso de estos instrumentos de pago se castigarán con pena de 2 a 5 años de prisión.

Las cuestiones derivadas del derecho transitorio se plantean en primer lugar en los casos de falsificación propiamente dicha sobre tarjetas de crédito, débito o cheques de viaje. La pena prevista para tales conductas, en el primer inciso del artículo 386 en relación con el artículo 387, vigentes hasta el 23 de diciembre de 2010, es de 8 a 12 años de prisión y multa del tanto al décuplo del valor aparente de la moneda, por lo que, la comparación con las penas establecidas en el nuevo artículo 399 bis determinará la necesaria revisión de todas las sentencias condenatorias dictadas al amparo de los citados preceptos, en ejecución o pendientes de ejecución, y la modificación oportuna, una vez entre en vigor la reforma, de todos los escritos de acusación ya formulados por hechos de esta naturaleza.

Habrà que tener en cuenta que, aun cuando el artículo 387 del Código modificado venía equiparando a la moneda metálica las tarjetas de crédito, las de débito y las demás tarjetas que puedan utilizarse como medio de pago, así como los cheques de viaje, en el nuevo artículo 399 bis se excluye del objeto material de las conductas que tipifica cualquier referencia a las demás tarjetas que pudieran utilizarse como medios de pago.

Esta categoría, que fue asimilada a las tarjetas de crédito o débito a través de la reforma operada en el artículo 387 por Ley Orgánica 15/2003, se ha considerado aplicable a las tarjetas expedidas por comercios y grandes almacenes, así como a las emitidas para pago de autopistas o a las tarjetas regalo entre otras, documentos, que sin ser tarjetas de crédito o débito emitidas por un banco, funcionan como auténticos medios de pago que permiten incluso la obtención de crédito o pagos aplazados con o sin intereses.

Al no integrarse estos instrumentos de pago en los supuestos previstos en el artículo 399 bis, habrá que considerar que las conductas falsarias que recaigan sobre estos tipos de tarjeta deberán encuadrarse a efectos punitivos en el marco de las

falsedades en documento mercantil, cuya previsión penológica en el nuevo Código Penal, de 6 meses a 3 años de prisión y multa de 6 a 12 meses, al ser notablemente inferior a las penas del artículo 386 hará precisa la revisión de las sentencias condenatorias pendientes de ejecución o en ejecución al 23 de diciembre de 2010 y a la adaptación correspondiente de los escritos de acusación que se hubieren formulado por hechos de esta naturaleza.

Para las causas seguidas por tenencia para distribución o tráfico de tarjetas de crédito, débito o cheques de viaje, el inciso 2º del artículo 386 del Código Penal vigente hasta el 23 de diciembre de 2010 dispone una pena inferior en uno o dos grados a la señalada en el inciso 1º para los supuestos de falsificación. En trámite de revisión de sentencias habrá que distinguir aquellos casos en que el Juez o Tribunal impuso pena inferior en dos grados, en que la normativa vigente hasta el 23 de diciembre de 2010 es notoriamente más beneficiosa para el reo, de aquellos en que se impuso pena inferior en un grado. En este supuesto, dado que la pena privativa de libertad es la misma que la prevista en el nuevo artículo 399 bis, pero desaparece la pena de multa, los Sres. Fiscales procederán siguiendo las pautas que para similar supuesto han fijado al tratar las modificaciones introducidas en el artículo 188 nº 3º.

Si la tenencia para distribución o tráfico se refiere a otros medios de pago se procederá a la revisión de la sentencia reconduciéndola al artículo 393 siempre y cuando el supuesto pueda subsumirse en alguna de las conductas típicas descritas en el mismo, que castiga al que, a sabiendas de su falsedad, presentare en juicio o, para perjudicar a otro, hiciere uso de un documento falso de los comprendidos en los artículos precedentes. En los restantes casos, en trámite de revisión, procederá dejar sin efecto las penas impuestas, al haber sido despenalizadas tales conductas.

#### **4. EFECTOS COMUNES DERIVADOS DE LA DESPENALIZACIÓN DE CONDUCTAS O DE LA REDUCCIÓN DE LA PENA IMPONIBLE POR LAS MISMAS**

##### **I. INTRODUCCIÓN**

Según se desprende de los supuestos anteriormente analizados, algunas de las modificaciones operadas en los preceptos del Código Penal por Ley Orgánica 5/2010, van a determinar bien la despenalización de hechos que hasta su entrada en vigor constituían infracción penal, bien la reducción de la pena legalmente establecida para el delito, bien la degradación de la infracción penal a falta. Tales modificaciones, en cuanto más beneficiosas para el reo, al tiempo que producen unos efectos inmediatos en relación con el cumplimiento efectivo de la pena impuesta, que se concretarán en la fase de revisión de sentencias, van a extender también sus efectos en otros procedimientos que se sigan contra las mismas personas ya que serán determinantes en orden a valorar extremos tales como la concurrencia de la agravante de reincidencia o la posibilidad de suspensión de la condena. Además, en determinados supuestos, tales efectos se dejarán sentir en la cancelación de antecedentes penales o en los plazos de prescripción previstos para la infracción de que se trate.

A este respecto, los Sres. Fiscales habrán de tener en cuenta que similares efectos producen las sentencias que, habiendo recaído por hechos que merecen un tratamiento más beneficioso tras la reforma, no fueron objeto de revisión por aplicación de las reglas de exclusión establecidas en la disposición transitoria 2º de la Ley, ya que la mencionada disposición transitoria, en su apartado 3º, al tiempo que excluye del proceso de revisión las sentencias con pena ejecutada o suspendida, dispone que ello será “sin perjuicio de que el Juez o Tribunal, que en el futuro pudiera tenerlas en cuenta a efectos de reincidencia, deba examinar previamente si el hecho en ellas penado ha dejado de ser delito o pudiera corresponderle una pena menor de la impuesta en su día”

En lo que se refiere a la aplicación de la agravante de reincidencia, en palabras de la Circular 1/2004, las condenas, ya ejecutadas, recaídas por hechos despenalizados o que hayan sido convertidos en faltas en la nueva legislación penal, aunque no hayan sido revisadas, no podrán servir de base para la apreciación de la reincidencia. En estos casos, cuando el examen de la hoja histórico penal permita suponer que los hechos objeto de condena han sido despenalizados o degradados a falta, los Sres. Fiscales habrán de recabar testimonio de la sentencia controvertida con el fin de proceder a su examen en orden a determinar si las modificaciones introducidas por la reforma del

Código Penal afectan a los hechos enjuiciados despenalizándolos o transformándolos en falta.

A propósito de los supuestos de despenalización generados por la modificación de la cuantía mínima exigible para la comisión del delito, como ocurre con el fraude de subvenciones públicas regulado en el artículo 308, debe indicarse, reiterando los argumentos esgrimidos por las Circulares 2/1996 y 1/2004, que no existe ninguna disposición transitoria en la Ley Orgánica 5/2010 que permita sostener la irrelevancia en materia de reincidencia del carácter retroactivo de los efectos favorables de la nueva regulación sobre la base de que se trata de una modificación determinada por la pérdida del poder adquisitivo de la moneda. Los Sres. Fiscales, cuando los hechos sentenciados hayan quedado despenalizados o se transformen en falta con motivo de la reforma, cuidarán de solicitar del Juez o Tribunal sentenciador que oficie al Registro de Penados y Rebeldes con el fin de dejar sin efecto la anotación de la condena y hacer cesar sus efectos negativos.

En estos mismos supuestos, de despenalización o degradación a falta del hecho enjuiciado, es indudable la incidencia que tendrá la entrada en vigor de la Ley Orgánica 5/2010 en orden a la concesión del beneficio de suspensión de condena. Efectivamente las modificaciones aludidas pueden ser determinantes de la concurrencia del primer requisito exigido por el artículo 81.1 del Código Penal para la concesión de este beneficio, concretado en que el condenado haya delinquido por primera vez. En consecuencia, las condenas ya ejecutadas o que no fueron revisadas por aplicación de las exclusiones previstas en la disposición transitoria 2º de la Ley Orgánica 5/2010, recaídas sobre hechos que a la entrada en vigor de la nueva Ley resultan despenalizados o degradados a falta, no impedirán la posible concesión de los beneficios de suspensión de las penas privativas de libertad conforme a lo dispuesto en los artículos 80 y siguientes del Código Penal, por lo que habrá que considerar al sujeto como delincuente primario si no existieran otros antecedentes que determinen la aplicación de la reincidencia. Así lo proclamaba ya, con toda lógica, la Instrucción de 30 de agosto de 1928 de la Fiscalía del Tribunal Supremo, con criterio plenamente vigente y reiterado con posterioridad por las Circulares de la Fiscalía General del Estado 2/1996 y 1/2004.

En lo que atañe a la prescripción habrá de recordarse que la Fiscalía General del Estado, al amparo de una consolidada jurisprudencia, ha venido destacando la naturaleza sustantiva que ostenta este Instituto en cuanto causa que extingue la responsabilidad criminal, (Consulta 6/1955 de la Fiscalía del Tribunal Supremo y Circulares 2/1996 y 1/2004 de la Fiscalía General del Estado). Tal naturaleza determina que el principio de retroactividad de la ley penal más favorable alcance también a la prescripción, de modo que si las modificaciones introducidas en alguno de los preceptos del Código Penal, por Ley Orgánica 5/2010, comportan una reducción del plazo de prescripción de los delitos o de las penas establecidas en los mismos, será procedente acordar la prescripción aun cuando el plazo establecido tras la reforma transcurra en su totalidad antes de su entrada en vigor.

Habrà de efectuarse la tarea de comparación valorando en conjunto las disposiciones de cada uno de los textos legales. Así, aun cuando en abstracto la pena tipo señalada para la infracción cometida resultara claramente más favorable en uno de los textos legales sometidos a cotejo, los Sres. Fiscales habrán de tener en cuenta la totalidad de las circunstancias concurrentes en el supuesto de hecho de que se trate para efectuar la comparación en atención a la pena específica que correspondería imponer en la aplicación de una u otra legislación.

No entrarán en juego en estos casos, sin embargo, las excepciones a la revisión previstas en la disposición transitoria 2º de la Ley Orgánica 5/2010, de forma que, respecto de las causas en tramitación, serán de aplicación las facultades discrecionales otorgadas al Juez o Tribunal que, en orden a atenuar la pena se prevén el articulado de uno u otro texto legal. Tal será el caso que, en relación con los preceptos reformados, podrá plantearse respecto de los delitos contra la propiedad intelectual e industrial, los delitos contra la salud pública y los delitos contra la seguridad del tráfico (artículos 270, 274, 368, 385 ter), a los que anteriormente se ha hecho referencia.

Respecto de las causas seguidas exclusivamente por hechos que resultan despenalizados por la nueva Ley que aún no hayan sido calificadas, los Sres. Fiscales, en aplicación de los criterios establecidos en las Circulares 2/1996 y 1/2004, interesarán el archivo de las diligencias, instando al tiempo, cuando los hechos pudieran ser

constitutivos de infracción administrativa competente, que se remita testimonio de lo actuado a la autoridad administrativa a los efectos procedentes. Si en el momento de entrada en vigor de la reforma ya se ha evacuado el trámite de calificación, nada impide solicitar el sobreseimiento libre retirando la acusación (Circular 1/1996)

En los demás supuestos que, sin suponer una despenalización, puedan verse afectados por la reforma, los Sres. Fiscales al evacuar las conclusiones provisionales harán mención expresa, en el apartado correspondiente del escrito de conclusiones, del texto legal que se aplica y solicitarán la pena en atención a sus disposiciones. En los supuestos dudosos se formularán conclusiones alternativas, en atención respectivamente a una y otra normativa, adquiriendo especial importancia, en orden a la determinación de la Ley penal más favorable, la opinión manifestada por el acusado en el trámite de audiencia.

El trámite de audiencia al reo, en los supuestos anteriormente tratados, resulta preceptivo y se efectuará, en el acto del juicio oral.

En aquellos casos en que la aplicación de la nueva norma se plantea respecto de supuestos pendientes de juicio, calificados conforme al Código Penal vigente hasta el 23 de diciembre, será de aplicación el criterio sostenido por la Circular de la Fiscalía General del Estado 1/1996, de forma que la adaptación al nuevo texto legal se podrá llevar a cabo al inicio del juicio oral, en el trámite que habilita el artículo 787 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, o en el posterior trámite de conclusiones definitivas.

En lo que concierne a las sentencias pendientes de recurso, serán de aplicación las reglas establecidas en la disposición transitoria 3ª que a continuación se transcriben. Sus normas reproducen las establecidas en la disposición transitoria 5ª de la Ley Orgánica nº 15/2003 y fueron objeto de análisis en la Circular 1/2004 a cuyo contenido nos remitimos:

“ a) Si se trata de un recurso de apelación, las partes podrán invocar y el Juez o Tribunal aplicará de oficio los preceptos de la nueva ley, cuando resulten más favorables al reo.

b) Si se trata de un recurso de casación, aún no formalizado, el recurrente podrá señalar las infracciones legales basándose en los preceptos de la nueva ley.

c) Si, interpuesto recurso de casación, estuviera sustanciándose, se pasará de nuevo al recurrente, de oficio o a instancia de parte, por el término de ocho días, para que adapte, si lo estima procedente, los motivos de casación alegados a los preceptos de la nueva ley, y del recurso así modificado se instruirán las partes interesadas, el fiscal y el magistrado ponente, continuando la tramitación conforme a derecho.”

Es decir, el Ministerio Fiscal en el trámite del recurso, o en su caso en el acto de la vista, deberá solicitar la aplicación de la norma más favorable, con independencia de cuál sea su posición procesal inicial en el recurso bien sea de interposición bien sea de impugnación del mismo.

## **II. RECURSOS CONTRA LAS RESOLUCIONES ADOPTADAS EN EL PROCESO DE REVISIÓN**

La Ley Orgánica 5/2010, al igual que las que abordaron precedentes reformas del Código Penal, no recoge en ninguna de sus disposiciones los recursos que cabe interponer frente a las resoluciones de los Juzgados y Tribunales que deciden sobre el incidente de revisión. Atendiendo a las pautas fijadas en las Circulares de la Fiscalía General del Estado 1/1996 y 1/2004, que a su vez adoptan la solución acogida en anteriores resoluciones del Tribunal Supremo, así Auto de 14 de marzo de 1984 o Sentencia nº 626/1995, de 5 de mayo, la resolución que se dicte al respecto será susceptible de los mismos recursos que hubieran cabido contra la sentencia. De forma que, si la resolución fue dictada por el Juez de Instrucción o el Juez de lo Penal, será procedente recurso de apelación. Las resoluciones dictadas por la Audiencia Provincial, serán susceptibles de recurso de casación. En los supuestos competencia del Tribunal Jurado cabrá recurso de apelación y casación.

## **5. EL DELITO DE FALSIFICACIÓN DE MONEDA DESPUÉS DE LA REFORMA DE LA LO 5/2010 DE 22 DE JUNIO**

### **I. INTRODUCCIÓN**

En los artículos 386 a 388 del Código Penal se recogen una serie de figuras delictivas que derivan del Convenio de Ginebra de 20 de Abril de 1929 y que pretenden la protección del tráfico monetario y del sistema de pagos realizado a través de monedas de curso legal o mediante tarjetas de crédito o débito y se pretende también la protección de las personas que resultan perjudicadas por la recepción de moneda falsa.

El propio Código Penal da una definición de moneda en su artículo 387 en el que se dispone que "se entiende por moneda la metálica y papel moneda de curso legal. A los mismos efectos, se considerarán moneda las tarjetas de crédito, las de débito y las demás tarjetas que puedan utilizarse como medio de pago, así como los cheques de viaje. Igualmente, se equiparán a la moneda nacional las de otros países de la Unión Europea y las extranjeras".

Dado que la seguridad monetaria es una cuestión de interés internacional se reconoce la llamada "reincidencia internacional", el reconocimiento de sentencias extranjeras en España a efectos de aplicar la agravante de reincidencia. Así el artículo 388 dispone que "la condena de un Tribunal extranjero, impuesta por delito de la misma naturaleza de los comprendidos en este capítulo, será equiparada a las sentencias de los Jueces o Tribunales españoles a los efectos de reincidencia, salvo que el antecedente penal haya sido cancelado o pudiese serlo con arreglo al Derecho español".

Las formas de comisión de este delito están detalladas en el artículo 386 del Código Penal en el que se castiga con una pena muy elevada, prisión de 8 a 10 años y multa del tanto al décuplo del valor aparente de la moneda, al que altere la moneda o fabrique moneda falsa, a quien introduzca en el país o exporte moneda falsa o alterada y a quien transporte, expendo o distribuya, en connivencia con el falsificador, alterador, introductor o exportador, moneda falsa o alterada. La alteración o fabricación de moneda supone la imitación de una moneda auténtica que genere apariencia de

autenticidad y que esté destinada a circular en el tráfico monetario, sin que sea necesario que haya circulado efectivamente. No son punibles las reproducciones que por su tosquedad carezcan de aptitud para causar confusión en los eventuales receptores. La jurisprudencia ha señalado que el proceso de fabricación de moneda es complejo y se debe considerar autor de este delito a todo aquél que participe en el proceso, coordinado con los demás y que realice actos de ejecución nucleares en relación con la acción y necesarios para conseguir la falsificación. Por tanto el concepto de autoría es extenso. Del enunciado del precepto resulta castigada también la introducción y exportación y, por último, el transporte y distribución de la moneda falsa siempre que exista connivencia con las personas que hubieren realizado cualquiera de las acciones anteriores.

Por último el Código Penal castiga con menor pena la mera tenencia o posesión para la expedición o distribución y la adquisición de moneda falsa con el fin de ponerla en circulación. También con pena menor se castiga a quien habiendo adquirido de buena fe moneda falsa la expendiera o distribuyera después de constarle la falsedad siempre que el valor de la moneda sea superior a 400 euros, ya que si es inferior el hecho se castiga como falta. Del mismo modo en el artículo 389 se castiga la falsificación, expedición e introducción de sellos de correos o efectos timbrados y la distribución de los mismos, si se conociere su falsedad, en cuantía superior a 400 euros.

## **II. TIPO PENAL**

Se regula en el capítulo I del título XVIII, art. 386 y ss.

Artículo 387

A los efectos del artículo anterior, se entiende por moneda la metálica y el papel moneda de curso legal. Se equiparán a la moneda nacional las de otros países de la Unión Europea y las extranjeras.

Artículo 388

La condena de un tribunal extranjero, impuesta por delito de la misma naturaleza de los comprendidos en este capítulo, será equiparada a las sentencias de los jueces o tribunales españoles a los efectos de reincidencia, salvo que el antecedente penal haya sido cancelado o pudiese serlo con arreglo al derecho español.

#### Artículo 389

El que falsificare o expendiere, en connivencia con el falsificador, sellos de correos o efectos timbrados, o los introdujera en España conociendo su falsedad, será castigado con la pena de prisión de seis meses a tres años.

El adquirente de buena fe de sellos de correos o efectos timbrados que, conociendo su falsedad, los distribuyera o utilizara en cantidad superior a 400 euros será castigado con la pena de prisión de tres a seis meses o multa de seis a 24 meses".

### **III. BIEN JURÍDICO PROTEGIDO**

Von Listz calificaba los delitos de falsedad como “ilícitos instrumentales”, pues su única nota común es precisamente el medio de comisión del hecho, y esta abstracción o indeterminación de la denominación del epígrafe dificulta la concreción del interés tutelado. El castigo de las falsedades irá dirigido a la protección de múltiples bienes jurídicos según los casos pero el concreto interés del particular lesionado o puesto en riesgo por la falsedad no puede confundirse con el concepto de bien jurídico protegido.

Tradicionalmente<sup>5</sup>, se ha sostenido que el interés tutelado es la prerrogativa estatal en la creación de moneda o el crédito del Estado, idea que hoy hay que revisar si se tiene en cuenta que vivimos bajo una moneda europea común. En cualquier caso, el necesario control sobre la masa monetaria circulante se presenta como el principal objeto de protección. Junto a ello, se sitúan los intereses de los particulares que puedan verse engañados recibiendo moneda falsa.

---

<sup>5</sup> Quintero Olivares G. Falsedades. CC-BY-NC-ND. Fundació per a la Universitat Oberta de Catalunya.

La mayoría de la doctrina coincide en que en los delitos de falsedad nos encontraríamos ante un bien jurídico protegido de carácter pluriofensivo como la fe pública, el valor probatorio o el tráfico jurídico. La relevancia penal de una falsedad exige:

-que sea adecuada para generar error.

-que el error tenga como objeto hacer que algo ilegítimo o falso pase por legítimo o verdadero.

-que esté destinada a entrar en el tráfico jurídico.

Podrían englobarse los delitos de falsedad entre aquéllos que protegen intereses generales encarnados por la seguridad del tráfico jurídico como concreción de la fe pública que conllevan los objetos sobre los que la manipulación se realiza.

Centrándonos en los delitos de falsedad de moneda, que se encuadran dentro de las falsedades materiales frente a las ideológicas o las personales, y que incluyen también falsedades de uso, como aquéllas consistentes en la utilización del objeto por quien no ha tomado parte en la falsificación, la doctrina se divide respecto del bien jurídico protegido.

Según la concepción francesa la falsificación de moneda ataca la fé pública, bien en sentido objetivo como la prerrogativa que corresponde al Estado en acuñar moneda, bien en sentido subjetivo como la natural confianza del ciudadano en la autenticidad de la moneda. Sin embargo, conforme a la tradición germánica lo que se protege en estos delitos sería la seguridad en el tráfico monetario.

Indudablemente en los delitos de falsedad de moneda pesa el especial objeto de la falsedad pues, a diferencia de otros documentos, la acuñación y emisión de moneda es una tradicional prerrogativa del Estado, es un ejercicio de soberanía estatal, de ahí que históricamente fuesen concebidos como delitos de lesa majestad lo que explica la extrema dureza que la represión de la falsificación de moneda estuvo presente en nuestro Derecho Penal antiguo que se arrastra hasta nuestros días y que en ocasiones provoca la perplejidad de algunas defensas ante la petición punitiva del Fiscal. Sin

embargo, hay que reconocer que la moneda, ya desde el punto vista económico como medio común de cambio en un tiempo y lugar determinado, ya desde el punto de vista jurídico como medio de extinción de obligaciones, es un interés digno de una especial protección.

En esta línea más germánica, si acudimos a la definición de Von Liszt del bien jurídico como “un interés vital para el desarrollo de los individuos de una sociedad determinada que adquiere reconocimiento jurídico”, la concreción más clara del bien jurídico protegido en los delitos de falsedad de moneda sería la función de garantía que desempeña la moneda. En definitiva, se pretendería evitar la introducción en el tráfico de monedas no emitidas, por quien aparece como emisor y con ello afianzar inmediatamente la seguridad jurídica en las transacciones nacionales e internacionales. Ello aleja estos delitos de los meros delitos contra el patrimonio alojados en otro Título del C. Penal, lo cual, permite, en su caso, el concurso de estos delitos con los delitos contra el patrimonio en los casos de lucro producido.

#### **IV. CONCEPTO JURÍDICO-PENAL DE MONEDA**

El artículo 387 del CP establece un concepto normativo de moneda válido a efectos penales. En él se incluyen la moneda metálica y el papel moneda de curso legal, cumpliendo con ello la previsión establecida en el artículo 2 del Convenio de Ginebra para la represión de la falsificación de moneda, de 20 de abril de 1929, ratificado por España el 28 de abril de 1930. Por moneda de curso legal debe entenderse aquella emitida por el Estado u organismo autorizado para ello y con poder liberatorio. El inciso final del precepto equipara a la moneda nacional la de otros países de la Unión Europea y las extranjeras, en referencia, en este segundo caso, a la de aquellos países de la Unión que no han entrado en la unión monetaria, además de a las propias de otros estados ajenos a la UE. Por otra parte, la única moneda de curso legal en España es el euro, lo que significa que la falsificación de la peseta no constituye ya un delito de falsificación de moneda.

Se tendrá igualmente por moneda falsa aquella que, pese a ser realizada en las instalaciones y con los materiales legales, se realiza incumpliendo, a sabiendas, las condiciones de emisión que hubiere puesto la autoridad competente o cuando se emita no existiendo orden de emisión alguna.

## **V. FALSIFICACIÓN DE PESETAS**

De la lectura conjunta de las disposiciones de la Ley se deduce que pese a que la peseta a partir del 1 de enero de 2002 no gozase de la protección del sistema monetario, como hasta el 28 de febrero de 2002 sigue siendo válida como medio de pago de curso legal con pleno poder liberatorio, su falsificación cometida hasta ese momento en virtud de lo dispuesto en el art. 387 del C. Penal seguiría siendo objeto del delito de falsedad de moneda pese a la aparición del euro, demás disposiciones citadas y lo dicho respecto del bien jurídico protegido.

Sin embargo, a partir del 28 de febrero de 2002 la peseta pese a las posibilidades de canje descritas, al no dejar de ser medio de pago de curso legal no podrían integrar delitos de falsedad de moneda sin perjuicio del delito patrimonial, comúnmente como estafa, que pudiera generar el canje de pesetas falsificadas. Si la moneda ya no es de curso legal según la Ley de introducción del euro ya no está dentro del art. 387 del C.P.).

Ahora bien, si la falsificación de pesetas se realizó antes de la introducción del euro sigue siendo típica aun tras dejar de ser moneda de curso legal. El Tribunal Supremo ha considerado consumado el delito cuando la moneda era de curso legal, el posterior cambio de moneda no haría desaparecer por tanto el reproche penal. En tal sentido cabe citar la STS 1610/2005 de 5 de diciembre la cual sienta que: "la pretensión de tipicidad por haber perdido el curso legal, con motivo de la entrada en circulación del euro, carece de base fáctica y jurídica (...). En consecuencia, los datos cronológicos nos sitúan ante conductas de colocación en el mercado y de tenencia de moneda falsa con anterioridad a la fecha en que la peseta pierde su curso legal (...) Por lo expuesto el motivo debe ser desestimado".

“A sensu contrario”, puede decirse que la falsificación de monedas retiradas de la circulación con anterioridad a realizarse la acción delictiva o de monedas antiguas, incluso con valor numismático, no integrarían este delito aunque en algún momento hubieran podido ser de curso legal.

## **VI. FALSIFICACIÓN DE OTRAS MONEDAS**

Cuestión diferente es el caso de la falsificación de billetes y monedas que, aunque destinados a ser puestos en circulación, aún no han sido emitidos. Esta cuestión podía ser de evidente actualidad en el momento de la transición de introducción del euro antes de haber sido puesto en circulación, pero es algo que también se puede plantear ante el nuevo diseño de billetes de euro, o la eventual creación de billetes de euro con nuevo valor facial.

Según la Instrucción 5/2001 los hechos sí serían punibles al establecer: “Entendiendo que el concepto de curso legal coincide con el de capacidad liberatoria o de pago respaldada por una ley, el euro comienza a ser moneda de curso legal el 1 de enero de 2002. Hasta esa fecha y durante el período transitorio contemplado en el art. 12 LIE (es decir, desde el 1 de enero de 1999 al 31 de diciembre de 2001), sin embargo, las conductas típicas relativas a la falsificación de las monedas y billetes de euros que todavía no han sido puestos en circulación son igualmente punibles en virtud de la previsión expresamente contenida en el art. 2.5 de la citada L.O. 10/98”.

El citado artículo establece que: “Durante el período transitorio al que se refiere el artículo 12 de la Ley sobre Introducción del Euro, (el que media entre el 1 de enero de 1999 y el 31 de diciembre del año 2001) los euros acuñados o impresos en moneda metálica o en papel moneda se considerarán en todo caso moneda de curso legal a los efectos previstos en los artículos 386 y 387 de la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal”.

Es decir, que ello puede valer para dicho periodo pero no más allá del mismo puesto que pese a que el artículo 5 de la Decisión Marco del Consejo de 29 de mayo de 2000 sobre el fortalecimiento de la protección, por medio de sanciones penales y de otro

tipo, contra la falsificación de moneda con miras a la introducción del euro (2000/383/JAI) establece que:

“Los Estados miembros adoptarán las medidas necesarias para garantizar que los hechos mencionados en los artículos 3 y 4 también sean tipificados como delito en el caso:

a) De los futuros billetes y monedas en euros, siempre que se cometan antes del 1 de enero de 2002;

b) De billetes y monedas que todavía no hayan sido emitidos pero que se destinen a la circulación y sean una moneda de curso legal.”

## **VII. CONDUCTA TÍPICA**

El artículo 386 del CP incluye todas las modalidades comisivas propias del delito de falsedad de moneda, integradas por aquellas que el artículo 2 del Convenio de Ginebra indicaba que debían incriminar los estados firmantes. Entre ellas, se encuentran las que constituyen formas de primer grado, identificadas con lo que constituye conducta falsaria propiamente dicha, como la fabricación de moneda falsa, y de segundo grado, como la introducción en el país, la tenencia, la adquisición o la expendición.

Art. 386 del CP

Será castigado con la pena de prisión de ocho a doce años y multa del tanto al décuplo del valor aparente de la moneda:

1. El que altere la moneda o fabrique moneda falsa.
2. El que introduzca en el país o exporte moneda falsa o alterada.
3. El que transporte, expendo o distribuya, en connivencia con el falsificador, alterador, introductor o exportador, moneda falsa o alterada.

La tenencia de moneda falsa para su expendición o distribución será castigada con la pena inferior en uno o dos grados, atendiendo al valor de aquella y al grado de connivencia con los autores mencionados en los números anteriores. La misma pena se impondrá al que, sabiéndola falsa, adquiriera moneda con el fin de ponerla en circulación.

El que habiendo recibido de buena fe moneda falsa la expenda o distribuya después de constarle su falsedad será castigado con la pena de prisión de tres a seis meses o multa de seis a veinticuatro meses, si el valor aparente de la moneda fuera superior a 400 euros.

Si el culpable perteneciere a una sociedad, organización o asociación, incluso de carácter transitorio, que se dedicare a la realización de estas actividades, el juez o tribunal podrá imponer alguna o algunas de las consecuencias previstas en el artículo 129 de este Código.

## **VIII. FABRICACIÓN DE MONEDA FALSA Y ALTERACIÓN DE MONEDA**

En virtud del artículo 386, párrafo primero, del CP, es castigado con pena de prisión de ocho a doce años y multa del tanto al décuplo del valor aparente de la moneda el que altere la moneda o fabrique moneda falsa.

### **1. ALTERACIÓN**

En lo que se refiere a la alteración, modalidad incorporada tras la reforma de L.O. 15/2003, tenía sentido en el caso de los cheques y las tarjetas de crédito, puesto que en relación a los billetes y las monedas es más inverosímil, y es que una vez desaparecida la equiparación con las tarjetas tras la reforma del C. Penal del 2010 que ha mantenido inalterado este artículo, es difícil pensar en hipótesis de esta acción delictiva.

Alterar desde luego, al ser cambiar la esencia o forma de una cosa, implicará que se tratará de operaciones sobre moneda auténtica para aumentar o recuperar su valor.

Se suele citar la supresión de las estampillas o señales de retirada de la moneda. Cualquier otra modificación dada su complejidad se presenta como antieconómica o irrealizable, siendo más plausible la total fabricación.

Sin embargo, si hay que entender toda modificación de moneda preexistente auténtica mediante la adición, supresión o modificación de elementos. Esa conducta era especialmente significativa en los tiempos de predominio de la moneda metálica; pero eso no obsta a que también hoy exista esa modalidad de moneda, aunque sea menos importante, y debe estar prevista.

## **2. FABRICACIÓN**

Se entiende por fabricación toda creación de moneda apócrifa a imitación de la legítima, cualquiera que sea el medio o modo para conseguir este resultado.

Se trata de la falsificación propiamente dicha definida como la producción o creación de moneda con apariencia de legítima. Se trata de realizar una copia o imitación con grado de perfección suficiente para que el público en general la tome por verdadera y sea susceptible de ser puesta en circulación. De lo que se trata es que lo fabricado pueda ser confundido por el hombre medio, es decir, hay que situar el listón por debajo del nivel del técnico monetario, el cual, pese a que distinga claramente los signos de falsedad, por la posibilidad de confundir al público en general podrá sin embargo calificar la falsificación como “peligrosa”.

Es preciso que el resultado, la moneda, pueda racionalmente ser tomada como legítima por un hombre medio, y, además, que exista el propósito de introducirla en el tráfico.

La Sala Segunda del Tribunal Supremo tiene declarado que el delito se consuma aunque los ejemplares falsos no sean perfectos, siempre que puedan suscitar efectivo error en el tráfico, pues la falsedad se dirige a toda clase de personas y no sólo a los

expertos (STS 544/2012 de 2 de julio y 1384/2003, de 27 de octubre). Basta con que no se trate de una imitación burda o grosera hasta el extremo de herir forzosamente los sentidos su inautenticidad sino de una reproducción susceptible de generar confusión con los verdaderos en el tráfico (STS 524/2009, 19 de mayo).

En caso contrario podríamos estar bien ante una tentativa o incluso una tentativa inidónea.

Muy expresiva es la STS, Sala Segunda, 115/2009, de 12 de febrero, dice: "(...) El problema que aquí se suscitó no fue el de la realidad de la falsedad de los 41 billetes de 20 €: fue admita por todos tal falsedad. Lo que aquí se discutió y se discute es si nos hallamos o no ante una operación burda o torpe por carecer los billetes obtenidos de aptitud para engañar a las personas que hubieran de recibirlos, esto es, que constituyeran un verdadero atentado contra la seguridad del tráfico económico. Sabido es cómo en esta y otras falsedades, para que haya delito, es necesaria esa capacidad de engaño para los destinatarios del objeto falso (...). Es verdad que existen diferencias ostensibles con el original, pero tales diferencias, como bien dice el informe pericial, requieren para ser detectadas un examen detenido, que ciertamente, cuando se está pagando en un establecimiento comercial, a veces no se efectúa, con lo cual hay que entender que esa calificación de falsedad «peligrosa» es adecuada: se trata de billetes falsos que pueden ser confundidos con los legítimos".

Esta modalidad delictiva no exige la puesta en circulación de la moneda, la STS 756/2008, de 12 de noviembre, señala que “se ha producido de manera indiscutible la fabricación, creación y elaboración de billetes falsos, con apariencia de auténticos, estableciéndose la consumación por la actividad desarrollada y la posibilidad de que estuviesen dispuestos para ser introducidos en el caudal de la circulación monetaria. No es necesario que exista perjuicio para un sujeto concreto ya que, la lesión es de peligro y se refiere a la protección de la seguridad del tráfico monetario, que se ve lesionado por estas actividades. Si a través de la entrega de estos billetes se produjese algún otro delito, como estafa, estaríamos ante un concurso entre ambos ilícitos”.

Igualmente, es indiferente para la existencia del delito de fabricación de moneda falsa, el número de unidades falsificadas o su cuantía, ya que la única referencia al valor aparente de la moneda es la contenida en el párrafo tercero del artículo 386 del C. Penal.

Ejemplo de ello es la SAN (secc 3ª) 29/2010, de 25 de junio, en la que se condena a un joven que trató de adquirir, en el establecimiento "Eroski" de la c/ Valencia de la localidad alicantina de Alcoy, un trípode de 39 euros mediante la entrega de un billete de valor facial de 500 euros que el día antes había confeccionado por fotocopiado de uno legítimo utilizando una impresora multifunción de su propiedad (esta sentencia fue confirmada por el ATS 2426/2010, de 2 de diciembre que inadmitió a trámite el recurso de casación interpuesto por la defensa).

En la Audiencia Nacional han sido habituales las falsificaciones consistentes en el mero uso de un papel de cierta calidad y la realización de una fotocopia offset, habiendo acreditado la experiencia la viabilidad para ingresar en el tráfico jurídico de tan sencilla falsificación.

En cuanto a la necesidad de un elemento subjetivo del injusto consistente en querer poner la moneda fabricada en circulación, es cierto que alguna resolución de la A. Nacional ha parecido exigir ese requisito en sentencias como la 29/2010 de 25 de junio, aun sin exigir motivación económica. Es cierto que desde el punto de vista de lo manifestado en relación con el bien jurídico protegido cabría hacer depender la tipicidad de la exigencia de la acreditación de tal ánimo, como lesión o puesta en peligro del mismo. Sin embargo, es difícil imaginar que se lleve a cabo la falsificación de moneda con otros fines, como un afán coleccionista o el prurito más propio del hacker informático de vencer el sistema de seguridad de los billetes, aunque estos billetes siempre podrían acabar en el tráfico jurídico desde el mismo momentos que son creados, siendo implanteable la comisión entonces a título de imprudencia al no preverlo expresamente el C. Penal. Pero en cualquier caso, aunque se trate de un elemento fácil de acreditar aun con prueba indirecta es lo cierto que tal elemento no es recogido por el tipo penal, con lo cual, sin más no debiera considerarse exigible.

La falsificación de moneda se consuma en el momento en que termina la confección de la moneda falsa, sin ser necesario que esta llegue a ser introducida en el

tráfico monetario, aunque debe ser idónea para su introducción, y sin que tampoco sea necesario que se haya irrogado un perjuicio, y que se pueda deducir que la moneda está destinada a ser introducida.

## **IX. INTRODUCCIÓN Y EXPORTACIÓN DE MONEDA FALSA O ALTERADA**

El número 2.º del párrafo primero del artículo 386 del CP se refiere, como modo comisivo, a la introducción en el país de moneda falsa o alterada o su exportación.

No se trata de una conducta que plantee muchos problemas interpretativos. Sí trae a colación esta modalidad comisiva el dato de que las modalidades más graves y peligrosas de falsedad de moneda falsa se realizan en el ámbito de organizaciones transnacionales, y que es muy habitual encontrar organizaciones o al menos grupos criminales que ubican las imprentas clandestinas en un país y distribuyen la moneda en otro.

En el apartado 2º del 386 párrafo 1º castiga la introducción en el país o exportación de moneda falsa o alterada. Hasta la reforma operada por la LO 15/2003, de 25 noviembre, sólo estaba castigada la introducción en el país (lo mismo que el código de 1973) sin embargo tras la citada Decisión Marco 200/1383/JAI se añadió la exportación de moneda falsa o alterada.

En buena lógica, el introductor o exportador ha de ser persona distinta del falsificador, puesto que si fuera este quien realizase dichas conductas, estaríamos frente a un acto posterior impune. No obstante, no es necesario que introductor o exportador se hayan puesto de acuerdo con el falsificador, esto es, que se trate de comportamientos conniventes, siendo además indiferente el lugar de falsificación de la moneda.

La consumación de la primera de las modalidades (la introducción) exige la introducción de la moneda en territorio nacional, aunque no ha de haberse puesto en circulación ni haberse irrogado ningún perjuicio. El concepto de país ha de identificarse con el de territorio del Estado.

Teniendo en cuenta la función del euro y, además, la libre circulación de ciudadanos de la Unión en su territorio, surgen dificultades para comprender el alcance de esta modalidad de conducta. Por eso, lo prudente es entender que alcanza a los intentos de introducir, en el territorio del euro, euros falsos o la exportación de euros falsos a territorios externos. Hay que recordar, no obstante, que la falsedad de moneda alcanza también a las monedas de otros Estados que tengan curso legal (cambio) dentro del territorio propio.

La duda que pudiera plantearse cuando la moneda procede de un país comunitario, sin perjuicio de que pudiese en la mayoría de los casos encuadrar la conducta en alguno de los puntos del art. 386 con el mismo castigo, está resuelta por el Tribunal Supremo en auto 1209/2007, de 28 de junio, que declaró que “ aun aceptando a efectos meramente dialécticos que el paquete procediera exclusivamente de Colonia (Alemania), la literalidad del art. 386 CP, sin que la doctrina de esta Sala haya realizado otra interpretación diferente, se está refiriendo a la entrada en el país, entendiéndose por país el territorio nacional. Además, tampoco existe norma alguna que sustente la equiparación que pretende el recurrente, entre el término país utilizado por el artículo 386.2ª del Código Penal con el concepto paneuropeo que se le atribuye.” En el mismo sentido la más reciente STS. de 27/12/2013-nº 152 con moneda introducida en España procedente de Italia.

## **X. TRANSPORTE, EXPENDICIÓN O DISTRIBUCIÓN DE MONEDA FALSA O ALTERADA**

Según el número 3.º del artículo 386, párrafo primero, del CP, se pena con igual sanción que a los falsificadores a quien transporte, expendía o distribuya en connivencia con el falsificador, alterador, introductor o exportador, moneda falsa o alterada.

En este caso, a diferencia del anterior punto el art. 386.3º del C. Penal sí que exige la connivencia con el falsificador, alterador, introductor o exportador, moneda falsa o alterada. La reforma de LO 15/2003, de 25 noviembre también afectó a este

punto añadiendo a la redacción original del C. Penal el transporte y entre los conniventes al alterador y exportador, en congruencia con el resto de la reforma.

Nos encontramos ante conductas más participativas que realizadoras cuando el sujeto activo es diferente del falsificador, alterador, introductor o exportador de la moneda. Sin embargo, el dato de la necesidad de connivencia con el falsificador alterador, etc., viene a exigir que, materialmente, se esté ante una organización o asociación para delinquir y como personas englobadas en la misma no merecerían menor pena en función de la concreta tarea asumida.

Por expender se entiende habitualmente la conducta consistente en gastar o hacer expensas, lo que supone que quien introduce la moneda falsa en el tráfico jurídico lo hace a cambio de la adquisición de un bien o por ser beneficiario de la prestación de un servicio, a cambio de algo, aunque en ocasiones se admite como mera donación. En contraposición, la distribución incluye los casos en los que la moneda falsa se reparte entre varias personas que, a su vez, van a introducirla en el mercado, comportamiento que podría ser difícil de subsumir en la expendición considerada en sentido estricto.

Se incrimina la expendición o distribución de moneda falsa adquirida conociendo su falsedad que, además, sea connivente. Cuando de lo que se trata es de la expendición o distribución de moneda falsa adquirida de buena fe (esto es, desconociendo su falsedad en el momento de ser adquirida), la conducta es constitutiva de delito únicamente cuando el valor aparente de la moneda excede de los 400 euros. En tal supuesto, la pena que corresponde a quien distribuye moneda falsa adquirida de buena fe, una vez que le consta su falsedad, es muy inferior a la que corresponde a la expendición connivente, lo que se ha explicado al considerar la situación de quien ha sido engañado en este extremo análogo a la del estado de necesidad.

Sin embargo, el comportamiento que no se prevé en la actual redacción del Código penal es la expendición o distribución de moneda adquirida conociendo su falsedad pero sin connivencia con los falsificadores, introductores o exportadores. La tipicidad de tal comportamiento pasa por su inclusión en las modalidades previstas en el párrafo segundo del artículo 386 del CP, o sea, en la adquisición o tenencia de moneda falsa, a riesgo de quedar impune si no se efectúa dicha interpretación.

Para que la expendición o distribución se consideren consumadas, es necesario el traspaso de la posesión del objeto, esto es, que la moneda pase a manos de otra persona distinta de quien la introduce en el tráfico.

No cabe establecer hipótesis de delito intentado, siempre en los casos de connivencia con el falsificador, pues si el expendedor no logra hacerlo, si se entendiese que rechazada la moneda no lo ha logrado, lo cual es discutible, cabría decir que la moneda la ha transportado hasta el lugar de la expendición. Cabe recordar de nuevo que, dada la compatibilidad entre la expendición y el mero delito patrimonial de estafa, dado que en la moneda no se exige el ánimo de lucro e incluso la cantidad de moneda no es elemento de graduación legal de la pena, tan sólo cabría hablar de tentativa en la estafa que supone el hecho de la expendición de la moneda.

## **XI. TENENCIA DE MONEDA FALSA**

En el párrafo segundo del artículo 386 del CP, se incrimina la tenencia de moneda falsa, que se pune con pena inferior en uno o dos grados a la prevista en el párrafo primero, atendiendo al valor de la moneda que se detente y al grado de connivencia con los autores mencionados en los números anteriores.

Esta figura, en los tiempos de competencia exclusiva de la Audiencia Nacional en la materia, era la de mayor número de acusaciones, puesto que ha sido muy común descubrir a un individuo, en muchas ocasiones delincuentes menores, “pasando” billetes en establecimientos comerciales. En estos casos, ha sido recurrente la calificación penal de los hechos como tenencia de moneda falsa para su expendición, (del párrafo segundo del art. 386 del C. Penal) en concurso con estafa, y no expedición, que es realmente la conducta que realiza, porque a falta de demostración de dicha connivencia (con frecuencia imposible de probar) la única conducta que aparece regulada en el Código es la de su tenencia; para expender el sujeto ha debido de poseer primero la moneda. Ya los distintos Códigos Penales desde el de 1870 configuraban la tenencia de moneda falsa como una tentativa del delito de expendición, razón por la que se establecía una

pena inferior en uno o dos grados a la respectiva para la expendición (con o sin connivencia).

Tradicionalmente, la conducta de tenencia de moneda falsa había sido caracterizada como un delito de sospecha, puesto que el tipo no exigía la efectiva concurrencia del ánimo de ponerla en circulación. Sin embargo, la actual redacción de esta modalidad comisiva exige que la misma se detente para su expendición o distribución.

La actual redacción de dicha modalidad comisiva es la propia de un delito mutilado de dos actos, en el que han de concurrir tanto la posesión de la moneda apócrifa como la finalidad de ponerla en circulación, sin ser necesario que tal expendición se produzca para que el delito se consume.

Puesto que la penalidad se determina tomando en consideración el grado de connivencia con los sujetos mencionados en los números anteriores del precepto, de ahí se deduce que el poseedor debe ser persona distinta de aquellos.

No obstante, en los casos de transporte, el connivente tiene la misma pena que el falsificador, mientras que el no connivente únicamente podrá incluirse en este precepto, con penalidad de uno o dos grados inferior a aquella.

El hecho de ser sorprendido el individuo “pasando” billetes en establecimientos comerciales, acredita por sí mismo el elemento subjetivo del injusto que exige el tipo de que la tenencia ha de ser para expender o distribuir la moneda.

En otros casos, este elemento subjetivo ha de deducirse de las circunstancias fácticas que rodeen la conducta, o como decía el antiguo artículo 287 “que por que por su número y condiciones se infiera racionalmente que están destinadas a la expendición”. A título ejemplo la STS 25/2011 de 1 de febrero señala al respecto que “el conocimiento de la tenencia y la finalidad de distribución es una inferencia que el tribunal razona desde la propia conducta del acusado, arrojar al suelo los billetes inauténticos para evitar la intervención de los billetes, y la propia intervención de billetes falsos tras la detención en un cacheo posterior. La cantidad de billetes y el hecho de ir junto al otro acusado, a quien también se le intervino otro billete falso, y la

conducta de tratar de hacer desaparecer permite tener por acreditado, de forma racional y lógica, la llevanza del dinero falso y de su destino a su distribución a terceros.” También la ocupación de numeroso cambio con moneda legal y productos de escaso valor adquiridos ya, prima facie, acreditan tal elemento aunque no se lograra acreditar una compra concreta con moneda falsa; otro indicio puede ser el mero hecho de llevar el dinero escondido en lugares inverosímiles aunque ello pueda justificarse como medida de seguridad ante robos. Por su parte la STS, Sala Segunda, 1007/2005, de 21 de julio acepta los criterios: “que el Tribunal sentenciador dio cabal cumplimiento a su obligación de motivar su decisión a la vista de los indicios analizados (...), y así, frente a la afirmación del recurrente de que ignoraba que los billetes que transportaba eran falsos, el Tribunal sentenciador reparó en tres indicios enlazados: a) El dinero lo llevaba oculto entre sus ropas y se puso nervioso ante la vista de la policía. b) El dinero se presentaba en forma negligente, en bolsas de plástico, sin contar. c) El dinero lo recibió de un colombiano para transportarlo y entregarlo a tercera persona cobrando por el «servicio» trescientas mil pesetas”.

Claro que, probada la connivencia con el falsificador, lo cual debe ser objeto de prueba en concreto y no de presunción, se acudiría entonces al art. 386 primer párrafo punto 3º. Hay quien interpreta la expresión atendiendo al “grado de connivencia” como que alguna connivencia, por mínima que sea, habrá de haber con el falsificador, a diferencia de la conducta asimilada de adquirir a sabiendas moneda falsa en donde, incomprensiblemente, no se exigiría la connivencia al no haber referencia a la misma.

Cabe objetar que, en la mayoría de los casos, a la tenencia habrá precedido una adquisición, con lo cual, podría soslayarse tal interpretación y entender que el grado de connivencia no es sino lo que señala el artículo: como que junto al valor de la moneda, la connivencia, (mucha, poca o ninguna) determinará si la pena se imponen en uno o dos grados inferiores. La referencia del último inciso del párrafo a “la misma pena” lógicamente debe referirse no sólo a que sea la inferior en uno o dos grados a la del párrafo anterior sino a los criterios legales de la fijación de dicha pena, incluida la connivencia, fijados en dicho párrafo como criterios de referencia para optar entre la pena inferior en uno o en dos grados.

No tendría sentido que el mero tenedor para expender tenga que estar en connivencia con el falsificador y el adquirente para ponerla en circulación no necesite estar en connivencia con el falsificador, y sin embargo esté castigado con la misma pena que quien está en acuerdo con el fabricante de la moneda falsa.

No tiene sentido tampoco que para el tenedor de la moneda falsa haya criterios legales de imposición de la pena inferior en uno o en dos grados y que en cambio para el adquirente por ejemplo no sea criterio el valor de la moneda que es el otro criterio de fijación de la pena para la tenencia.

En caso de seguir esa interpretación ¿es que la consciente tenencia de moneda falsa sin connivencia es impune?. Se nos contestaría que para en ese caso se castigaría la adquisición de la moneda. Entonces se nos estaría reconociendo que, en realidad, la connivencia no es más que un criterio de imposición de la pena más que una exigencia del tipo, de manera que a cuanta menos connivencia y valor menos pena, y si no hay ninguna connivencia menos pena aún.

No cabe acudir a que la adquisición consciente de la moneda del último inciso implica por sí misma connivencia y, por tanto, en todo el párrafo se da la exigencia de connivencia, pues la connivencia supuestamente exigida, (que nosotros negamos) en el primer inciso del párrafo segundo debe de serlo con “los autores mencionados en los números anteriores” , es decir, con el falsificador, alterador, introductor o exportador, o con el transportista, expendedor o distribuidor (éstos últimos conniventes con los primeros), con lo cual no sería punible la tenencia de la moneda cuando la adquisición se ha hecho a un mero tenedor de la misma. En conclusión, ni en el primer inciso ni en el segundo inciso del párrafo 2º del art. 386 del C.P. es elemento del tipo la connivencia con el falsificador.

En cualquier caso, visto que la adquisición no puede ser de buena fe, pues en ese caso entraría en juego el párrafo tercero del art. 386 del C.P., lo que resultará clave será que la acusación acredite que la adquisición no ha sido de buena fe, y en ese caso, pese a cualquier interpretación, nos estaremos moviéndonos dentro del segundo párrafo y en la pena inferior en uno o dos grados a la del falsificador es decir, en penas de dos a siete años once meses y veintinueve días. La cuestión se agrava porque incluso no es tan

sencillo que pueda aplicarse sin más el párrafo tercero en los casos de tenencia de moneda falsa en los que no se haya logrado acreditar el conocimiento de la falsedad de la moneda, puesto que este párrafo exige no sólo la mera tenencia sino la posterior expendición o distribución, además de que se supere la cantidad de 400 euros. De esta manera, la tenencia de la moneda falsa exige acreditar el conocimiento de la falsedad de la misma algo que en ciertos casos de mera tenencia sin ningún acto de expendición, puede resultar probatoriamente complicado.

Sobre toda estas cuestiones es relevante la STS 800/2011 de 19 de julio. Los hechos eran los siguientes: “Un sujeto logra pasar un billete de 20 euros falso en un establecimiento comercial e intenta pasar otro billete en un comercio diferente, donde el billete falso fue rechazado, al detectarse su mendacidad. Acto seguido le fueron incautados por la policía otros 16 billetes de 20 euros falsos en el vehículo que conducía.

En el recurso de casación el Ministerio Fiscal no sólo apoyó el recurso de la defensa que postulaba la aplicación del párrafo 3º del artículo 386, sino que vino postular la atipicidad como delito de los hechos. Y ello por el craso error de que la sentencia de instancia no consignase expresamente en los hechos, (aunque era evidente), que a quien se ocupa la moneda conocía su falsedad.

Dice en concreto el T. Supremo que “no consta que el acusado tuviese conocimiento de la falsedad de la moneda desde el momento de la adquisición” luego ya no cabría la aplicación el párrafo segundo del art. 386. Entendía el Fiscal, y admitió la Sala, que la tenencia punible exige lógicamente que el conocimiento de la falsedad concurra desde su adquisición, ello por las razones históricas y sistemáticas que la sentencia recoge, (añado que esta exigencia ya recogía en sentencias precedentes como la 88/1999, de 27/1).

La defensa recurrente en casación postulaba la aplicación del párrafo tercero de dicho artículo dado que, no recogido en la sentencia tal conocimiento de la mendacidad de la moneda, habría de presumirse que la adquisición por tanto había sido de buena fe.

Sin embargo, como sostuvo el Fiscal el párrafo tercero del art. 386 del C.P. exige que la moneda expedida a diferencia del párrafo segundo supere los cuatrocientos euros y, en aquél caso, eran 40 euros la moneda realmente distribuida, esto es, la ofrecida en los dos establecimientos para consumir adquisiciones. Pero incluso aunque sumásemos los 16 billetes luego ocupados al acusado, que no habían sido distribuidos, pero de los que cabe inferir ese propósito, nos quedaríamos en 18 billetes de 20 euros, es decir, en 360 euros.

Conclusión: los hechos eran constitutivos de mera falta del art. 623.4 del C.P., y todo ello por no recoger en la sentencia una obviedad, el conocimiento de que la moneda era falsa. Es cierto que la sistemática del C. Penal es criticable puesto que recurrir a la misma pena que para la tenencia para los casos en los que el expendedor de la moneda falsa no se puede acreditar que ha actuado en connivencia con el falsificador no parece satisfactorio, pues la expendición habría de ser considerada en todo caso como más grave que la mera tenencia cuando se adquirió por el recurrente.

## **XII. ADQUISICIÓN DE MONEDA FALSA**

El segundo inciso del párrafo segundo del artículo 386 incrimina con la misma pena que la tenencia la adquisición de moneda falsa, siempre que esta se haya adquirido sabiendo que lo es, y siempre que se adquiriera con el fin de ponerla en circulación.

Es difícil de comprender el sentido de este tipo, pues si lo que se persigue es castigar a quien adquiere moneda falsa, porque hay que suponer que la va a introducir en el mercado, basta con aplicar la modalidad de introducción, o, en su caso, la de tenencia.

## **XIII. EXPENDICION O DISTRIBUCIÓN DE MONEDA ADQUIRIDA DE BUENA FE**

Conforme a la STS de 29 de enero de 2002, la consumación del delito exige:

a) El hecho de la adquisición de la moneda apócrifa de buena fe, es decir, ello implica que el adquirente haya sido bien engañado por el expendedor de la misma o incluso le haya sido entregada sin tampoco conocer aquél su inautenticidad, pues lo relevante es el desconocimiento de la falsedad, siendo incluso indiferente que la posesión haya sido adquirida en virtud de una transacción lícita o de un hecho ilícito, pues la buena fe se predica de la moneda en si misma pero no del título de su adquisición.

b) Que tenga conocimiento de la falsedad con posterioridad a dicho momento adquisitivo, con la moneda ya en su posesión.

c) Que la moneda falsa sea expendida o distribuida a un tercero, lo que equivale al traspaso de la posesión de las monedas o su reintroducción en el tráfico, bastando para ello el mero acto traslativo,(literalmente dice el T. Supremo que la moneda debe “cambiar de mano”)

d) Que el valor aparente de dicha moneda expendida o distribuida exceda de la cuantía de 50.000 pesetas, (400 euros hoy).

En esta sentencia el T. Supremo recoge la posibilidad de la ejecución en grado de tentativa, afirmación que por extensión cabe efectuar de la expendición en general. Dice el T. Supremo que: “La tentativa supone pasar ya de la fase preparatoria a la de ejecución, pues como señala el precepto indicado existe cuando el sujeto da principio a la ejecución del delito directamente por hechos exteriores, practicando todos o parte de los actos que objetivamente deberían producir el resultado y sin embargo éste no se produce por causas independientes del autor, es decir: objetivamente, se requiere la ejecución parcial o total de los hechos descritos en el tipo penal; subjetivamente, la voluntad del agente de alcanzar la consumación del delito; y, por último, la ausencia de un desistimiento voluntario. Mientras que en relación con los actos preparatorios la regla general es la de su impunidad, cuando se ha pasado ya a la fase ejecutiva del delito el principio que opera es el de la punición de la tentativa con las excepciones señaladas en el artículo 15 C.P.”

Curiosamente, para los supuestos antes referidos de aplicación muy común en la A. Nacional, en los casos en los que el sujeto pasa billetes y ante la imposibilidad de demostración de connivencia con el falsificador se recurre al párrafo segundo del art. 386 que castiga la tenencia, no cabe recurrir a la tentativa de la expendición pues la tenencia está consumada, sin perjuicio de la imperfección de la estafa. Ciertamente, el mencionado párrafo ya castiga lo que la sentencia glosada llama una tentativa de expendición o distribución, y la considera como un acto mucho más grave que el acto del párrafo tercero analizado.

#### **XIV. TIPO SUBJETIVO**

No cabe la comisión imprudente de ninguna de estas modalidades falsarias. A esta conclusión conduce, inexorablemente, el sistema de incriminación cerrada de la imprudencia junto a la ausencia de previsión específica de la modalidad imprudente.

Puesto que el bien jurídico del delito es la función de garantía que desempeña la moneda y dicha utilidad la cumple únicamente cuando es utilizada como medio de pago, el autor deberá operar con finalidad de introducir la moneda en el tráfico o cuanto menos, deberá actuar con conciencia de la idoneidad de la moneda para dicho cometido.

#### **XV. CONCURSO**

Los problemas que conviene señalar son dos:

1) las diferentes acciones del proceso de falsificación y distribución. Que, sin son realizadas por la misma persona deberán tratarse como un solo delito.

2) las defraudaciones que se hayan podido cometer suministrando moneda falsa a personas concretas, que pueden resultar defraudadas, en cuyo caso habrá que estimar un delito diferente por cada una de ellas, si pueden ser individualizadas

## **XVI. LA FALSIFICACIÓN DE MEDIOS DE PAGO DISTINTOS DEL DINERO**

### **1. INTRODUCCIÓN**

Las tarjetas de crédito, débito o pago o los cheques de viaje son sin duda documentos, seguramente mercantiles, pero es también aceptable que esa dimensión documental no puede bastar para absorber la plenitud de lo injusto. Las calificaciones penales posibles deberían aunar ambos caracteres (patrimonial y documental), pero de no introducirse una tipicidad específica, lo más probable sería que se apreciara concurso de delitos (falsedad, de creación o de uso) y estafa. Esa solución podría ser materialmente justa en algunas ocasiones, pero en otras muchas provocaría penas desproporcionadas.

La Reforma introducida por la LO 5/2010 afectó profundamente al régimen penal de las falsificaciones de tarjetas de crédito, hasta entonces tratadas como moneda a todos los efectos. El artículo 387 fue modificado, excluyendo de su ámbito a las tarjetas de crédito o débito o cheques de viaje y las demás tarjetas que puedan utilizarse como medio de pago cuyo régimen pena se traslada al artículo 399 bis.

Hasta la Reforma, esos instrumentos estaban absolutamente equiparados a la moneda misma, lo cual en cierta medida daba satisfacción a indicaciones europeas sobre la necesidad de fortalecer la tutela de esos importantes medios de pago. Pero la equiparación absoluta de la tutela penal, en tipificación y penalidad, resultaba excesiva. Era conveniente una regulación autónoma de esa clase de falsificaciones, y así se había pronunciado la Sala Segunda del Tribunal Supremo en el Acuerdo no Jurisdiccional de 28 de junio del 2002, en consonancia con lo previsto para esta materia en la Decisión Marco 413/2001, de 28 de mayo del 2001, del Consejo de Ministros de la Unión Europea, sobre la lucha contra el fraude y la falsificación de medios de pago distintos del efectivo. Esa Decisión recomendaba la incriminación penal con penas "proporcionadas y disuasorias", lo cual, ciertamente, se conseguía equiparándolas a la moneda, pero daba lugar, en nuestro sistema, a algunos trastornos aplicativos, determinados básicamente por los excesos de atribución de la competencia a la Audiencia Nacional.

A partir de la Reforma, el artículo 65 -1 -b) de la LOPJ atribuye a la Audiencia Nacional el conocimiento de los delitos de "falsificación de moneda, delitos monetarios y relativos al control de cambios". Esa atribución competencial se relacionaba con el anterior texto del artículo 387, que colocaba en pie de igualdad las falsificaciones de moneda y las de las tarjetas de crédito y otros instrumentos de pago. La Reforma ha limitado el contenido de ese artículo reduciéndolo a la moneda, con lo cual ha limitado a la vez las competencias de la Audiencia Nacional. De ese modo, la totalidad de las conductas de falsificación de tarjetas de crédito, etc., tanto si es fabricación como tenencia, uso o distribución, se regirá por las reglas ordinarias de atribución de la competencia.

## **2. EVOLUCION LEGISLATIVA**

La evolución histórica del delito de falsificación de moneda puede decirse que se ha dirigido a la ampliación del bien jurídico protegido, que en un principio se circunscribía a la moneda nacional. Primero se amplió a la moneda extranjera y posteriormente a distintos medios de pago, ya en el C. Penal de 1995. Esta expansión ha sido derogada por la LO 5/2.010 de reforma del Código Penal que va a dar autonomía propia al delito de falsificación de tarjetas de crédito y débito y cheques de viaje respecto del delito de falsificación propiamente de moneda.

En tiempos del Código Penal de 1973, carente de una regulación expresa sobre la materia, se otorgaba a las tarjetas bancarias el rango de documento mercantil. Así, la creación por imitación de una tarjeta o la manipulación de una tarjeta legítima se castigaban como tales falsedades, (STS. 3-12-1991). Las dificultades surgían en los casos de alteración o manipulación de la banda magnética fijada en la tarjeta, la cual, tenía difícil encaje en el concepto vigente entonces de documento ya que, más que el soporte que constituye la tarjeta y que podía entenderse como documento, la banda magnética pertenecía más bien al contenido como pensamiento o realidad que reflejaba dicha banda no directamente accesible al encontrarse oculto y codificado en un lenguaje lógico informático que sólo podría visualizarse a través de la pantalla de un ordenador o ser impreso.

La situación se solventa, en parte, con el nuevo concepto de documento, (art. 26 del C. Penal de 1995), y con la equiparación entre moneda metálica y/o al papel moneda, y tarjetas de crédito, de débito y cheques de viaje, (art. 387), que introduce el legislador en el Código Penal de 1.995 (L.O. 10/1995 de 23 de Noviembre), sin embargo, al despenalizar el comportamiento típico de la alteración de moneda en el art. 386, la conducta más habitual, la manipulación de la banda magnética se ha de ver incardinada de manera algo forzada en el punto primero de dicho artículo, como fabricación d moneda. No obstante, el acuerdo no jurisdiccional del Pleno del T. Supremo de 28 de junio de 2.002 del T. Supremo zanjó la cuestión optando por subsumir las alteraciones en la banda magnética de una tarjeta auténtica

La ampliación prosigue con la L.O. 15/2003 de 25 de noviembre, abarcando el concepto de moneda a “las demás tarjetas que se usan como medio de pago”, ello en desarrollo de la Decisión Marco del Consejo de la Unión Europea de 28 de mayo del 2001 que instaba a la protección penal de las conductas atentatorias a estos medios de pago, favoreciendo la cooperación a nivel internacional contra el fraude y la falsificación de medios de pago, que prevé la imposición de “sanciones efectivas, proporcionadas y disuasorias para las personas físicas y jurídicas que cometan o sean responsables de tales delitos”. En dicha reforma se recupera además como acción típica la alteración de la moneda, conducta donde se incardina perfectamente la alteración de la banda magnética.

La reforma operada el 2010 quiebra esa equiparación y ampliación del concepto penal de moneda con un tratamiento autónomo de la falsificación de las tarjetas de crédito y débito, así como a los cheques de viaje, creando una sección específica en el capítulo II, del título XVIII, del libro II del CP, modificando además la previsión punitiva anterior por la de 4 a 8 años de prisión, y sancionando como conducta típica a quien alterar, copiare, reproducere o de cualquier otro modo falsificar tarjetas de crédito o débito o cheques de viaje, suprimiendo la pena de multa inaplicable en el caso de la falsificación de tarjetas como ya había sentado la jurisprudencia.

La tarjeta de crédito pasa de la condición de moneda a la de documento, superando las diferencias materiales y conceptuales entre el dinero de curso legal, (la

moneda y el papel moneda) y el dinero de plástico que legalmente eran las tarjetas hasta entonces.

Las razones de dotar de autonomía a este delito ya venían apuntadas por el propio Tribunal supremo en su Pleno acuerdo no jurisdiccional de 28 de junio de 2.002 y por la doctrina, que reclamaban un tratamiento específico de estas conductas para evitar una artificiosa y desproporcionada asimilación de aquello que por su naturaleza y por su eficacia como instrumento de pago, debía tener configuración autónoma y el establecimiento de penas adecuadas para cada supuesto. Tras la reforma de 2010 la pena asignada a la falsificación de tarjetas es sensiblemente inferior a la pena que se impone en la falsificación de moneda que aún para parte de la doctrina es demasiado severa y lejana de las penas que corresponde a las falsedades mercantiles en general. En mi opinión el potencial lucro ilícito que implica en sí misma la falsificación de tarjetas de crédito justifica claramente la pena fijada por el legislador.

La situación anterior al 2010 planteaba numerosos problemas como el de la mera tenencia de tarjetas o el de las tarjetas en blanco, etc., que veremos en el desarrollo de las acciones típicas del nuevo tipo del art. 399 bis del C. Penal introducido por la reforma citada.

La protección penal de las tarjetas de crédito se sitúa entonces en un terreno intermedio entre la protección de la moneda y la de los documentos mercantiles (Sentencia TS 284/2011, 11 de abril). En este sentido debe distinguirse entre un genuino medio de pago y los instrumentos de pago, los primeros en la órbita de instancias financieras nacionales o supranacionales y los segundos en la de las entidades privadas.

La reforma se completó con la modificación del aspecto procesal con una decisiva modificación del art. 65.1.b de la Ley Orgánica del Poder Judicial en la D.F. 3º de la Ley acabando con la competencia exclusiva de la Audiencia Nacional en materia de falsificación de moneda y tarjetas de la que se hablará en el epígrafe correspondiente.

### **3. OBJETO MATERIAL DEL DELITO**

Como ya hemos dicho, el objeto del delito de falsificación de tarjetas de créditos había venido experimentando una ampliación deshaciendo dicho camino recientemente el legislador. Así, en el originario art. 387 del C. Penal se equiparaba a la moneda metálica y al papel moneda las “tarjetas de crédito, las de débito y los cheques de viaje”.

A partir del 1 de octubre de 2004 por L.O. 15/2003 se amplía el objeto del delito a “las demás tarjetas que puedan utilizarse como medio de pago”. Para finalmente a partir de 24 de diciembre de 2010 tras la entrada en vigor de la L.O. 5/2010 volverse a suprimir del art. 387 las referencias a la tarjeta de crédito suprimiendo la anterior equiparación para que recoger el vigente art. 399 bis nuevamente la mención exclusiva a las “tarjetas de crédito, las de débito y los cheques de viaje”.

Desde la equiparación entre la moneda y la tarjeta de crédito, siempre se ha considerado como tales las tarjetas bancarias, en cuanto a que son las únicas que pueden considerarse dotadas de la protección penal especial que tuvieron en el Código penal en cuanto que a semejanza del papel moneda son las únicas que tienen una validez general como instrumentos de pago. Así lo destacaba la doctrina, a título de ejemplo cuando sostiene que: “las tarjetas de crédito y débito son documentos emitidos por una entidad crediticia que permiten a su titular a través de la presentación de las tarjetas o de su introducción en un cajero automático, pagar bienes o servicios obtener una suma dineraria. Y tarjetas de crédito o de débito lo serán todas aquellas que tengan una validez general como instrumentos de pago, de suerte que aquellas que son un medio de pago propio tan solo de una determinada clase de establecimientos, no constituyen los instrumentos objeto de la presente regulación penal”.

Sin embargo, tras la reforma de L.O. 5/2010 el legislador en la redacción del art. 399 bis vigente relativo a la falsificación de tarjetas que ha vuelto a suprimir tal expresión, la confusión que pudiera haber generado la anterior redacción del art. 387 del C. Penal queda superada pues dicha disposición se refiere exclusivamente a las tarjetas de débito y crédito definidas por la doctrina como bancarias o emitidas al menos por una entidad financiera, que no por una empresa petrolera por el ejemplo para, esencialmente, fidelizar al cliente adquiriendo combustible en sus gasolineras asociadas y permitiendo otras ventajas como el pago de peajes.

La aplicación retroactiva de la ley a favor del reo permite superar cualquier problema de derecho transitorio respecto de hechos cometidos antes de la reforma del C. Penal por lo que la falsificación de otro tipo de tarjetas sólo podrá considerarse una falsedad ordinaria en documento mercantil sin perjuicio de la calificación que por el ánimo de lucro o el perjuicio causado se pueda añadir con el uso de tales instrumentos. Es decir, que se excluyen las tarjetas de compra o de cliente, las de caja abierta o permanente, las tarjetas de prepago y dentro de ellas las cibertarjetas o tarjetas virtuales. Esta es la línea marcada por la Circular 3/2010 de 23 de diciembre de la Fiscalía General del Estado. Es claro que no cabe una analogía in malam partem y extender la aplicación del art. 399 bis a ese tipo de tarjetas. Así decía la Fiscalía General.

“Esta categoría, que fue asimilada a las tarjetas de crédito o débito a través de la reforma operada en el artículo 387 por Ley Orgánica 15/2003, se ha considerado aplicable a las tarjetas expedidas por comercios y grandes almacenes, así como a las emitidas para pago de autopistas o a las tarjetas regalo entre otras, documentos, que sin ser tarjetas de crédito o débito emitidas por un banco, funcionan como auténticos medios de pago que permiten incluso la obtención de crédito o pagos aplazados con o sin intereses. Al no integrarse estos instrumentos de pago en los supuestos previstos en el artículo 399 bis, habrá que considerar que las conductas falsarias que recaigan sobre estos tipos de tarjeta deberán encuadrarse a efectos punitivos en el marco de las falsedades en documento mercantil, cuya previsión penológica en el nuevo Código Penal, de 6 meses a 3 años de prisión y multa de 6 a 12 meses, al ser notablemente inferior a las penas del artículo 386 hará precisa la revisión de las sentencias condenatorias pendientes de ejecución o en ejecución al 23 de diciembre de 2010 y a la adaptación correspondiente de los escritos de acusación que se hubieren formulado por hechos de esta naturaleza”.

Profundizando algo más en estos conceptos diríamos que las tarjetas de crédito y débito son documentos mercantiles que emiten las entidades bancarias o financieras, las primeras para acceder a una línea de crédito con la entidad emisora, pudiendo utilizarse como medio de pago o como vehículo de obtención de un adelanto en efectivo. A diferencia de las tarjetas de débito en donde no hay relación crediticia alguna entre la entidad financiera y su titular, quien efectúa los pagos o extrae capital con cargo a sus

propios fondos que ha depositado previamente en una entidad bancaria y el cargo se produce de modo simultáneo en la cuenta a la operación de compra.

Existen tarjetas híbridas que a partir de cierta cantidad son de crédito y hasta ella de débito. No obstante, pese a las diferencias de soporte contractual su apariencia física es igual

Entre las tarjetas de crédito cabe distinguir dos tipos:

-las emitidas por entidades bancarias mediante contrato de franquicia con alguna de las compañías de tarjetas, como MasterCard o Visa, en la que concurre un sistema de pago cuatripartito conocido como abierto; concurren un comprador que usando la tarjeta hace el pago, una entidad de crédito que la expide, un empresario que acepta la venta pagada con la tarjeta y la entidad de crédito que realiza la función de pago a favor del empresario.

-las emitidas directamente por empresas que conciertan con su admisión con los establecimientos, son las denominadas de sistema de pago tripartito o cerrado, en las que sólo hay una entidad de crédito, que es la propietaria de la marca de la tarjeta, el adquirente y el establecimiento.

Quedan fuera por tanto del ámbito del art. 399 bis las siguientes tarjetas:

-Tarjetas de prepago, en las que se abona un bien o servicio antes de su utilización, a través de un chip o banda magnética se reclama la entrega del bien o servicio pero la liquidación de la deuda con el emisor se hace por adelantado. Pueden ser tarjetas de finalidad única como es el caso de las tarjetas telefónicas o de transporte público, o las de video club; por el contrario en las de finalidad múltiple la tarjeta es aceptada por un tercero distinto del emisor para el pago de determinados bienes y servicios, como es el caso del monedero electrónico que funcionan como tarjetas de prepago de finalidad múltiple. La diferencia con las tarjetas de débito y crédito es que en estas el pago de la compra es on-line, mediante conexión telefónica y en las de prepago sería off-line sin conexión telefónica entre el comercio y la entidad.

Sobre estos tipos de tarjetas la Consulta 3/2001, de 10 de mayo de la Fiscalía General del Estado, en cuanto a la calificación jurídico penal de la utilización, en las cabinas públicas de teléfonos, de instrumentos electrónicos que imitan el funcionamiento de las legítimas tarjetas prepago, se pronunció en igual sentido, señalando que las tarjetas prepago de la compañía Telefónica no son tarjetas de crédito o de débito: “ya que la emisión de la tarjeta (ya sea de crédito o de débito) se basa en ambos casos en la existencia de un contrato subyacente, muy distinto de aquel en virtud del cual se adquiere una tarjeta prepago. En el caso de la tarjeta de crédito, el emisor de la tarjeta concede un crédito a su titular que le permite disponer en sus pagos hasta un determinado límite sin necesidad de anticipar el dinero, lo que obviamente no sucede en la tarjeta prepago, que como su propio nombre indica se obtiene previo pago de la cantidad de dinero correspondiente.

En el caso de la tarjeta de débito, el emisor de la tarjeta permite al titular realizar una serie de pagos con cargo a un depósito de dinero previamente constituido (por lo general una cuenta bancaria) y hasta el límite de dinero disponible en dicho depósito en cada momento, lo que tampoco sucede en la adquisición de la tarjeta de Telefónica, que se obtiene mediante el pago de una cantidad que el comprador entrega en concepto de precio (por la utilización de los servicios que la compañía presta para realizar llamadas, durante un determinado tiempo y hasta el límite máximo de la cantidad entregada) y no para constituir un depósito de dinero con cargo al cual pueda ir realizando las llamadas, lo cual le permitiría entre otras cosas poder retirar del depositario la cantidad de dinero no utilizada, algo evidentemente impensable cuando se adquiere una de estas tarjetas. Además y para disipar definitivamente cualquier género de duda, hay que tener presente que tanto la tarjeta de crédito como la de débito son siempre documentos nominativos, personalísimos e intransferibles, al contrario de la tarjeta prepago, que puede ser objeto de ulterior transmisión y en consecuencia utilizada por cualquier usuario, sea o no aquél a quien haya sido originalmente vendida”

-Tarjetas virtuales o cibertarjetas bancarias usadas para el pago en internet que no suelen tener un soporte físico y en las que previamente es necesario cargar el saldo que se pretende gastar.

-Tarjetas comerciales, de cliente o privativas, por las que un comerciante ofrece a sus clientes unas condiciones determinadas y favorables en las compras que haga en su establecimiento como por ejemplo la tarjeta del “Corte Inglés” o la tarjeta “Solred” que pese a su apariencia física en realidad no otorgan ningún crédito ni se puede obtener dinero con ellas, a lo sumo se permite fraccionar o diferir el pago, aquí hablaríamos, de tarjetas bilaterales al entrar en juego tan solo el emisor de la tarjeta y el consumidor.

-También estarían excluidas las tarjetas de caja abierta o permanente que sólo permiten obtener fondos o realizar en general operaciones bancarias en las redes de cajeros automáticos de una determinada entidad, de manera que son también tarjetas de tipo bilateral, y no hay una red de establecimientos conectados a un sistema que acepte el pago. Estas tarjetas y las anteriores no son, por tanto, auténticos medios de pago en sentido estricto.

Un problema planteado en la práctica y de no fácil resolución antes de la reforma del 2010 era el caso de las tarjetas en blanco, que carecen de una identificación subjetiva externa y de apariencia de autenticidad y resultaba difícil calificarlas de tarjetas de crédito a los efectos de su falsificación. Su fabricación tampoco era calificable como acto preparatorio de la estafa informática del anterior art. 248.3 del C. Penal, (hoy art. 248.2 b) que sólo castiga como acto preparatorio “la fabricación, introducción, posesión o facilitación de programas informáticos específicamente destinados a la comisión de estafas” sin que la fabricación de una tarjeta en blanco pueda adaptarse a tal objeto siendo instrumentos tan sólo destinados a usarse en cajeros automáticos o tal vez en un establecimiento connivente.

Así la STS de 30 de mayo de 2009 estableció:

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

De esa manera no aparecería, como dice la Sentencia anteriormente citada, ningún dato referente al titular de tales tarjetas, ni podían servir éstas, correlativamente,

para ser utilizadas en el ámbito mercantil, sino exclusivamente podían llevarse a cabo operaciones en cajeros automáticos, mediante el uso de una clave y una manipulación informática o artificio semejante, que satisface plenamente las exigencias del tipo penal contemplado en el art. 248.2 del Código penal.

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

Por tanto, desde esta perspectiva, y de acuerdo con la doctrina más extendida de esta Sala Casacional, sobre todo a partir del Acuerdo Plenario citado, estos hechos son atípicos desde la óptica del párrafo segundo del art. 386 del Código penal”.

En esta sentencia se trata además el problema de la extracción de dinero con estas tarjetas antes de la reforma de 2010 del C. Penal, inclinándose el T. Supremo por la estafa del art. 248.2 en cuanto a valerse "de alguna manipulación informática o artificio semejante" para conseguir una transferencia no consentida de cualquier activo patrimonial en perjuicio de tercero; tema éste solventado claramente por la reforma del año 2010 introduciendo el art. 248.2 c) del C. Penal, soslayando en estas conductas la ausencia de engaño de la estafa tradicional.

Autores entienden que con la expresión “de cualquier otro modo falsifique” se incluiría también la conducta que consiste en la clonación del original, completo o únicamente de los dispositivos necesarios para su uso fraudulento como el chip o la banda magnética, sin imitar el embozo de la tarjeta. También sostienen algunos autores la tipicidad de la creación de tarjetas en blanco y lo pone en relación con el elemento subjetivo del delito ínsito de destinar la fabricación al uso fraudulento de la tarjeta, así si la intención del sujeto es su uso como medio de pago en comercios la aptitud de la falsedad se vinculará tanto al hecho de su apariencia externa como al de su operatividad electrónica, pero si lo que pretende es su uso terminales no manejados por una persona, decae la circunstancia de la apariencia externa y gana la de los elementos de seguridad necesarios para su utilización, de manera que dicha tarjeta en blanco aun no apta para engañar a una persona en cuanto a su autenticidad es apta para su operatividad en un cajero.

Capítulo aparte merecen los cheques de viaje, que desde la equiparación de las tarjetas con la moneda han acompañado a aquéllas en la punibilidad de su falsificación. Se trata de auténticos títulos valores librados por instituciones bancarias, financieras o incluso por grandes compañías turísticas a nombre de quien los firma en el momento de su emisión y que para hacerse efectivos ante otra entidad o pagar con ellos bienes o servicios han de ser nuevamente firmados en presencia del recepcionista o cajero. El tenedor ha pagado en moneda nacional previamente a la entidad libradora la suma que figura en el mismo y que aquélla extiende en divisa para que pueda cobrarse en el extranjero en otra entidad integrada en el sistema con la presentación y firma ya dicha. Es un medio para contar con disponibilidad de metálico en viajes al extranjero, aunque es un instrumento en cierto desuso debido a la mayor facilidad de las transferencias bancarias y el uso de las propias tarjetas bancarias. Una modalidad muy extendida es el Eurocheque en el que se emite una tarjeta de garantía por la entidad libradora a nombre del poseedor de los eurocheques y que debe ser también presentada en el momento del pago. El soporte físico del cheque de viaje porta medidas de seguridad además para evitar la falsificación como gránulos coloreantes, planchetas coloreadas, puntos sólo vistos con luz ultravioleta, etc., algo semejante al papel moneda.

#### **4. CONDUCTAS TÍPICAS**

En el artículo 399 bis del Código Penal se consagran tres conductas típicas, a saber, la falsificación, la tenencia destinada a la distribución o tráfico y el uso. El objeto material sobre el que recaen las mismas son las tarjetas de crédito o débito y los cheques de viaje.

Esos medios de pago son, en esencia, las tarjetas de crédito o débito y otras que puedan ser utilizadas en transacciones, así como los cheques de viaje. Las acciones y situaciones que pueden darse con estos instrumentos son diversas:

1) el llamado clonig o skimming; consiste en la duplicación de tarjetas de crédito sin que estas sean sustraídas del titular, que no sabe siquiera que le han copiado

la tarjeta y por eso no presenta denuncia hasta que revisa su resumen a fin de mes, lo que da tiempo a los estafadores a lucrarse sin riesgo alguno.

2) además del clonaje, se ha producido la copia de la información contenida en las bandas magnéticas, y para eso basta con haber usado la tarjeta en un restaurante o en una tienda (a eso se añaden las tarjetas perdidas o robadas, que según algunos cálculos suponen el 25% de todas las que se usan fraudulentamente);

3) siguen los fraudes cometidos sin utilizar físicamente la tarjeta, lo que se hace por quienes obtienen el número y la fecha de caducidad de la tarjeta, para luego comprar cosas utilizando estos datos. Quienes lo hacen, obtienen la información específica de las tarjetas de sus víctimas, por ejemplo, ofreciendo compras o servicios inexistentes por Internet.

La copia o clonación de tarjetas de otras personas puede servir, en la misma medida, para perjudicar patrimonialmente a los titulares de la tarjeta copiada o a quien la acepta como medio de pago y luego resulta defraudado al negarse por el banco su validez o, en fin, al propio banco si es acusado de no haber aplicado la diligencia debida en verificar la capacidad de sus lectores para identificar la tarjeta. Pueden pues ser varios y de diferente posición los perjudicados, pero lo que está claro es que siempre se tratará de un daño patrimonial que las más de las veces caerá sobre el titular de la tarjeta. La respuesta legal se resuelve en dos solo preceptos.

"Art.248

Cometen estafa los que, con ánimo de lucro, utilizaren engaño bastante para producir error en otro, induciéndolo a realizar un acto de disposición en perjuicio propio o ajeno.

2. También se consideran reos de estafa: [...]

c) 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".

Entre las falsedades, y desde la Reforma de la LO 5/2010, tenemos:

"Art.399 bis

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

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

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

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

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

Por lo tanto, el régimen legal vigente se escinde en dos vertientes:

- 1) las defraudaciones cometidas con tarjetas y
- 2) las falsificaciones de tarjetas.

De ese modo, el legislador atiende a una solicitud doctrinal antigua: que se contemplara una específica forma de estafa, como se hace con otras acciones propias de la criminalidad moderna –el artículo 248 describe la estafa por manipulación informática o artificio semejante y el artículo 239 considera llave falsa a las tarjetas, magnéticas o perforadas, y los mandos o instrumentos de apertura a distancia– describiendo también una estafa cometida con tarjeta de crédito, ya sea la sustraída al

propietario o la clonada, aquella cuyos datos han sido copiados, que es la modalidad que resulta problemática, y que en manera alguna puede entrar en el concepto de fabricación

Por otra parte, ya un Acuerdo de Pleno de la Sala II del TS manifestó también la conveniencia de la inclusión, en el Código penal, de un precepto específico que contemple los actos de falsificación de tarjetas, con establecimiento de las penas adecuadas para cada supuesto, en consonancia con lo previsto para esta materia por la Decisión Marco del Consejo de Ministros de la Unión Europea sobre "la lucha contra el fraude y la falsificación de medios de pago distintos del efectivo", de 28 de mayo del 2001. Eso es lo que ha sucedido por medio del nuevo artículo 399 bis.

Debe sostenerse a su vez la misma interpretación restrictiva efectuada en el ámbito del art 248.2.c), lo que nos conduce a excluir de la aplicación de este artículo, las falsificaciones efectuadas sobre las demás tarjetas que puedan utilizarse como medios de pago -las tarjetas de compra o de cliente, las tarjetas de caja abierta o permanente, las tarjetas prepago y dentro de ellas las cibertarjetas o tarjetas virtuales etc.-. Sin embargo, la falsificación de estas tarjetas no quedará impune pues se castigara por el delito de falsificación en documento mercantil.

No se tipifica, expresamente, la tenencia de útiles para la clonación de tarjetas. Bien es cierto que las graves consecuencias que pueden producirse hacen que la tecnología de la clonación sea considerable como peligrosa, como sucede con los útiles para la falsificación de moneda. Ahora bien, la citada tecnología es muy variada, incluyendo desde máquinas de fotografía holográfica de tarjetas de crédito hasta software para clonación.

Del tenor literal del precepto se desprende que las tres primeras modalidades de acción son en realidad especies de la cuarta, la falsificación.

La primera modalidad delictiva que aparece enumerada en el precepto es la "alteración". Se podría definir como la manipulación de carácter material efectuada en alguno de los componentes de una tarjeta o de un cheque de viaje legítimo. Por ejemplo, en el caso de las tarjetas, esta alteración se puede producir en la banda magnética o en

los demás datos o elementos contenidos en el soporte de plástico: el nombre de su titular, el número de tarjeta, la firma, el holograma de seguridad, etc.

La segunda modalidad delictiva es la “copia o reproducción”. En ella tendría cabida la práctica conocida como “clonación de tarjetas” o skimming, que es la más extendida y utilizada en la actualidad. Consiste en la duplicación de los datos contenidos en la banda magnética para confeccionar otra tarjeta que puede ser utilizada sin necesidad de desposeer al legítimo poseedor de la suya. Para obtener los datos que constan en la banda magnética, se suelen utilizar fundamentalmente dos métodos.

El primero es el de la colocación de un escáner en el lector de la banda magnética de los cajeros automáticos conectado a un reproductor mp3 de reducidas dimensiones en el que se graban los datos de las tarjetas bancarias. Para ocultar estos dispositivos de grabación se utilizan carcasas fabricadas en policarbonato o metacrilato, pintadas en el mismo color y textura que la interfaz del cajero automático. Las carcasas son pegadas a la superficie del cajero haciendo coincidir las ranuras de las tarjetas o skimmings mediante cintas adhesivas de doble cara. Para completar el método de la información contenida en las tarjetas se necesita el número PIN del usuario, que se obtiene, bien mediante la superposición de un teclado adicional de las mismas características que el propio cajero, que posee un sistema electrónico en miniatura que va almacenando las pulsaciones de los usuarios, bien mediante la instalación de videocámaras en miniatura.

El otro método tiene lugar en comercios, restaurantes, bares, gasolineras, etc, en los que el cliente entrega su tarjeta para abonar el importe de su compra. Además de pasar la tarjeta por el datáfono, el empleado del establecimiento pasa la tarjeta por el lector obteniendo de esa manera los datos de la tarjeta. A este supuesto se refiere la STS de 11-4- 2011 que juzga el caso de un individuo que se dedicaba a fabricar tarjetas de crédito falsas que utilizaba para la obtención de dinero directamente o como pago en comercios de la Costa del sol, y para ello contaba con los servicios de un camarero de un restaurante que le facilitaba los números de tarjetas de crédito con las que pagaban los clientes del establecimiento, a través de un lector facilitado por aquél. El mismo modus operandi aparece en la STS de 24-11-2010.

Una vez que se han copiado los datos de la tarjeta, por uno u otro procedimiento los delincuentes proceden a duplicarla para su posterior utilización en la adquisición de bienes y servicios o la obtención de dinero. Esta duplicación o clonación puede ser total o parcial. En el primer caso se procede a confeccionar de manera íntegra una nueva tarjeta sobre la base de la auténtica. A ello normalmente se acompaña la falsificación de la documentación identificativa correspondiente (D.N.I., pasaporte). En el segundo caso únicamente se graban los datos en la banda magnética adherida a una “tarjeta blanca” (soporte de plástico sin troquelar y en el que no aparece ningún dato) y se procede a su utilización en cajeros automáticos para sacar dinero introduciendo el número PIN que se ha obtenido previamente de manera subrepticia.

En este sentido la STS 663/2009, se ocupa del caso de varios individuos a los que se les aprehendió 57 “tarjetas blancas” con banda magnética donde se habían introducido los datos de otras legítimas y que se habían utilizado para efectuar numerosas extracciones de diversos cajeros automáticos de entidades bancarias de Madrid. Cada una de estas tarjetas tenía manuscrito en la parte superior derecha numeraciones pertenecientes al número identificador de la tarjeta y a los Códigos PIN.

Por último, encuentra acomodo en esta modalidad delictiva a través de la cláusula de cierre “de cualquier otro modo falsifique” la “creación” de una tarjeta o cheque de viaje. En estos supuestos el delincuente confecciona, fabrica ex novo el medio de pago sin que éste haya existido antes.

Software para clonación. Es software capaz de crear números aleatorios de tarjetas de crédito, que pueden coincidir o no con la realidad (también en este bloque se emplean programas capaces de interceptar números de tarjetas de crédito que circulan por la Red sin estar encriptadas), máquinas para copiar hologramas de tarjetas (por ejemplo, los de VISA o MasterCard), lectores magnéticos capaces de atrapar información y que son muy pequeños pero capaces de leer la tarjeta y el código de la banda y con eso se hace la copia de la tarjeta o clonación.

Pero eso no es todo, sino que muchos de esos instrumentos son aparatos que no tienen por qué estar orientados a la falsificación o clonación de tarjetas, por lo que su tenencia podría ser equívoca. No es aplicable la imagen del falsificador de moneda al

que se encuentra con placas que reproducen billetes, porque no es tan sencillo. Habrá casos en que será posible (plásticos preparados para la impresión de los hologramas, bandas magnéticas listas para ser incorporadas, etc.), pero en otros no será tan sencillo.

## **5. FALSIFICACIÓN**

### **1. ACCIÓN**

La tres primeras modalidades “altere, copie, reproduzca” son realmente especies de la cuarta la falsificación. Como la expresión “altere” cobra toda vigencia delictiva con la conducta de alteración de la banda magnética de las tarjetas, así como también con la manipulación del nombre o del holograma de seguridad.

Copiar o reproducir son propiamente actividades de fabricación de tarjetas, en donde tendrían cabida la clonación de tarjetas o skimming, con la duplicación de los datos contenidos en la banda magnética de una tarjeta que instalada en otro soporte permite su uso fraudulento sin necesidad de desposeer al legítimo poseedor. Los métodos para la obtención de las numeraciones alojadas en las bandas magnéticas son variados:

-instalación de un escáner en el lector de la banda magnética de los cajeros automáticos conectado a un reproductor mp3 donde se graban los datos de las tarjetas, usando carcasas para la ocultación de los dispositivos altamente sofisticados en muchos casos que los hacen imperceptibles.

-la connivencia del empleado o propietario de establecimiento que, al tiempo que pasa las tarjetas por el datáfono, las pasa por un lector que graba los datos de las tarjetas, (ATS 18/09/2008 que inadmite a trámite el recurso de un camarero condenado como autor criminalmente responsable por cooperación necesaria en un delito de fabricación de moneda falsa en su versión de tarjetas de crédito, previsto y penado en los artículos 386, párrafo 1º, inciso 1º, y 387 del Código Penal; en el mismo sentido STS. 1088/2010 de 20 de diciembre).

-uso de programas de internet por los que se obtienen masivamente las numeraciones.

La expresión “de cualquier otro modo falsifique” además de los casos ya mencionados de tarjetas en blanco se referiría a la creación total ex novo de la tarjeta.

Se admite ocasionalmente la imperfección delictiva, así algún autor sostiene que la conducta de copiar la banda magnética sin llegar a duplicar la tarjeta podría entenderse como tentativa del delito de falsificación, sin perjuicio de lo que diremos acerca del delito de tenencia de útiles, castigado con la misma pena que la fabricación que, en todo caso, sería de aplicación preferente. En cualquier caso, como en el supuesto del camarero, la jurisprudencia se aproxima más a la consumación que a la tentativa, como el caso del ATS 26/04/2007 en el que el recurrente se limitaba a proporcionar lectores de bandas magnéticas al objeto de que se copiasen las bandas magnéticas y se clonasen tarjetas.

También la tendencia de la jurisprudencia entre la cooperación necesaria y la complicidad es tendente a la primera, además del caso del camarero más arriba citado, es prototípico quien se limita a facilitar su foto o incluso su nombre para la confección de la documentación que ha de acompañarse a la tarjeta falsificada para utilizarla en un comercio. Así se recoge por el ATS de 26-6-2006.

Como igualmente sostiene en la STS. 470/2008 de 18 de julio en cuanto a la aportación de fotografía: “no se dice simplemente que el acusado tuviera las tarjetas, sino que, como se verá con más detalle en el siguiente motivo, al tratar de la prueba, hizo una aportación imprescindible para que las mismas pudieran ser fabricadas, en todos sus elementos, incluida la información en soporte magnético que almacenaban. Y, siendo así, la aplicación de los preceptos que se dice pasa por la del art. 28, segundo inserto c) C penal. Un modo de proceder inobjetable, ya que el acusado cooperó a esa acción de forma imprescindible ("necesaria") para que pudiera llevarse a cabo; y lo así fabricado fueron tarjetas de crédito, que en el art. 387 C penal y a sus efectos reciben el tratamiento de la moneda. Tal es la lectura obligada de los preceptos de referencia, a tenor de una jurisprudencia tan conocida como reiterada (por todas STS 42/2008, de 18 de enero y 287/2007, de 4 de abril, que oportunamente cita el Fiscal), (...) Pues bien, lo

primero que debe ponerse de manifiesto es que la objeción del recurrente no toma en consideración, con la precisión exigible, el modo de discurrir de la sala de instancia, porque lo cierto es que ésta no atribuye al acusado la elaboración material de las tarjetas , como parece sugerir, sino una intervención esencial para que ese proceso pudiera tener lugar.(...) En efecto, pues del resultado acreditado, de existencia de la tarjeta de residencia y de las dos tarjetas de crédito, las tres falsas, constando en la primera la fotografía del que ahora recurre y un nombre imaginario, que es el que se reitera en estas últimas, sí está autorizado -es inevitable, incluso- inferir que la creación de tales instrumentos se hizo a su instancia y ello sólo fue posible porque él mismo facilitó la fotografía; aportando de este modo un presupuesto fáctico de una relevancia sine qua non para que la acción inicial descrita en la sentencia y las posteriores pudieran tener lugar”

O la sentencia STS.580/2009 de 27 de mayo en cuanto a facilitar datos de filiación:

“En definitiva no es posible la equiparación entre el delito de tenencia de dinero y el de tenencia de tarjeta, por lo que esta última tenencia será atípica. Atípica a salvo de que la tarjeta falsificada contenga algún dato, identificador coincidente con el de su poseedor, porque en tal caso debería ser considerado como "fabricante" de la tarjeta , ya que con independencia de quien efectuase los textos troquelados correspondientes, si apareciera en la propia tarjeta como titular de la misma el poseedor, a no dudar se estaría en un supuesto de fabricación pues el poseedor habría facilitado ese dato al fabricante material, y esta facilitación del dato le convertiría en autor por cooperación necesaria, de igual manera que lo es quien facilita al falsificador de un documento de identidad su fotografía o datos personales.”

## **2. FORMAS DE APARICIÓN DEL DELITO**

En lo tocante a las formas de aparición del delito, las mayores dudas se suscitan en el ámbito del skimming. Concretamente se plantea si la simple copia de la banda magnética consume ya el delito del artículo. 339 bis 1) o habría que castigar dicha

conducta únicamente a título de tentativa. Pensemos, por ejemplo, en el caso en el que el delincuente consigue grabar los datos obrantes en la banda magnética mediante un lector colocado en la ranura de un cajero automático, pero que posteriormente no llega a duplicar la tarjeta al ser detenido por la policía.

A pesar de que el tenor literal del precepto podría abonar o dejar abierta la puerta a la tesis de la falsificación consumada, creemos que nos hallamos aquí ante una tentativa de falsificación de dichos instrumentos de pago- debiéndole aplicar el juez la pena inferior en uno( 2 a 4 años) o dos grados( 1 a 2 años-, pues al referirse el tipo a la “copia o reproducción” lo hace respecto a la tarjeta, como documento o instrumento de pago material y tangible.

Un segundo supuesto problemático sería el de la calificación o determinación del grado de participación del sujeto que, sin intervenir en el acto de falsificación, proporciona bien la numeración de las tarjetas -así por ejemplo, camareros de restaurantes, empleados de comercios o gasolineras etc., que actúan en connivencia con el falsificador-, bien sus datos personales o identificadores para que le confeccionen “a medida” la tarjeta falsa en orden a su posterior empleo fraudulento.

El TS se decanta, con buen criterio, por castigar a dichos sujetos como cooperadores necesarios -que tienen asignada la misma pena que los autores, art. 28 CP- y no como cómplices-a los que les corresponde pena inferior en grado a la fijada para los autores, art 63 CP(de 2 a 4 años)-.

En este sentido se pueden traer a colación las SSTS de 20-12-2010 y 27-5-2009. En la primera de ellas se afirma que "la facilitación de las correspondientes numeraciones para la confección.

de tarjetas falsas por los otros acusados constituye una cooperación necesaria en el hecho falsario, ya que aquella aportación era determinante e imprescindible para ello".

En la segunda se sostiene que si la tarjeta falsificada contiene algún dato identificador coincidente con el poseedor, en este caso éste debe ser considerado como fabricante de la tarjeta "ya que con independencia de quien efectuase los textos

troquelados correspondientes, si apareciera en la propia tarjeta como titular de la misma el poseedor, a no dudar se estaría en un supuesto de fabricación pues el poseedor habría facilitado ese dato al fabricante material, esta facilitación del dato le convertiría en autor por cooperación necesaria de igual manera que lo es quien facilita al falsificador de un documento de identidad su fotografía o datos personales".

### **3. CONCURSO**

Otro tema recurrente en esta dinámica delictiva es el de los concursos de delito, así el caso típico sería el del individuo que se dedica a la fabricación de tarjetas falsas imitando a las bancarias en los que incluye bandas magnéticas con la numeración de tarjetas bancarias de terceros cuyos datos tenía en su poder empleando un lector duplicador de tarjetas, pegatinas, láminas de papel plástico, un aparato lector de tarjetas, archivos informáticos etc. Después con las tarjetas que fabrica en unión de otros las utiliza en diferentes establecimientos comerciales habiendo confeccionado documentos de identidad asimismo falsificados, con su fotografía o la de sus acompañantes, utilizando en otras ocasiones las tarjetas clonadas en operaciones de reintegro en cajeros automáticos o usándolos en el pago de peajes en autopista. Esta conducta sería tributaria de delitos de estafa en grado de continuidad de los artículos 248, 249 y 74.1 del Código Penal, de falsificación de tarjetas de crédito del artículo 399 bis, un delito continuado de falsificación de documento oficial de los artículos 390.1 y 2, 392 y 74.1 del mismo texto, hechos y calificación, que pueden encontrarse en la STS N°:971/2011, de 21 de septiembre confirmando sentencia previa de la Sección 3ª de la Audiencia Nacional de 26-1-2012. Sin embargo, aun cabría en mi opinión incluir una infracción penal en los hechos como sería la falsedad en documento mercantil al firmar el ticket de compra tal y como fijó el T. Supremo en el acuerdo de 18/07/2007 señalando que "La firma del ticket de compra, simulando la firma del verdadero titular de una tarjeta de crédito, no está absorbida por el delito de estafa", y la relación entre ambos delitos entiendo que sería de concurso ideal o medial.

La relación entre el delito de falsificación de documento oficial por la documentación falsificada utilizada es de concurso real y no de concurso medial,

conforme expresamente se pronuncia el T. Supremo en resolución n°1318 de fecha 18/12/2009: “Es obvio que se falsificó para procurarse una falsa identidad, y entre las muchas variadas aplicaciones de éste el uso de la tarjeta es sólo una más entre otras. No fue un delito instrumentalmente cometido como medio necesario para la estafa: no era imprescindible para ella, sino sólo útil, ventajoso o facilitador de su comisión, ni lo instrumental en su caso podría predicarse de la falsificación sino del uso del documento, ya falsificado, con muy diversos posibles usos y que se había consumado desde antes de que surgiera la idea criminal de la estafa y desde luego antes de que se presentara la ocasión de cometerla.”

Destaca la relación concursal existente entre esta figura delictiva por una parte y el delito de estafa y el robo con fuerza en las cosas por otra. Entendemos que en este caso nos hallamos ante un concurso medial de delitos pudiendo plantearse las siguientes posibilidades:

a) Si el sujeto falsifica la tarjeta y posteriormente la utiliza para efectuar reintegros en cajeros automáticos, el concurso medial se producirá entre el delito de falsificación objeto de estudio y el delito de robo con fuerza en las cosas, tesis esta, tradicionalmente sostenida por la jurisprudencia mayoritaria; o bien con el delito de estafa en su modalidad de utilización fraudulenta de tarjetas de pago del artículo 248.2 c) CP, postura esta última que consideramos más adecuada.

b) Esta misma solución resulta de aplicación cuando la tarjeta falsificada se pasa por un datáfono de un establecimiento comercial en connivencia con el responsable o empleado de dicho establecimiento, o se emplea para efectuar compras o pagos por Internet.

c) Otra posibilidad es que el delincuente utilice la tarjeta de manera presencial en un establecimiento mercantil como medio de pago de bienes o servicios. En este caso el concurso medial se producirá entre la falsificación de la tarjeta y el tipo de estafa del artículo 248.2.c) CP.

Junto a la modalidad básica de falsificación, el último inciso del primer párrafo del apartado 1 del art. 399 bis consagra una modalidad agravada (pena en su mitad

superior, de 6 a 8 años) en atención a la concurrencia de dos circunstancias: que la falsificación afecte a una generalidad de personas o que los hechos se cometan en el marco de una organización criminal dedicada a estas actividades.

En el artículo 399 bis 1 párrafo 2º CP se prevé la responsabilidad penal de las personas jurídicas que hayan cometido los delitos anteriores, previsión coherente con el nuevo sistema de responsabilidad de estos colectivos establecido en el art. 31 bis CP por la LO 5/2010. En este caso se sancionará a éstas con la pena de multa de dos a cinco años siendo posible a su vez la imposición, conforme a las reglas del art. 66 bis CP, de las penas establecidas en las letras b) a g) del artículo 33.7 del CP.

## **6. LA TENENCIA DESTINADA A LA DISTRIBUCIÓN O TRÁFICO**

La segunda conducta delictiva se encuentra prevista en apartado 2 del artículo 399 bis. En él se castiga la posesión de tarjetas de crédito, débito o cheques de viajes falsificados para distribuirlos o traficar con ellos.

Nos encontramos ante un acto preparatorio elevado a la categoría de delito. Y precisamente por ello no se entiende muy bien la paridad punitiva que establece el legislador con las conductas de falsificación. Lo lógico hubiera sido seguir el criterio establecido en el artículo 386 CP que establece una pena inferior para la tenencia de moneda falsa con la intención de distribuir respecto a la prevista para la falsificación de este medio de pago.

Este artículo supera definitivamente los problemas planteados por la jurisprudencia en sentencias como la de 30 de mayo nº 663 de 2009 o la 22 de enero de 2009 que citando la STS 559/2008, de 22 de septiembre de 2008, recuerdan que la misma: “declaró que la mera detentación de tarjetas de crédito falsas sin una voluntad acreditada de su distribución o expendición, será atípica a salvo de la connivencia con el falsificador, el tenedor, introductor o exportador de moneda en el caso de la expendición del art. 386.3. Ese destino, es un elemento subjetivo del injusto que deberá ser acreditado por prueba directa o indiciaria a partir de elementos objetivos que permitan afirmar el destino al tráfico de las tarjetas falsas detentadas.

Sorprendentemente, el legislador se ha olvidado de tipificar de manera autónoma las conductas a las que está preordenada esta tenencia, esto es, la distribución o tráfico. Ello no significa que dichos comportamientos sean atípicos. Carecería de toda coherencia axiológica que en el contexto de un determinado iter criminis se sancionase la mera preparación de una conducta y no su efectiva realización. Así pues, dicha laguna legal debe ser colmada subsumiendo la distribución o tráfico efectivo en el tipo de tenencia del número 2 del precepto. Sin embargo, esta solución no deja de provocar una flagrante vulneración del principio de proporcionalidad de la pena.

Para que pueda apreciarse el delito es necesario que quede acreditada la existencia de una “finalidad de distribución o tráfico”. Con la plasmación explícita de este elemento subjetivo del injusto el legislador da cobertura legal al Acuerdo del TS de 16 de diciembre de 2008 según el cual “La tenencia de tarjetas falsas de crédito y debido, para poder ser sancionadas con fundamento en el art. 386.2 del Código penal, precisará la acreditación de una finalidad de transmisión” Consecuentemente, la mera tenencia dirigida al uso posterior de los instrumentos falsificados no es punible. Por otra parte, si el autor de la conducta ha intervenido previamente en la falsificación del documento, se dará un concurso de leyes a resolver a favor del artículo 399 bis 1, en atención al principio de consunción (artículo 8.3 CP), pues la tenencia es un “hecho posterior impune o copenado” con respecto a la falsificación. De tal forma que sólo se castigará por el delito de falsificación y no por el de tenencia.

Como vemos, esta última línea jurisprudencial, entiende, sin embargo, que los hechos serán típicos en el caso de que exista esa finalidad, que no es otra que la detentación de tarjetas falsas para ser entregadas a otras personas rellenando el requisito tendencial de la expendición o distribución. En consecuencia, la mera detentación de tarjetas de crédito falsas sin una voluntad acreditada de su distribución o expendición, será atípica, a salvo de la connivencia con el falsificador, el tenedor, introductor o exportador de moneda en el caso de la expendición del art. 386.3.

La cuestión fue sometida al Pleno no Jurisdiccional de esta Sala Segunda del Tribunal Supremo, para la unificación de criterios, celebrada el pasado día 16 de diciembre de 2008, que unificó esta doctrina, bajo el siguiente Acuerdo: "La tenencia de

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

De modo que concurriendo tal finalidad de transmisión, la tenencia de tarjetas falsas puede ser subsumible en el expresado precepto del Código penal. En realidad, la jurisprudencia de esta Sala Casacional, ya había destacado esa

"voluntad acreditada de su distribución o expendición", de la que será exponente interpretativo el número o cantidad de tales tarjetas en poder del acusado con tal finalidad."

Es decir poseer tarjetas falsas para usarlas en un comercio o en un cajero resultaba conforme a la jurisprudencia impune, como ya había señalado el Acuerdo del T. Supremo de 16 de diciembre de 2008: "La tenencia de tarjetas falsas de crédito o débito, para poder ser sancionadas con fundamentos en el art. 386, párrafo 2º del CP, precisará la acreditación de una finalidad de transmisión. Así, casos como el recogido en la STS. 627/2010 de 29 de junio al no acreditarse la finalidad de transmisión absuelve de la tenencia de tarjetas y condena tan solo por la estafa al haberse efectuado adquisiciones con tarjeta falsa.

La doctrina ha criticado no obstante que lo que denomina "delito de emprendimiento o de preparación" se castigue, sin embargo, con la misma pena que la fabricación de la moneda, con posible vulneración del principio de proporcionalidad, siendo más correcta la imposición de una pena inferior a la mera tenencia, cuando con poseer más de una tarjeta o cheque de viaje falso ya se rellenarían los elementos del tipo materiales y ya no cabría más que acreditar el elemento subjetivo de la finalidad de distribución.

Ya la STS. 22/01/2009 tras referirse a los elementos del anterior art. 386 pfo. 2º como tres:

- 1) "tenencia de moneda;
- 2) que ésta sea falsa;
- 3) un elemento tendencial o sea, la finalidad de expendición o distribución".

Añadía que: “Desde luego, que en todos ellos late la idea de castigar tal posesión preordenada a la circulación de la moneda falsa, como actividad de grado inferior a la fabricación o introducción”

Siguiendo con este delito manifestaba: “Sobre el requisito de la tenencia, es pacífico que se corresponde con la posesión, concepto asentado en la jurisprudencia de esta Sala, sobre las ideas del corpus y del animus” Aceptando como criterio para acreditar el elemento tendencial el número de tarjetas poseídas, en este caso, diez tarjetas falsas.

Igualmente, la STS. 24/09/2009 reconoce también como criterio determinante el número de tarjetas poseídas, sin embargo, en este supuesto confirma la condena por tenencia de tarjetas bajo un criterio erróneo a mi modo de ver, sin duda condicionado por la sentencia de instancia pues manifiesta que: “esa finalidad de expedición o transmisión se infiere de la posesión de material para la grabación de bandas magnéticas de tarjetas y especialmente del elevado número de tarjetas manipuladas que tenía a su disposición”.

Nos encontramos ante fabricantes de tarjetas, no meros tenedores, o cuando menos poseedores de elementos destinados a la falsificación conforme al art. 400 del C.P. - castigado con igual pena que la falsificación- calificaciones que en la instancia habrían sido más correctas que la de mera tenencia de tarjetas.

Pese al avance que supone en esta materia la reforma del 2010, la doctrina aprecia lagunas, algunas ciertamente no salvables y otras que sí lo son en mi opinión. Así algún autor, no se explica la contradicción de castigar la tenencia para distribuir o traficar y que no se castigue, autónomamente, el acto de distribución o tráfico. Creo que la cuestión se resuelve considerando que para distribuir o traficar primero hay que poseer, de manera que la conducta no queda impune en ningún caso.

También se plantean, la ausencia de la tipificación de la adquisición de tarjetas falsas para distribuirlas que no impediría la imputación de este delito o de un delito de receptación en los casos que aún no se haya materializado la posesión pero existe una negociación entre el falsificador y el adquirente; creo que en estos casos cabría acudir a

los criterios jurisprudenciales en materia de tráfico de drogas y su adquisición,(posesión mediata, etc.), y a supuestos de formas imperfectas de ejecución.

Una conducta que sí puede resultar impune es el de la tenencia, por muy alto número de tarjetas falsas de que se trate, destinadas al uso propio aun fraudulento, claro está, si no se acredita la finalidad de tráfico. Sería exorbitado calificarlo como tentativa de estafa o de uso de tarjetas, por ello el hecho estrictamente considerado sería impune de no acudir a dos posibles circunstancias: que las tarjetas falsas estén a nombre del poseedor o que se le encuentre también documentación falsa con su foto, puesto que alguna de estas dos condiciones habrán de concurrir para poder usar las tarjetas en los comercios y ello como hemos visto es usado por la jurisprudencia como acto de cooperación necesaria en la fabricación de las tarjetas; y en caso de que ello no concurra podría sostenerse que no cabe otra razón de la tenencia que su destino a la expedición. Claro que si se trata de tarjetas en blanco con la banda magnética manipulada ya no cabría acudir a tal interpretación.

## **7. EL USO DE LA TARJETA FALSIFICADA**

La tercera y última modalidad delictiva que integra el artículo 399 bis hace referencia al uso de una tarjeta de crédito o débito o cheque de viaje falsificado por parte de quien no ha intervenido en su falsificación. El tipo exige que dicha utilización se efectúe “a sabiendas de la falsedad” y en “perjuicio de otro”. La pena es sustancialmente inferior (dos a cinco años) a la que corresponde a las conductas anteriores.

De manera análoga a lo que sucede en relación al tipo de tenencia, en caso de que el autor de la conducta haya intervenido previamente en la falsificación, se dará un concurso de leyes en el que será de aplicación preferente el apartado 1º del 399 bis en virtud del principio de consunción (art. 8.3 CP), al representar el uso de estos medios de pago falsificados un acto posterior impune o copenado de la falsificación.

Más problemática se plantea la relación existente entre este tipo de uso y el delito de utilización fraudulenta de tarjetas de crédito, débito o cheques de viaje, delito que ha sido incorporado como modalidad de estafa en el art. 248 2. c) por la LO 5/2010.

Nos encontramos en este caso ante un nítido ejemplo de duplicidad legislativa, lo que debe conducir a sostener de lege ferenda la supresión del ámbito de las falsedades de esta especie delictiva. Y ello porque el artículo 399 bis 3 no deja de representar un supuesto de uso fraudulento de algunos instrumentos de pago distinto del efectivo, ya reprimido en el seno de las estafas. No obstante, de lege data, la solución al concurso de estos dos preceptos, debe pasar por la aplicación de las normas que rigen el concurso de leyes, y en concreto por la aplicación del principio de alternatividad del art. 8.4 CP (SSTS 21-9-2011 y 26-9-2012).

La falsedad del artículo 399 bis 3 será de aplicación preferente frente al delito de estafa del 248.2 c) en su modalidad básica dado que aquella tiene señalada una pena superior -prisión de dos a 5 años- a la consignada en esta última infracción -prisión de 6 meses a 3 años-. Esta regla se invertiría en caso de apreciarse alguna de las circunstancias agravantes de la estafa del artículo 250 -pena de prisión de uno a seis años y multa de seis a doce meses- (De otro parecer la Sentencia de la Audiencia Nacional (SAN) de 25-6-2012 que estima que la estafa quedaría absorbida en la falsedad (8-3 CP) al exigir esta última que el uso se efectúe “en perjuicio de otro”).

Igual que en el caso anterior, y aquí se prevé expresamente, se da el concurso de leyes en el supuesto del usuario y al tiempo falsificador de la tarjeta, y por tanto a favor de la calificación conforme al ordinal 1º del art. 399 bis.

Al seguir vigente la jurisprudencia acerca de la coautoría en la falsificación de tarjetas por facilitar la identidad o la foto en la documentación que se usa para efectuar adquisiciones fraudulentas, la aplicación de este tipo puede ser menor de lo que se piensa destinado tan sólo al uso en cajeros o en TPV de establecimientos comerciales conniventes.

Tampoco queda claro si en el delito de uso de tarjetas quedaría absorbida por ejemplo la falsedad en documento mercantil al firmar el ticket de compra, que no deja

de ser una falsedad pues se firma como si se fuera o en sustitución del titular real de la tarjeta, (suponiendo en un acto la intervención de personas que no la han tenido, art. 390.3º en relación con el art. 392 del C.P.). Ciertamente es que hoy en día las tarjetas que portan chip no precisan la firma del tiquet y sólo es necesario teclear el número secreto.

En el caso, muy común, de realización de varias adquisiciones con tarjeta falsa o cheque de viaje falso, será de aplicación el delito continuado, como recoge la STS. 5/2/2014.

Otro problema concursal es que el que se puede plantear con el delito de utilización fraudulenta de tarjetas de crédito, débito o cheques de viaje del art. 248. 2 c) como la modalidad de estafa introducida también por la reforma de 2010, planteándose una auténtica duplicidad legislativa con tal artículo que castiga como delito de estafa expresamente 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”. De ahí que la doctrina se haya planteado el carácter reiterativo del art. 399 bis 3º, pues ya antes se recurría, y hoy con más razón, al delito de estafa para reprimir el uso fraudulento de tarjetas o cheques falsos.

Parece que la solución es claramente el concurso de leyes con aplicación preferente del delito del art. 399 bis 3º pues éste conlleva una pena superior-de dos a cinco años de prisión- a la de la estafa-seis meses a tres años-, otra cosa podría resultar caso de concurrir alguna de las agravantes que cualifican la estafa y que en virtud del art. 250 se castiga con penas de uno a seis años y multa de seis a doce meses, superior por tanto a la prevista en el art. 399 bis 3º donde no caben agravaciones.

El problema se plantea cuando el falsificador usa la tarjeta, obviamente es una conducta que no puede quedar impune y en este caso encontraríamos la utilidad de la expresión “sin haber participado en la falsificación” pues las penas del art. 399 bis 3º serían para quienes usen la tarjeta que no han falsificado puesto que si se usa fraudulentamente la tarjeta por quien es el falsificador entraría entonces en juego el delito de estafa introducido en el 2010.

En cuanto al uso fraudulento de las tarjetas bancarias la casuística es muy amplia, así por ejemplo en relación a la coautoría el T. Supremo considera que cuando varias personas entran en una tienda comprando con tarjetas ajenas, es irrelevante quien haya firmado materialmente los tickets de compra, (o bien hoy en día ha tecleado los dígitos secretos), pues todos ellos serían autores del hecho, pues no es un delito de propia mano y por tanto son autores todos a quienes beneficia por tener el dominio funcional del hecho y existir decisión conjunta de realizar el hecho (entre otras la STS de 7-2- 2005 que aplicada al delito de falsedad puede aplicarse al delito de uso de tarjeta, pues del mismo modo se ha de firmar). Resulta habitual en la comisión de estos delitos acudir acompañado de personas en las compras que den cierta confianza, como una madre con un bebé, o que distraigan más de lo habitual al empleado para que no depare en las características de la tarjeta o la documentación presentada.

Por otro lado, la jurisprudencia considera que el hurto previo de tarjetas para cometer estafas posteriores se absorbe en las estafas (STS de 8-4-2002). Ello es así, no porque la tarjeta no tenga valor económico, sino porque no es sustraída para enriquecerse (no reporta beneficio económico a quien la sustrae) sino sólo como instrumento para luego estafar. A estos efectos se considera irrelevante el número de tarjetas sustraídas (STS 8- 7-2004).

El uso de estas tarjetas no falsas por quien no es su propietario es considerado delito de estafa pero no le es aplicable el nuevo artículo 400 bis introducido en la reforma de 2010 que equipara al documento falso a los documentos, despachos, certificaciones o documentos de identidad auténticos cuando el uso sea realizado por quien no esté legitimado para ello, dado que la remisión de dicho artículo no incluye el art. 399 bis.

Sin embargo, en el caso, que será habitual, que se haya sustraído tanto la tarjeta como la documentación necesaria para su uso y se utilice junto con la misma para llevar a cabo adquisiciones en establecimientos comerciales aprovechando la negligencia del propietario, el uso de ese documento será castigado como delito del art. 392.2 del C. Penal en virtud del art. 400 bis, cuando hasta la mencionada reforma dicha conducta quedaba impune, aunque en este caso entre en concurso medial con la estafa, sin

perjuicio de la falsedad en documento mercantil que supone firmar el tiquet en lugar del verdadero titular, en caso de que sea necesario hacerlo.

En cuanto a los pagos a distancia con tarjetas no presenciales, a través de internet se entiende, la calificación habitual ha sido la de estafa, acudiéndose en un principio a la llamada estafa informática, (“Los que con ánimo de lucro y valiéndose de alguna manipulación informática o artificio semejante consigan una transferencia no consentida de cualquier activo patrimonial en perjuicio de tercero”). No obstante, ello no dejaba de plantear dudas desde el punto de vista del principio de legalidad sobre si el hecho constituía o no una manipulación informática, razón que motivó la reforma del art. 248 del C.Penal por la L.O. 5/2010 con la introducción del ya comentado art. 248.2 c) “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”, donde ya la conducta referida encuentra más claro acomodo.

En cuanto al uso de tarjetas falsificadas en cajeros automáticos, tras la reforma del art. 248 del C.P. en el año 2010, introduciendo el nuevo art. 248.2.c), la polémica doctrinal e incluso jurisprudencial entre la opción de calificar los hechos como delito de robo o delito de estafa debe ceder claramente a favor de este último.

## **8. AGRAVACIONES**

La falsificación de tarjetas puede verse agravada en dos supuestos:

### **Afectación a una generalidad de personas**

Cabe encontrar la interpretación de esta agravación en el art. 74.2 del C .Penal que configura el delito masa, sin embargo, en este caso los requisitos son dos, no sólo la generalidad de personas afectadas sino que también se exige que el hecho “revista notoria gravedad”. La generalidad de personas es expresión también usada en el art. 65 1. c) de la Ley Orgánica del Poder Judicial pero en su interpretación siempre se ha exigido un plus por encima de la interpretación literal.

Los términos "generalidad de personas" son reconducibles a la hermenéutica propia del concepto del delito masa, figura de creación jurisprudencial (Sentencia del T.S. de fecha 3/02/58, 3/05/66 y 13/10/67). Generalidad es sinónimo de mayoría, muchedumbre, de casi totalidad de los individuos u objetos que componen una clase o todo sin determinación a persona o cosa particular (Auto T.S. 18-11-89-RJ8670). La expresión "generalidad de personas" debe interpretarse, pues, en el sentido de pluralidad importante de sujetos pasivos.

En lo que se refiere a la competencia de la Audiencia Nacional la jurisprudencia insiste en que pese a estar redactado el apartado c) del art. 65.1º L.O.P.J. en forma disyuntiva o alternativa y no copulativa, no es suficiente la mera o eventual existencia de una pluralidad de perjudicados, si no va unido a otros presupuestos, como la extraordinaria gravedad o trascendencia económica, la complejidad de las investigaciones, la intensidad o entidad de los efectos del delito, o la existencia de razones especiales para asegurar los objetivos del proceso concentrando la investigación fuera de la jurisdicción que corresponde por aplicación del principio territorial y el de conexidad.

Por sentencia de 19 de abril de 2011 el T. Supremo manifestó:

El llamado "delito masa" es una construcción jurisprudencial mediante la cual se castiga adecuadamente al sujeto que realiza una puesta en escena, en ejecución de un designio criminal único, encaminada a defraudar a una masa de personas ("una colectividad amorfa de personas", se dice en STS 11-4-81 o "una colectividad indeterminada y difusa de individuos", en STS 129/2005, de 11-12), mediante "una misma acción, o varias repetidas pero homogéneas, dirigidas a aquel grupo de personas que se encuentran en una determinada situación a quienes se embauca con el mismo artificio" ( STS 218/2006, de 2-3).

### **Comisión en el marco de una organización criminal**

Se cita exclusivamente la organización criminal y no el grupo criminal, por lo que deben concurrir los elementos del art. 570 bis del C. Penal desarrollados

jurisprudencialmente en sentencias como la STS 02-07-2012, tema que retomaremos en el epígrafe acerca de la competencia para conocer de los delitos de falsificación de moneda y de tarjetas, cuyos elementos son:

- 1º) Pluralidad subjetiva: Agrupación formada por más de dos personas;
- 2º) Permanencia: con carácter estable o por tiempo indefinido;
- 3º) Estructura: que de manera concertada y coordinada se repartan diversas tareas o funciones;
- 4º) Finalidad criminal: con el fin de cometer delitos, así como de llevar a cabo la perpetración reiterada de faltas.

Esta agravación plantea problemas concursales no resueltos directamente por la Circular de la FGE 2/2011. El criterio general establecido legalmente para resolver los problemas concursales es que el precepto penal más grave excluirá a los que sancionen el hecho con una pena menor, conforme establece el nuevo el art. 570 quáter, número segundo, párrafo segundo introducido en la reforma de 2010 del C. Penal.

El problema concursal en los casos en que el sujeto comete un delito que no prevé la agravación por el hecho de cometerse en el marco de una organización criminal no ofrece ningún problema pues se trata de un concurso real entre los dos delitos, el cometido y el de pertenencia a organización criminal.

El problema surge cuando el delito cometido prevé una agravación si se comete en el seno de una organización o grupo criminal. La Circular entre los supuestos en que ello sucede olvida, precisamente, el del art. 399 bis que examinamos. La norma general que sienta la Fiscalía es la aplicación, exclusivamente, del delito cometido en su modalidad agravada si se comete dentro de una organización criminal.

Si el delito sólo prevé la agravación para la organización y no para el grupo criminal como es el caso de la falsificación de tarjetas, considera que deberán aplicarse en concurso real el delito cometido, en este caso la falsificación de tarjetas en modalidad no agravada, y el delito de integración en grupo criminal.

Pues bien el art. 399 bis impone la pena de prisión de cuatro a ocho años que se impondrá en su mitad superior (...) cuando los hechos se cometan en el marco de una organización criminal. Es decir que la pena del tipo agravado iría de los seis a los ocho años de prisión.

Por su parte el art. 570 bis prevé para los que formaren parte de una organización criminal o cooperaren económicamente o de cualquier otro modo el castigo con las penas de prisión de dos a cinco años si tuviere como fin la comisión de delitos graves, como es el caso del art. 399 bis.

La comparación por tanto parece, como además en general aconseja la Circular de la Fiscalía General del Estado, que se inclina por la punición por separado, pues si bien nos encontramos ante un mínimo punitivo igual de seis años, en la punición por separado sumando las penas mínimas de cada delito, (cuatro y dos años respectivamente), la suma de los máximos de ambos delitos penados por separado puede superar el tope máximo de los ocho años de la modalidad agravada.

Claro que si el sujeto que fabrica tarjetas es además dirigente de la organización la punición por separado es aún más clara, porque no se recoge tal agravación en el art. 399 bis y porque la pena para el dirigente de la organización criminal es aún superior a la del mero miembro con lo cual más clara sería la punición por separado.

La presencia de una organización criminal o de un grupo criminal la trataremos también al referirnos a los aspectos procesales, en concreto competenciales, que generan los delitos de falsificación de moneda y de tarjetas.

Sin embargo, la existencia de una organización no significa que la agravación se aplique a todos los participantes como establece la STS Nº: 855/2013 de 11 de noviembre, puesto que una participación en los últimos estratos de la organización y en tareas logísticas de escasa importancia puede excluirles de la agravación.

## **9. RESPONSABILIDAD CIVIL POR EL USO DE TARJETAS FALSIFICADAS**

Se trata de una materia controvertida y que en la mayoría de los procedimientos llevados a cabo en la Audiencia Nacional dada la insolvencia de los condenados y la sorprendente falta de interés, en algunos casos, de sujetos o entidades que se presenten como perjudicados o efectúen las oportunas reclamaciones no se ha profundizado debidamente. En ocasiones, entidades como SERMEPA-SERVIRED -empresa de las conocidas como pasarela de pagos que da servicios a plataformas de medios de pago, especialmente para entidades asociadas a ServiRed- se han presentado como perjudicados del delito pero, solicitado por el Tribunal que acreditase el perjuicio sufrido, se han limitado a presentar listados de las operaciones fraudulentas llevadas a cabo, en todo el mundo incluso, con numeraciones de tarjetas que hayan sido el objeto del procedimiento, pero sin que ello acredite a dicha entidad como directa y material perjudicada por los hechos y sin que además ello acredite, dado el posible tráfico de numeraciones, que todas las operaciones fraudulentas realizadas con dichas numeraciones puedan ser responsabilidad de los condenados en dicho proceso.

Desde luego la búsqueda del perjudicado va paralela a la búsqueda del responsable civil de ese uso fraudulento, y no me refiero por supuesto a quien ha falsificado la tarjeta o la ha usado ilegítimamente, sino a localizar en cada caso a quien ha sufrido las consecuencias patrimoniales del fraude, quienes sólo pueden ser: bien el titular de la tarjeta, bien la entidad emisora o la entidad bancaria, bien el establecimiento en donde se efectúa la compra.

Las condiciones generales en la contratación de las tarjetas de crédito contienen cláusulas para evitar el uso indebido de las tarjetas estableciendo obligaciones para el titular de la misma, especialmente en cuanto a la custodia de la tarjeta. Puede darse el caso de una concurrencia de responsabilidades ante los diversos incumplimientos de custodia por el titular y de verificación de la operación por el establecimiento donde se hace la compra. Pero en cualquier caso, parece que quien debe responder, fuera de los casos de grave negligencia, (imposibles de individualizar en cada operación fraudulenta del procedimiento), es la entidad emisora de la tarjeta que es quien debe establecer los medios de seguridad apropiados para evitar el uso fraudulento de la tarjeta.

Creo que no son de referencia normativas como la Recomendación 88/590/CEE que atribuye la responsabilidad al titular hasta el momento que comunica a la entidad la operación fraudulenta, o que fija con un límite una responsabilidad a modo de franquicia del contrato de seguro contra el titular, cláusulas que suelen recoger las condiciones generales de la contratación de tarjetas y que son totalmente abusivas.

La respuesta judicial no es clara en la materia en cuanto a quien resulta el perjudicado en el delito de falsificación y uso de las tarjetas falsas, así podemos encontrar casos diferentemente resueltos:

A) Indemnización para la Sociedad de Medios De Pago Servired. Así se acordó por el Tribunal de Instancia y por el Tribunal Supremo Sala 2ª, S 11-4-2011, nº 284/2011, rec. 11056/2010, recurso casación contra sentencia de fecha 2 de julio de 2010, dictada por la Sección 1ª de la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional, dimanante del sumario 78/2008, procedente del Juzgado Central de Instrucción núm. 3. Si bien en materia de responsabilidad civil el Alto Tribunal resuelve sobre el recurso referido a la responsabilidad civil subsidiaria de los condenados, entendiendo que procedía sin contrariamente a lo acordado en la instancia la responsabilidad civil directa, el supuesto de hecho y fallo dictado por el Tribunal en la instancia acoge la indemnización a la sociedad de medios de pago.

B) Indemnización Entidades Bancarias Emisoras Tarjetas. Encontramos en la Sentencia de la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional Sección 3ª, S 26-1-2012, nº 3/2012, la condena a indemnizar a las entidades bancaria emisoras de las tarjetas, e incluso en algunos supuestos al titular de la cuenta asociada a la tarjeta en el caso que no hubiera sido éste indemnizado.

C) Indemnización Titulares De Las Tarjetas Falsificadas. Encontramos esta solución en la sentencia dictada por Sección Segunda de la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional que, con fecha 8 de octubre de 2010 acordó al indemnización en concepto de responsabilidad civil a los titulares legítimos de las tarjetas utilizadas en los importes correspondientes, o en su defecto a la entidades emisoras de las tarjetas auténticas, (sentencia que fue casada por Tribunal Supremo Sala 2ª, S 12-4-2011, nº 305/2011, rec. 11175/2010,) sin que el recurso afectara a esta parte.

## **XVII. PERSECUCIÓN INTERNACIONAL**

En este aspecto es obligado citar el Convenio de Ginebra que como la Decisión Marco contienen normas para que cualquier país pueda perseguir estos delitos aun cuando se hayan cometido fuera de su territorio nacional.

Así, el artículo 9 de la Convención de Ginebra para aquellos supuestos en que se denegara la extradición por un delito de falsificación de moneda, prevé que los extranjeros que hayan cometido tales hechos y que se encuentren en el territorio de un país cuya legislación interna admita, como regla general, el principio de la persecución de infracciones cometidas en el extranjero, deberán ser castigados de la misma manera que si el hecho hubiere sido cometido en el territorio de dicho país.

En el ámbito de la Unión Europea pero de forma más amplia respecto a las condiciones de persecución, la Decisión Marco varias veces citada, en su artículo 7.2 2 establece que, al menos todos los Estados de la zona euro, deben de tomar medidas para hacer posible la acción judicial frente a la falsificación de moneda, como mínimo en lo que atañe al euro, con independencia de la nacionalidad del autor del delito y del lugar en que éste se haya cometido.

En el derecho interno estas normas se reflejan en el artículo 23.3 de la Ley Orgánica del Poder Judicial que señala en su apartado e) que, en el orden penal, conocerá la jurisdicción española de los hechos cometidos por españoles o extranjeros fuera del territorio nacional cuando sean susceptibles de tipificarse, según la ley penal española, como falsificación de moneda española y su expedición. Esto último implica que para poderse perseguir en este caso sí en la Audiencia Nacional la falsificación deberá ser sobre euros. Otra cosa sería en el caso del español que falsifica moneda extranjera en el extranjero sin concurren los requisitos del párrafo 2º del art. 23.20 de la LOPJ.

La referencia del art. 23.3 a la “falsificación” y a la “expedición” arroja ciertas dudas acerca de la competencia de las autoridades judiciales españolas para perseguir las conductas sancionadas en dicho Capítulo cuando no sean exactamente

“falsificación” o “expedición”, sin embargo el efecto interpretativo de la Decisión Marco debe determinar una interpretación de la norma del artículo 23.3.e) en el sentido de que cualquiera de las conductas sancionadas en el Capítulo I del Título XVIII puede ser perseguida.

Tan solo recordar en este ámbito que el artículo 388 del Código Penal equipara las sentencias extranjeras a las españolas a efectos de reincidencia.

### **XVIII. RESPONSABILIDAD PENAL DE LAS PERSONAS JURÍDICAS**

La Decisión Marco del Consejo 2000/383/JAI de 29 de mayo de 2000 sobre el fortalecimiento de la protección, por medio de sanciones penales y de otro tipo, contra la falsificación de moneda con miras a la introducción del euro, obliga a los estados miembros a garantizar que las personas jurídicas puedan ser consideradas responsables por los delitos. Sin embargo, pese a la reforma del Código Penal operada por la Ley Orgánica 5/2010, de 22 de junio, que ha regulado en nuestro país la responsabilidad penal de las personas jurídicas, se ha olvidado de la obligación impuesta por la norma comunitaria y dado que la responsabilidad de las personas jurídicas únicamente podrá ser declarada en aquellos supuestos donde expresamente se prevé, en los casos de falsificación de moneda aun concurriendo los requisitos del art. 31 bis del C. Penal, el hecho será impune para la persona jurídica. Olvido que curiosamente no se ha producido en el caso de la falsificación de las tarjetas de crédito en su nueva regulación escindida de la de la moneda.

Por otro lado al haber mantenido el último párrafo del art. 386 del C.P. con la referencia al artículo 129, la regulación no puede ser más insuficiente puesto que el artículo 129 actual se refiere exclusivamente a aquellos supuestos de delitos o faltas cometidos en el seno, con la colaboración, a través o por medio de empresas, organizaciones, grupos o cualquier otra clase de entidades o agrupaciones de personas que, por carecer de personalidad jurídica, es decir, que no estén comprendidas en el artículo 31 bis de este Código.

## **XIX. ACTUACIÓN POLICIAL EN LA INVESTIGACIÓN DE DELITOS DE FALSIFICACIÓN DE MONEDA**

En lo que se refiere a la actuación policial en la investigación de los delitos de falsificación de moneda, es preciso tener presente la legislación específica sobre la materia que puede tener incidencia en la actuación policial y en la obtención de las imprescindibles pruebas periciales. Se trata de una legislación especial de poca difusión dada la competencia que, hasta ahora, mantenía la Audiencia Nacional sobre la materia y que no siempre es conocida por las fuerzas policiales territoriales que pueden, en algún caso poseer los suficientes conocimientos técnicos sobre el objeto material de la falsificación o la actuación criminal en estos delitos, (aunque nunca como las unidades especializadas en la materia), pero que en cualquier caso carecen legalmente de competencia para llevar a cabo actuaciones que se arrojan, si bien ello suele ser por desconocimiento de dicha legislación.

En cuanto a las disposiciones comunitarias destacan en primer término:

-Como antecedente de esta legislación debe citarse la Recomendación del Banco Central Europeo, de 7 de julio de 1998 sobre la adopción de medidas para intensificar la protección legal de los billetes y las monedas denominados en euros (BCE/1998/7) (1999/C 11/08).

-A continuación como normas más importantes Reglamento (CE) nº 1338/2001 del Consejo, de 28 de junio de 2001, por el que se definen las medidas necesarias para la protección del euro contra la falsificación (DOUE de 4 de julio) y el Reglamento (CE) nº 1339/2001 del Consejo, de 28 de junio de 2001, que amplía los efectos del Reglamento (CE) nº 1338/2001 por el que se definen las medidas necesarias para la protección del euro contra la falsificación a los Estados miembros que no han adoptado el euro como moneda única (DOUE de 4 de julio).

Conforme a esta normativa, en concreto el Reglamento (CE) nº 1338/2001, los Estados miembros deben designar un Centro Nacional de Análisis de billetes (CNA) y Centro Nacional de Análisis de Monedas (CNAM) los cuales se encargarán del examen de los billetes y monedas presuntamente falsos y entregarán ejemplares necesarios

solicitados, así como de los datos técnicos y estadísticos que dispongan, ya que el CNA deberá transmitir los datos al BCE respecto a los billetes y a el CNAM al Centro Técnico y Científico Europeo (CTCE) –creado por la Decisión 2005/37/CE- respecto a las monedas presuntamente falsas

Así, ya en cuanto a la normativa nacional, es esencial la Ley 46/1998, sobre introducción del euro que encomendó relativas a la detección y análisis de billetes y monedas falsos en su D.A. 4ª, introducida por Ley 24/2001 8/2012, de 30 de octubre, disposición adicional cuarta.

Por esta norma siguiendo la implementación de la normativa comunitaria la Comisión Ejecutiva del Departamento de Emisión y Caja el que asumiera las funciones del Centro Nacional de Análisis (CNA) Moneda (CNAM), también atribuidas al Banco de España por dicha ley.

Las principales funciones que lleva a cabo el CNA, aplicables también al CNAM, son las siguientes:

-Centraliza la recepción de todos los billetes en euros presuntamente falsos encontrados en España, procede a su análisis y cataloga los datos técnicos y estadísticos relativos a ellos, poniéndolos a disposición de la Brigada de Investigación del Banco de España. El CNAM realiza tareas similares en relación con las monedas falsas en euros.

-Envía al Centro de Análisis de Falsificaciones situado en el Banco Central Europeo (BCE) los datos estadísticos y técnicos correspondientes a los billetes y monedas falsos recibidos que se facilitan a las distintas autoridades y centros involucrados de los demás países en la lucha contra la falsificación de los billetes y las monedas en euros.

-Emite informes técnicos que solicitan las autoridades judiciales o policiales españolas y los ratifica personalmente -cuando así sea requerido- mediante la comparecencia presencial de peritos especializados en la vista del juicio oral que pudiera tener lugar.

-Elabora certificados relativos a aparatos verificadores de la legitimidad de los billetes en euros que desarrolla la industria para colaborar en la primera línea de defensa contra la falsificación y el comercio al por menor.

-Decide si procede o no el canje de los billetes que han sufrido deterioro (por fuego, agua o agentes químicos) o cuya superficie está incompleta.

-Por otra parte, los responsables del CNA mantienen contacto permanente con los expertos en falsificación del Eurosistema (Centro de Análisis de Falsificaciones en Fráncfort y otros CNA en Europa) y de otros bancos centrales nacionales europeos y americanos, lo que facilita su especialización en una delincuencia frecuentemente transaccional.

Si las labores técnicas y periciales en cuanto a las Centros Nacionales de Análisis se han asignado al Departamento de Emisión y Caja del Banco de España, en lo que se refiere a las llamadas Oficinas Centrales Nacionales (OCN) que cada país ha de establecer conforme al artículo 12 del Convenio de Ginebra de 20-4-1929, esta función se ha asignado a la Brigada de Investigación del Banco de España, (BIBE), creada ya por Decreto de 27 de diciembre de 1934, quien a lo largo del tiempo y tras sucesivas modificaciones legislativas ha mantenido la asunción de las investigaciones de los delitos relacionados con la falsificación de moneda nacional y extranjera.

De esta manera para el ejercicio de sus funciones, el Departamento de Emisión y Caja coordinará su actuación con la Brigada del Cuerpo Nacional de Policía adscrita al Banco de España para la investigación y represión de los delitos de falsificación de moneda y con el laboratorio de la Fábrica Nacional de Moneda y Timbre-Real Casa de la Moneda para la peritación técnica de las monedas falsas.

La función de las Oficinas Centrales Nacionales (OCN) es esencial para garantizar el intercambio de información entre la oficina central nacional y la unidad nacional de Europol y para garantizar la necesaria coordinación de actuaciones de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad en la lucha contra la falsificación de todo tipo de monedas y billetes de banco, centralizar los datos e informaciones que se generen como consecuencia de ellas y cumplir adecuadamente las obligaciones impuestas por la

normativa nacional e internacional se dicta el Real Decreto 857/2003, de 4 de julio, sobre coordinación de actuaciones entre las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad y la Brigada de Investigación del Banco de España en la lucha contra la falsificación de billetes y monedas.

Conforme al art. 1 de esta disposición cuando cualquier unidad de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad detecte billetes o monedas falsos o se le presente la posibilidad de su intervención comunicará la información disponible, desde la primera constatación, a la Brigada de Investigación del Banco de España, sin perjuicio de que prosiga con las actuaciones pertinentes de acuerdo con las competencias que en materia de policía judicial tenga atribuidas.

Además, de toda la información de que disponga deberá remitir copia de las diligencias llevadas a cabo y conforme al art. 2.b.2º), deberá remitir la propia moneda falsa intervenida, los instrumentos y útiles empleados en la falsificación, sin perjuicio de que se hallen, en todo caso, a disposición de la autoridad judicial competente.

A su vez la BIBE conforme al art. 3 del Real Decreto recibida la moneda falsa intervenida en la Brigada de Investigación del Banco de España, ésta la remitirá de forma inmediata al Centro Nacional de Análisis (CNA) o, en su caso, al Centro Nacional de Análisis de Moneda (CNAM) del Banco de España, según se trate de billetes o monedas, cuyos técnicos, como ya hemos visto serán los que emitan el correspondiente informe pericial destinado a la autoridad judicial.

En conclusión, las investigaciones deber ser centralizadas siempre en la BIBE sin perjuicio de que la correspondiente unidad policial pueda llevar a cabo sus investigaciones o concluir su atestado mientras no se produzca la intervención de la unidad policial del Banco de España y los informes periciales de los billetes o monedas ocupados no podrán emitirse por los departamentos de Policía Científica de la unidad de que se trate, sino exclusivamente por los peritos del CNA o del CNAM.

## **XX. ENTREGA VIGILADA Y AGENTE ENCUBIERTO DELITOS DE FALSIFICACIÓN DE MONEDA Y DE TARJETAS DE CREDITO**

La correcta sistemática del C. Penal sí se pone de manifiesto en esta cuestión respecto de delitos que hasta ahora habían compartido disposiciones.

Respecto de la entrega vigilada el art. 263 bis de la LECr. prevé la posibilidad de que “podrá ser autorizada la circulación o entrega vigilada (...) de los bienes, materiales, objetos y especies animales y vegetales a los que se refieren los artículos 332, 334, 386, 399 bis, 566, 568 y 569, también del Código Penal”. Es decir, que tanto en el caso de la falsificación de moneda como en el caso de la falsificación de tarjetas y, en general, al no hacer distinción respecto de todos los supuestos recogidos en los art. 386 y 399 bis, cabe que el Juez de Instrucción competente y el Ministerio Fiscal, así como los Jefes de las Unidades Orgánicas de Policía Judicial, centrales o de ámbito provincial, y sus mandos superiores pueda autorizar la circulación o entrega vigilada. Sin embargo, esta actuación no se puede extender a los bienes y ganancias procedentes de las actividades delictivas estudiadas al no incluirse estos artículos en el párrafo segundo de la citada disposición.

De la misma manera, en el caso del agente encubierto regulado el artículo 282 bis de la LECr permite para los casos de investigaciones que afecten a actividades propias de la delincuencia organizada, que funcionarios de la Policía Judicial, puedan actuar bajo identidad supuesta y puedan adquirir y transportar los objetos, efectos e instrumentos del delito así como diferir la incautación de los mismos, estableciendo en su n°4 que se considerará como delincuencia organizada la asociación de tres o más personas para realizar, de forma permanente o reiterada, conductas que tengan como fin cometer alguno o algunos de los delitos siguientes (...). Y entre ellos se incluyen:

“1) Delitos de falsificación de moneda, previsto en el artículo 386 del Código Penal, y de falsificación de tarjetas de crédito o débito o cheques de viaje, previsto en el artículo 399 bis del Código Penal”.

En este caso, el uso del término “falsificación” parece excluir la posibilidad de aplicar la entrega vigilada al resto de supuestos regulados en los mencionados artículos.

## **XXI. DELITO DE TENENCIA DE ÚTILES PARA LA FALSIFICACIÓN**

Recogido sin modificaciones en el artículo 400 en el que se castiga “la fabricación o tenencia de útiles, materiales, instrumentos, sustancias, máquinas, programas de ordenador o aparatos, específicamente destinados a la comisión de los delitos descritos en los capítulos anteriores”, entre los que se incluye tanto el delito de falsificación de moneda como el de tarjetas de crédito, con la pena señalada en cada caso para los autores. Se trata de una disposición inalterable desde la promulgación del vigente Código Penal, sin embargo, tras la reforma operada por la L.O. 5/2.010 tiene como ha señalado el Tribunal Supremo Sala 2ª, en S. 15-6-2011, nº 845/2011, rec. 2221/2010, Pte.: Joaquín Giménez García, efectos penológicos puesto que ahora se diferencia entre falsificación de moneda (pena de 8 a 12 años de prisión) y falsificación de tarjetas de crédito, débito o cheques viajes (pena de 4 a 8 años de prisión), dado que la tenencia o fabricación de útiles se castiga con la misma pena que la fabricación de moneda o de tarjetas falsas.

El artículo 400 pretende anticipar el castigo a determinados actos previos a la ejecución que de otro modo habrían resultado impunes, ya que fuera de la tentativa del art. 16 del C. Penal que implica inicio de ejecución, los actos preparatorios son impunes salvo que expresamente aparezcan castigados en el Código como es el caso de la disposición estudiada.

En este delito se produce un adelantamiento punitivo a actos preparatorios para la posterior comisión de delitos de falsedad que ponen en peligro el bien jurídico protegido, lo cual, no es compartido por parte de la doctrina que aprecia excesivo rigor en el castigo de esta conducta con la misma pena que la propia ejecución del hecho prevenido.

Muy común en los supuestos de aplicación de este artículo es recurrir por las defensas a que esa misma acción también puede incardinarse en el supuesto de la tentativa de la propia falsificación de tarjetas, como grado de ejecución en el que se hallaba quien no tiene otro propósito que la obtención de instrumentos de pago falsificados mediante la utilización de los datos, grabación de bandas magnéticas de tarjetas auténticas y claves numéricas para su posterior uso, algo a lo que aún no habían llegado al sorprendidos antes por la Policía quienes les ocupan los utensilios propios de

la fabricación. Sin embargo, es jurisprudencia reiterada que la calificación de los hechos como tentativa ha de ceder a la del art. 400 del C. Penal, así la STS. 9/05/2008 entre otras muchas declaró: “Y es que, en efecto, dos son las alternativas posibles, a saber, o nos hallamos ante un mero acto preparatorio de la falsificación, que nuestro Legislador ha querido tipificar en forma autónoma, incluso con una sanción equivalente a la que correspondería al delito consumado, o frente a una tentativa que, simultáneamente, es susceptible también de ser calificada como infracción del artículo 400, es decir, ante un concurso de normas que, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 8 del Código Penal, en todo caso habrá de ser castigado con la pena más severa”.

Ahora bien, no hay que olvidar que la expresión “específicamente destinados a la comisión de los delitos descritos en los capítulos anteriores” es una referencia a la aptitud y cualidad del objeto para servir específicamente a la falsificación, es decir, cuando no se encuentra otra utilidad al mismo, excluyendo aplicaciones o usos alternativos. Caso por ejemplo de los programas que se encuentren en un disco duro del ordenador, y lectores /grabadores de bandas magnéticas y con las tarjetas listas para recibir los datos encriptados, (STS de 9 mayo 2006).

Pero es que además, estos instrumentos pueden ser legítimos en poder de sus titulares legales, por lo que la ilegitimidad no sólo depende de su naturaleza sino que debe contarse con la legalidad de su utilización posible. Así la STS de S 8-6-2007, nº507/2007 declara que: “Precisamente, en infracciones como la aquí enjuiciada, la utilidad que piensa darse a unos instrumentos que, en principio, pueden tener un destino tanto lícito como ilícito, es la cuestión esencial a determinar por quien juzga y su decisión tan sólo puede apoyarse en una serie de indicios y en la racionalidad de su inferencia al respecto.

Extremos, existencia de indicios debidamente acreditados mediante prueba directa, racionalidad del juicio de inferencia y lógica de la conclusión alcanzada que concurren en este supuesto, sin duda alguna, como hemos visto.

Hay que recordar al respecto, que la única forma de acreditar el destino a aquella utilidad ilícita de unos objetos que, en alguno de los casos (pegamento, tenazas, etc.), pueden servir a otros muchos fines plenamente legítimos, es la convicción alcanzada a

través de esos indicios y datos circunstanciales que, analizados conjuntamente, demuestren la evidencia de su vocación de uso ilegal, más aún cuando tampoco disponemos de una versión que justifique satisfactoriamente la alternativa lícita del uso de las herramientas”.

La propia conducta del poseedor de los efectos puede servir para acreditar su potencial ilegítima utilización, como es ejemplo la STS. 30/09/2011 N°: 988/2011: “Que el art. 400 del Código Penal disponga como uno de sus elementos típicos objetivos que tales útiles y programas estén específicamente destinados a la fabricación de moneda falsa, no quiere decir que haya de tratarse de unos materiales o equipos cuyo uso no pueda tener otras finalidades, de manera que una impresora o un ordenador pueden llevar a cabo tales cometidos, o una prensa, o bien una imprenta, tintes, disolventes, fijadores, etc. siendo evidente que de tales elementos se valen las administraciones públicas competentes para la fabricación de la moneda auténtica, pero es que en el caso, dentro de tales equipos, los archivos y programas informáticos estaban preparados y eran aptos para la digitalización de billetes que tenían que ser ulteriormente elaborados con la apariencia de auténticos. De tal modo, que de la lectura de los hechos probados claramente se deduce que esa multitud de instrumentos informáticos, junto a tintas, prensas, secaderos, etc. eran útiles necesarios para su fabricación, como, por otra parte, ellos mismos confesaron ante la autoridad judicial. Y siguiendo con sus declaraciones, en realidad lo que iban a hacer, momentos antes de ser detenidos por la policía autonómica catalana, era “desembarazarse de los documentos que pudieran ser peligrosos, entre los que estaban los documentos de identidad falsos”, sin que este dato revele desistimiento alguno activo, sino una fórmula de protección ante una inminente presencia e intervención policial, sospechada por ellos mismos, que, en efecto, muy pronto quedó corroborada por la secuencia de los acontecimientos. José Ronsano Roma declaró en el plenario: “fuimos al almacén... recogimos todo lo que nos parecía que podía ser (...) peligroso, y nos lo llevamos, y cuando salimos a la calle, nos detienen los Mossos de Esquadra y me encuentran a mí todo lo que llevaba... pero aquello era para tirarlo”.

Por otro lado, las exigencias del T. Supremo en la aplicación de este delito no son tan exigentes como a veces pretenden las defensas, siendo exponente de ello la STS.

25/06/2009- N°: 734/2009 en la cual se declara, ante un recurso en el que se alegaba la infracción del principio de presunción de inocencia porque no se había probado que el acusado tuviera el plan de utilizar realmente para la falsificación de tarjetas los datos obtenidos mediante los elementos que poseía, contesta el T. Supremo que: “Tal premisa parte de una errónea interpretación del art. 400 CP, dado que éste se consuma con la tenencia de los instrumentos para la falsificación. El art. 400 requiere que los útiles, como tales, estén destinados a la falsificación, pero no requiere que el autor tenga un plan concreto de falsificación. Esto último es ajeno a la estructura del tipo penal. Por las mismas razones la Sala tampoco puede admitir la pretensión del recurrente de que se lo condene por un delito de tentativa de falsificación de tarjetas bancarias, subsumible bajo el tipo de la estafa, dado que no se ha comprobado el comienzo de ejecución ni de un delito de falsificación ni de un delito de estafa, como lo requiere el art. 16 CP. La obtención de los datos secretos conocidos como PIN es simplemente un hecho preparatorio equívoco, dado que puede servir tanto para un delito de falsificación, como para un delito de estafa. Este hecho preparatorio, por otra parte, tampoco constituye un elemento determinante de la consumación del delito del art. 400 CP, que, en tanto delito de tenencia, ya estaba consumado antes de la utilización de los instrumentos”.

STS de 9 de mayo de 2008: “En primer lugar, no es sostenible que no tuviera disposición sobre los instrumentos objeto del delito. En efecto, los elementos destinados a la falsificación se encontraban, como reconoce la Defensa, en la habitación ocupada por el recurrente. Por lo tanto es evidente que tales instrumentos estaban a su disposición, pues se hallaban en un ámbito en el que él tenía plena dominio. En segundo lugar, la tenencia del instrumental no requiere conocer la técnica del funcionamiento. El delito se consuma con la disposición sobre dichos instrumentos, puesto ella fundamenta la posibilidad que el legislador ha querido prevenir de que sean puestos a disposición de quien disponga de los conocimientos técnicos necesarios para su utilización o de que sean utilizados valiéndose de quienes los puedan manejarlos. La prueba de si las bandas magnéticas de las tarjetas habían sido objeto de prueba documental y de si los lectores de bandas magnéticas estaban en condiciones de funcionar es irrelevante, dado que nadie ha puesto en duda de que esos elementos hayan sido hallados en poder del recurrente. En todo caso, la tenencia de útiles para falsificar las tarjetas de crédito no

depende de que los autores hubieran podido llevar a cabo el delito propuesto. Respecto de la pena por tentativa del delito del art. 386,1º y 387 CP. es evidente el error con el que la Audiencia calificó los hechos al aplicar la reglas de la tentativa del art. 16 CP., sin tener cuenta que debía imponer la pena del delito consumado aplicando el art. 400 CP , que establece para la tenencia de útiles, materiales, etc. la pena del delito consumado. Consecuentemente, el recurrente se ha visto beneficiado por un error no recurrido por la acusación”.

El art. 400 del C. Penal cita, expresamente, los programas informáticos, muy comunes, casi imprescindibles en la falsificación de tarjetas de crédito, programas que pueden encontrarse en internet lo cual no significa lógicamente la impunidad de la conducta como reconoce el T. Supremo en la sentencia de 9 de mayo de 2006: “En el caso de autos, el propio recurrente reconoce que de todos los útiles que le han sido hallados en su domicilio, el único destinado a falsificar tarjetas de créditos lo es el programa "CREDIT MASTER 2.0", el que es susceptible de crear medios de pago con efectividad para acceder al tráfico jurídico. Dice el recurrente que se encuentra "colgado" en la red al alcance de cualquiera que quiera hacerse con él. Esto no se declara en los hechos probados, pero aunque así fuera no neutralizaría el delito. Sabemos que muchos contenidos de internet son, o pueden ser, delictivos, en sus variadas formas de criminalidad por la que se accede a la red, y no por ello dejan de constituir delitos.

Por ejemplo, un programa informático para fabricar billetes de curso legal, eventualmente "colgado" en la red, no produciría la impunidad de la conducta de acceder a él, y "fabricar" moneda en papel falsa. Otro ejemplo: un programa para copiar discos legales a gran escala, no dejará de ser un posible instrumento de un delito contra la propiedad intelectual, si se expenden después con ánimo de lucro los discos copiados mediante ese sistema, por más que se encuentre gratuitamente "colgado" en la red. También alega que las entidades emisoras de tarjetas de crédito, como "V., S.A.", pueden neutralizar técnicamente sus tarjetas ante la existencia de estos programas informáticos. Cierto. Pero ello no producirá la impunidad delictiva de quien, utilizándolos, fabrique tarjetas falsas para introducirlas en el tráfico jurídico y engañar así a los productores de bienes o suministradores de servicios, utilizando tales tarjetas

para pagar por esos medios los productos o servicios adquiridos. El engaño típico en el delito de estafa es aquel que genera un riesgo jurídicamente desaprobado para el bien jurídico tutelado y concretamente el idóneo para provocar el error determinante del desplazamiento patrimonial que se persigue por el autor del delito. En suma, no puede desplazarse sobre el sujeto pasivo del delito de estafa la falta de resortes protectores autodefensivos, cuando el engaño es suficiente para provocar un error determinante en aquél.

Además, el recurrente no solamente contaba en el disco duro de su ordenador el citado programa informático, sino otros cuatro más "destinados a comprobar la validez de las numeraciones de tarjetas de crédito (Credit Card Checker v1.3; Credit Card Checker v1.4; Credit Card Veirfier Versión 1.1; y Easy Credit Card Checker Versión 1.0), además del aludido "Credit Master v2.0", "apto para la generación, verificación y extrapolación de tarjetas de crédito", y además "un fichero con un total de 2.995 números de tarjeta de crédito creados mediante extrapolación a partir de un número de tarjeta "V., S.A.". También poseía "múltiples comprobantes de pago o reintegros bancarios efectuados con dichos medios de pago por personas diversas para el abono de parking y reintegros de cajeros automáticos, los cuales fueron utilizados por el procesado, con el fin de obtener los números y códigos para la falsificación de tarjetas de crédito, creando la numeración y fecha de caducidad y operar a través de internet". Todos esos documentos, más otros que se reseñan en el relato histórico de la sentencia recurrida, son objetos "específicamente destinados a la falsificación de tarjetas de crédito mediante la creación de la numeración y fecha de caducidad" (hechos probados)".

## **XXII. COMPETENCIA OBJETIVA DE LOS TRIBUNALES**

La reforma del Código Penal operada por L.O. 5/2010 de 22 de junio, modifica la regulación de esta materia y estableciendo una nueva redacción en su Disposición Final Tercera del artículo 65.1.b) de la L.O.P.J. con el claro objetivo de reducir la competencia de la Audiencia Nacional a los casos en que "la falsificación de moneda y

fabricación de tarjetas de crédito y débito falsas y cheques de viajero falsos, siempre que sean cometidos por organizaciones o grupos criminales”.

Parece claro que al no citar el actual art. 65 de la LOPJ, los art. 386 y 399 bis del C. Penal y usar los términos “Falsificación de moneda” y “fabricación de tarjetas de crédito y débito falsas y cheques de viajero falsos” debe excluirse en todo caso de la competencia de la Audiencia Nacional el resto de conductas delictivas que apareciendo en los mencionados artículos no son estrictamente de falsificación o fabricación, como la tenencia, expendición, uso, etc.

Otra cosa será la expendición de moneda española cometida en el extranjero por extranjero, expresamente prevista en el art. 23 de la LOPJ y dado que es la Audiencia Nacional la competente para conocer de los delitos cometidos en el extranjero en los casos en que sea competente la jurisdicción española. Claro que lo mismo cabría decir de los delitos de falsificación de moneda cometidos por español en el extranjero, pero ello es una cuestión distinta.

En cualquier caso, respecto de esta competencia hasta ahora exclusiva de la A. Nacional conviene matizar el carácter restrictivo de la competencia penal que como órgano especializado corresponde a este órgano judicial, como de tiempo ha venido sosteniendo el T. Supremo, y como demuestra el ATS de 7 de diciembre de 2004 o el ATS de 17 de diciembre de 2010. Mientras no se deduzcan de la investigación datos indiciarios de suficiente relevancia que acrediten la existencia de una organización o grupo criminal, (teniendo en cuenta que debe distinguirse este fenómeno delictivo de la mera codelinuencia que no justifica la competencia de la Audiencia Nacional), deben, por tanto, acreditarse previamente los requisitos de la organización y el grupo criminal.

## **6. JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO**

### **1-SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO DE 17 DE ENERO DE 2017**

El acusado en fecha 6-3-13 solicitó en la empresa BMN-CAJA GRANADA, sucursal de Puerto-Lope, que se instalase en su empresa, El Bancal Obras y Reforma SL, sita en calle El Guerra, nº 67 de Granada, un TPV (Terminal Punto de Venta) con la supuesta finalidad de realizar operaciones propias de su negocio de construcción. A tal efecto se le asociaron a dicha terminal dos cuentas con los números NUM000 y NUM001, en las que figuraba con persona autorizada Octavio. Con dicha terminal el acusado realizó diversas operaciones fraudulentas, llegando a ingresar, por el procedimiento que se dirá a continuación, diversas cantidades que después el acusado hizo suyas.

Francisco realizó, con el terminal citado, diversas operaciones con tarjetas de crédito que pertenecían, a ciudadanos extranjeros, las tarjetas referidas habían sido emitidas por la entidad CITIBANK, y sus titulares no habían estado en España en las fechas en que las operaciones se realizaron. Dichas tarjetas habían sido donadas o sustraídas. El acusado con conocimiento del origen ilícito de las tarjetas citadas pasó por su TPV durante el periodo comprendido entre el 27-6-13 y el 22-8-13 las tarjetas citadas para simular operaciones que no respondían a la realidad, llegando incluso a imitar la firma de los titulares de dichas tarjetas en las boletas emitidas para estas operaciones, llegando a producirse en la entidad emisora de dichas tarjetas Citibank un perjuicio de 102.000 €."

La Audiencia de instancia dictó el siguiente pronunciamiento: "Que debemos condenar y condenamos al acusado, como autor responsable de los delitos de estafa y falsedad ya descritos, sin la concurrencia de circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal.

Las presunciones llamadas "de hombre" o "vulgares" por contraposición a las legales, constituyen un "método de fijar la certeza de ciertos hechos" y no un medio de prueba en sí mismo, es decir, comportan la actividad intelectual del Juez ordenada al análisis, valoración y explicación de la prueba, de forma que su eficacia es independiente incluso de su reconocimiento legal o jurisprudencial y por ello no puede estar sujeta a norma alguna. Actividad que debe desplegarse no solo cuando se trate de valorar la denominada prueba indiciaria sino igualmente los medios de prueba directos

(documentos, reconocimiento judicial) o indirectos por la interposición entre el objeto y el juzgador de un medio de prueba como puede ser el testigo o el perito, no bastando por ello en ningún caso la mera alusión a la apreciación en conciencia o conjunta de la prueba practicada. Pues bien, a partir de las viejas presunciones reguladas en el Código Civil, especialmente los previgentes artículos 1249 y 1253, acogidas en el vigente artículo 386 LEC, tanto la jurisprudencia Constitucional como la del Tribunal Supremo ha fijado y actualizado los criterios a seguir en el proceso penal, más exigentes en general que en el civil, para aceptar las mismas a la hora de desvirtuar la presunción de inocencia, estableciendo las tres condiciones básicas para ello: la afirmación del hecho básico o cierto mediante los medios de prueba admisibles, no admitiéndose mayoritariamente las presunciones, aunque no hay norma que lo impida, en el proceso penal, que pueden ser plurales o único, según el caso concreto, es decir, el hecho demostrado; el que se trate de deducir o hecho presunto, que debe ser distinto de los primeros; y el enlace preciso y directo según las reglas del criterio humano entre ambos que debe plasmar el Tribunal mediante el adecuado razonamiento en la sentencia, explicando su conexión o congruencia, pues los hechos en la realidad extraprosesal no se presentan aislados sino relacionados entre sí, conforme a las reglas de la lógica o de la sana crítica, las máximas de experiencia común, pues la técnica debe ser aportada por el medio pericial, y los conocimientos científicos notorios, estando todo ello sujeto desde luego al control casacional cuando se denuncia la vulneración del derecho fundamental a la presunción de inocencia ( SSTS 800 y 901/2016 ).

De manera que siendo plenamente razonable la meritada operación probatoria, y dando por reproducida nuestra doctrina sobre la prueba indiciaria, procede desestimar el motivo, tanto este como el tercero, que basado en un supuesto error facti sin cita alguna de documentos literosuficientes, vuelve a ser una repetición de un alegato defensivo no sustentado en dato alguno elocuente en pro de los intereses legítimos pero no atendibles de la defensa.

La Audiencia ha calificado los hechos como constitutivos de dos delitos continuados, uno de falsedad documental y otro de uso en perjuicio de otro de tarjetas falsificadas, y a sabiendas de la falsedad de la tarjeta, a que hacen referencia los arts.

392.1 y 399 bis.3 del Código Penal. La relación entre ellos es de concurso medial o instrumental.

Recordamos al efecto, que conforme se lee en la STS 206/2016, de 11 de marzo, la reforma operada por la L.O. 5/2010, en la punición de la falsificación de tarjetas de crédito a través del art. 399 bis, establece tres subtipos que deben diferenciarse correctamente.

El párrafo primero, con una penalidad de cuatro a ocho años de prisión, sanciona la falsificación, moderando la pena que antes era superior porque se identificaba con la falsificación de moneda (de ocho a doce años de prisión).

El párrafo segundo sanciona la tenencia, con destino a la distribución o tráfico, pero ha de entenderse referido a sujetos que no han tenido intervención en la falsificación. Si la hubiesen tenido, nos encontraríamos ante un concurso de leyes, en el que la falsificación consume la tenencia, que constituye un acto posterior copenado.

El párrafo tercero sanciona el uso, en perjuicio de otro y a sabiendas de la falsedad de la tarjeta, que se castiga con una pena inferior (de dos a cinco años), pero que solo es aplicable a quienes no han intervenido en la falsificación.

En los supuestos de tarjetas en las que figura el nombre del acusado, que son las más frecuentes, el tipo aplicable es el del párrafo primero y no el del párrafo tercero aunque se pretendan utilizar en perjuicio de terceros, porque dada la naturaleza de la falsificación como delito que no es "de propia mano" ha de entenderse que el acusado, o bien falsificó personalmente la tarjeta, o bien proporcionó una tarjeta plástica con su nombre al falsificador para que le añadiese otra banda magnética. En cualquier caso tuvo que "intervenir" en la falsificación proporcionando sus datos, por lo tanto el párrafo tercero no es aplicable (STS 29/2016, de 29 de enero y 276/2015, de 12 de mayo), y queda consumido en la sanción del primero, al tratarse de un concurso de leyes.

Cuando la tarjeta falsificada se utiliza efectivamente para intentar adquirir con ella algún bien, nos encontramos ante un concurso medial o instrumental, entre el delito

de falsificación y el delito patrimonial correspondiente (como sucedía con la tentativa de estafa, en un caso resuelto por la STS 330/2014, de 23 de abril).

Cuestión diferente sería si el concurso se produjese entre la estafa y el párrafo tercero, en cuyo caso nos encontraríamos ante un concurso de normas.

Pues, bien, este concurso de normas, entre tal delito y el delito de estafa agravada del art. 250.1.5º del Código Penal, como es el caso, por haberse llevado a efecto una defraudación por encima de 50.000 euros (pero sin continuidad en tal precepto agravado, pues ninguna de las defraudaciones superan por sí misma, tal cifra), tal concurso de normas, decimos, debe resolverse por el cauce de la alternatividad, a tenor de lo dispuesto en el art. 8-4º del propio Código, y no de especialidad, ya que carece de cualquier sentido privilegiar una estafa mediante la utilización de tarjeta de crédito falsificada que la generada mediante otro medio engañoso.

Siendo ello así, el concurso medial se ha castigar conforme al delito más grave, que lo será el de la estafa agravada, y de menor entidad punitiva, el delito continuado de falsedad en documento mercantil. Todo ello conforme a lo dispuesto en el art. 77.3 del Código Penal, reformado por la LO 1/2015, de 30 de marzo, con entrada en vigor a partir del 1 de julio de 2015.

Con la STS 863/2015, de 30 de diciembre, debemos recordar que tal concurso punitivo impone la obligación de constatar si la modificación efectuada en esta modalidad concursal puede resultar más favorable para los condenados, a los efectos de su aplicación retroactiva.

La reforma de 2015 modifica el art 77 CP introduciendo un nuevo párrafo tercero que diferencia específicamente la penalidad del concurso ideal o pluriofensivo, en sentido propio, de la que corresponde al denominado concurso medial o instrumental. Con anterioridad a la reforma ambos estaban sancionados con la misma pena, por lo que esta modificación tiene el valor positivo de que obliga a una más depurada técnica en la definición del concurso, evitando la calificación genérica de concurso ideal que en ocasiones se utilizaba de forma confusa en ambos supuestos de

aplicación del art 77. Pero también establece un marco punitivo complejo que puede generar dudas relevantes en su aplicación.

El nuevo régimen punitivo del concurso medial consiste en una pena de nuevo cuño que se extiende desde una pena superior a la que habría correspondido en el caso concreto por la infracción más grave, como límite mínimo, hasta la suma de las penas concretas que habrían sido impuestas separadamente por cada uno de los delitos, como límite máximo. El límite mínimo no se refiere a la pena "superior en grado" de la establecida legalmente para el delito más grave, lo que elevaría excesivamente la penalidad y no responde a la literalidad de lo expresado por el legislador, sino a una pena superior a la que habría correspondido, en el caso concreto, por la infracción más grave. Es decir, si una vez determinada la infracción más grave y concretada la pena tomando en consideración las circunstancias y los factores de individualización, se estima que correspondería, por ejemplo, la pena de cinco años de prisión, la pena mínima del concurso sería la de cinco años y un día. El límite máximo de la pena procedente para el concurso no podrá exceder de la "suma de las penas concretas que hubieran sido impuestas separadamente para cada delito". Es preciso determinar la pena en concreto del delito menos grave, teniendo en cuenta, como en el caso anterior, las circunstancias concurrentes.

Dentro de dicho marco se aplicarán los criterios expresados en el art 66 CP, pero, ya no deberíamos tenerlas en cuenta como reglas dosimétricas del artículo 66 CP, porque ya se han utilizado en la determinación del marco punitivo y, caso de hacerlo, se incurriría en un "bis in ídem" prohibido en el art. 67 CP.

Dice la STS 863/2015, citada, que deben tomarse en cuenta los criterios generales del art 66, pero no las reglas específicas, que ya han incrementado el límite mínimo del concurso por la apreciación de una agravante, que no puede ser aplicada de nuevo.

En este caso, el delito continuado de falsedad mercantil tiene una pena mínima de un año, nueve meses y un día de prisión (y multa), y el delito de estafa agravada (simple, no continuado), un año de prisión (y multa). El más grave es este último, que tiene un máximo mayor (también, mínimo, pero este es un criterio subsidiario).

Luego el conjunto al menos se tiene que castigar con un mínimo de un año, nueve meses y un día en prisión, pues si lo hiciéramos en un día más que la pena de un año dispuesta por el Código para el delito de estafa, se produciría el absurdo de que se penaría con menor castigo el conjunto, que el precedente a un solo delito continuado de falsedad en documento mercantil.

Para la concreta dosificación de la pena correspondiente al delito de estafa agravada (que cuenta con pena, como hemos dicho, de uno a seis años de prisión, más multa), a la vista de la cantidad total defraudada, que se corresponde con el doble de la dispuesta para la agravación, la pena debe imponerse en la suma de dos años y seis meses de prisión, que está fijada muy prudentemente en su tramo inferior, y de ahí partir para penar el concurso, sumando dos meses más de prisión a dicha pena base, lo que nos lleva a la pena total de dos años y ocho meses de prisión, más multa de ocho meses con la determinación de una cuota diaria de doce euros (que ha sido la prefijada por la Audiencia), con la responsabilidad personal subsidiaria dispuesta en el art. 53.1 del Código Penal. Esta pena es, en todo caso, inferior a la suma de las mínimas dispuestas por el legislador para cada uno de los dos delitos cometidos en su relación concursal medial o instrumental, aunque esta regla no es una exigencia del precepto, toda vez que el Código Penal lo único que impide es que la suma exceda del límite correspondiente a la sanción de los hechos por separado, operando con criterios de pena concretamente aplicable y no por parámetros estrictos de mínimos imponibles. En este sentido, estimamos el motivo.

## **2-SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO DE 12 DE ENERO DE 2017**

Desde fecha exacta no determinada pero próxima al mes de mayo de 2013, los hoy acusados Darío (conocido como Flequi y Cerilla) y Gerardo (conocido por Picón), venían dedicándose a la fabricación de billetes falsos de 50 euros con la idea de obtener un ilícito beneficio económico mediante su distribución en el mercado. Dichos billetes se confeccionaban mediante una impresora de inyección de tinta de gran resolución que

reproducía una imagen previamente digitalizada mediante un escáner de gran resolución y con auxilio de un equipo informático, dando lugar a unos billetes que, por el parecido a primera vista con los originales, eran aptos para inducir a error a cualquier ciudadano medio, pues presentaban características físicas de apariencia y tamaño análogas a las verdaderas y, en su versión más elaborada, simulaban las inserciones holográficas mediante papel laminado adherido mediante termocontacto, así como la marca de agua impresa mediante un útil de escritura en el reverso.

Tal actividad se llevaba a cabo en un taller informático clandestino ubicado en el ático de la vivienda de Gerardo sito en la CALLE000 n° NUM000 de la localidad de Villamuriel de Cerrato (Palencia), donde ambos disponían de equipos informáticos de alta gama, programas informáticos específicos, impresoras de gran resolución, así como los diversos útiles necesarios para la fabricación de los mencionados billetes.

Para ello, el citado Gerardo, se ocupaba por sus conocimientos informáticos del proceso tecnológico de elaboración de las plantillas de estampación y de la impresión de los billetes en papel. Por su parte, Darío se ocupaba del cortado los billetes mediante una guillotina que poseía en su domicilio y de la distribución posterior, poniéndose en contacto con personas desconocidas tanto de dentro de Palencia como de otras provincias, aunque también disponía en su domicilio de diverso material para la falsificación.

De hecho, como resultado de las diligencias de entrada y registro practicadas con autorización judicial el día 23 de mayo 2013 en los domicilios de los acusados, se les ocupó numeroso material y efectos destinados y apto para la falsificación, así como 138 billetes falsos de 50 euros € (con un valor total de 6.900 euros), en distintas fases de fabricación.

En concreto, en el domicilio de Gerardo sito en la CALLE000 n° NUM001 de la localidad de Villamuriel de Cerrato, se intervinieron equipos informáticos y hardware, así como otros útiles y efectos materiales destinados a la fabricación de billetes, y, entre ellos, cinco discos duros de memoria, una impresora HP Pavillion, un lector de tarjetas, un ordenador clónico motando, un westwer digitanl, un router de ONO, un pen drive usb, un ordenador clónico, un teclado y ratón, una pantalla marcar blusesns, una

impresora HP, una impresora multifunción Epson 715, una impresora multifunción marca Brother, una cámara Samsung, una tarjeta SIM de Vodafone, cuatro roturadores y dos bolígrafos, un rollo de papel Albal, un folio de aluminio con relieve para hacer hologramas, un recorte de un holograma, dos planchas una de pero y otra de silvercres, un cordón de cintas doradas y una regla casera de metacrilato.

También fueron hallados programas informáticos y software dirigidos a posibilitar la falsificación de billetes de 50 euros. En concreto, en el disco duro marca MAXTOR (modelo DiamondMax 22, de 500 gigas, con número de serie NUM002), se contenían archivos relacionados con la falsificación de billetes de 50 euros, imágenes de medidas de seguridad, imágenes de utensilios y material, Imágenes de hologramas de seguridad y diversas caras de billetes de 50 euros escaneados a muy alta resolución, dando lugar a imágenes de 409 Mb y 1,59 Gb de peso, creando con ello planchas o folios molde.

Además, se ocuparon diez folios con billetes de 50 euros impresos por ambas caras, dos billetes de 50 euros sueltos y, en la papelera, un folio con tres billetes de 50 euros impresos por ambas caras y un billete de 50 euros arrugado. Billetes que contenían la numeración NUM003, NUM004, NUM005 y NUM006. Finalmente se ocupó un revólver simulado marcar Blow 38 de calibre 9 milímetros, para cuya tenencia al ser detonador no se requiere ningún tipo de licencia.

Por su parte, en el domicilio del acusado Darío sito en la CALLE001 número NUM007, NUM008, de Palencia, se intervinieron también útiles que efectos materiales destinados a la fabricación de los billetes; así como entre otros efectos y en el salón se ocupó una guillotina de papel que era usada para el corte de los billetes impresos, un portátil marca Acer con ratón, una impresora HP D 2360, una tablet Géminis, rotuladores, y cuatro teléfonos, siendo dos de ellos de la marca Nokia y los otros Samsung y LG, con sus respectivos cargadores.

También se ocuparon 101 billetes de 50 euros ya fabricados o en fase de fabricación, de los cuales fueron hallados ochenta y siete en un sobre de papel blanco, otros ocho en otro sobre y tres billetes en un tercer sobre.

También fueron ocupados dos billetes sueltos de 50 euros, dos copias billetes de 50 euros arrugados, un folio con tres billetes de 50 euros y un billete de 50 euros cortado. Los billetes llevaban las numeraciones NUM003, NUM005, NUM006, NUM009, NUM010 y NUM011.

En la cocina y en el cuarto pequeño y patio fue hallada una bolsita con 0,24 gramos de cocaína (que no consta destinada al tráfico), una balanza de precisión, bridas y una pistola simulada de aire comprimido marca Repeteair 1008, calibre 4,5 mm, para cuya tenencia no es necesaria licencia alguna, así como ocho balas de calibre grande y siete de calibre pequeño.

Los billetes falsos que fueron ocupados en el respectivo domicilio de Darío y Gerardo, eran coincidentes parcialmente en sus números de serie, siendo ligerísimamente de menor tamaño (139x77 mm) que un original (140x77 mm), si bien tal circunstancia solo era detectable mediante la superposición. En todos los casos carecían de hilo de seguridad y estaban fabricados en papel rugoso más grueso que el oficial, aunque con sonoridad y carteo.

Habían sido impresos mediante una impresora de inyección de tinta que reproducía una imagen previamente digitalizada. También mediante impresión se copiaba la imagen análoga correspondiente al holograma, si bien, en algunos de ellos, el holograma había sido recubierto con laminados metálicos plateados que brillaban emitiendo destellos. Diez ejemplares presentaban una imitación de la marca de agua realizada mediante su impresión en el reverso con un útil de escritura de dibujo (bolígrafo o rotulador) de tinta blanca o simpática, habiendo simulado únicamente el motivo arquitectónico y la cantidad o valor. No obstante estar realizada únicamente en el reverso, el dibujo que simula la marca de agua limita al trasluz el paso de la luz por lo que se aprecian claroscuros similares a los de los elementos originales. En conjunto se trata de billetes que para una persona no experta puede inducir a error sobre su autenticidad al presentar características confundibles con las auténticas.

En esta actividad ilícita y dentro de esta fase de falsificación, los acusados Darío y Gerardo se valieron de la colaboración del también acusado Manuel (conocido como Perico o Gótico), quien siendo conocedor de la mencionada actividad de fabricación de billetes por parte de los citados Darío y Gerardo, auxilió a estos colaborando tanto en la actividad de fabricación como en la distribución de los billetes de 50 euros falsificados.

Así, en la primera fase, se encargó de la colocación en los billetes de materiales que simulaban los hologramas que existen en los billetes auténticos; adquiriendo algunos materiales empleados en la impresión y elaboración de los billetes. También le fueron entregados varios pliegos de billetes ya impresos pero sin cortar para que los cortase y colocase directamente los hologramas y así poder distribuirlos o "colocarlos" a terceras personas.

La Audiencia de instancia dictó el siguiente pronunciamiento: "Fallamos Que debemos condenar y condenamos a Darío, Gerardo y Manuel, a los dos primeros como autores responsables de un delito de fabricación de moneda falsa, ya definido, y al tercero, como cómplice de dicho delito, sin concurrencia de circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal, a las penas, a cada uno de los dos primeros, de ocho años de prisión, con inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de condena, y multa de siete mil euros (7.000 euros), y, al tercero, a la pena de cuatro años de prisión, con inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de condena, y multa de tres mil quinientos euros (3.500 euros).

La tesis que sostiene la defensa se centra en afirmar que las escuchas telefónicas a partir de las que se obtuvieron las pruebas de cargo practicadas en la vista oral del juicio se acordaron y tramitaron infringiendo normas constitucionales y ordinarias, por lo que se trata de un material probatorio viciado de raíz cuya invalidez genera una nulidad probatoria que impide desvirtuar el derecho fundamental a la presunción de inocencia de los recurrentes.

Destaca la defensa como infracciones de las intervenciones telefónicas la no exteriorización de indicios que pudieran justificar las escuchas que se practicaron por el Juzgado de Instrucción, incurriendo en falta de motivación de las resoluciones judiciales que autorizaron la medida; se denuncia también la ausencia de control judicial respecto a la intervención de los teléfonos de los afectados; la disociación entre la autorización y la investigación realmente practicada, lo que habría infringido el principio de especialidad; la entrega de copias en el Juzgado en lugar de los originales; y la falta de competencia territorial del Juzgado de Instrucción de Burgos para acordar la medida, ya que los hechos se habían perpetrado dentro del partido judicial de Palencia.

El Tribunal Constitucional ha venido señalando reiteradamente que la resolución judicial en la que se acuerda la medida de intervención telefónica debe expresar o exteriorizar las razones fácticas y jurídicas que apoyan la necesidad de tal intervención, esto es, cuáles son los indicios que existen acerca de la presunta comisión de un hecho delictivo grave por una determinada persona, así como concretar con precisión el número o números de teléfono y personas cuyas conversaciones han de ser intervenidas -en principio, deberán serlo de las personas sobre las que recaigan los indicios referidos-, el tiempo de duración de la intervención, quiénes han de llevarla a cabo y cómo, y los períodos en los que deba darse cuenta al Juez (SSTC 82/2002; 167/2002; 184/2003; 165/2005; 136/2006; 197/2009; y 26/2010).

También advierte que la obligación de apreciar razonadamente la conexión entre el sujeto o sujetos que iban a verse afectados por la medida y el delito investigado, esto es, el presupuesto habilitante de la intervención telefónica, constituye un *prius* lógico del juicio de proporcionalidad (SSTC 49/1999, FJ 7; 138/2001, FJ 3; 165/2005, FJ 4; 219/2006; 220/2006; 239/2006; y 253/2006).

Precisa el Tribunal Constitucional, en lo que respecta a los indicios, que son algo más que simples sospechas, pero también algo menos que los indicios racionales que se exigen para el procesamiento. Esto es, "sospechas fundadas" en alguna clase de datos objetivos, que han de serlo en un doble sentido: en el de ser accesibles a terceros, sin lo que no serían susceptibles de control; y en el de que han de proporcionar una base real

de la que pueda inferirse que se ha cometido o que se va a cometer el delito, sin que puedan consistir en valoraciones acerca de la persona. Han de excluirse las investigaciones meramente prospectivas, pues el secreto de las comunicaciones no puede ser desvelado para satisfacer la necesidad genérica de prevenir o descubrir delitos o para despejar las sospechas sin base objetiva que surjan de los encargados de la investigación, ya que de otro modo se desvanecería la garantía constitucional; exclusión que se extiende igualmente a las hipótesis subjetivas y a las meras suposiciones y conjeturas, pues si el secreto pudiera alzarse sobre la base de esas hipótesis, quedaría materialmente vacío de contenido (SSTC 49/1999; 166/1999; 171/1999; 299/2000; 14/2001; 138/2001; 202/2001; 167/2002; 261/2005; 136/2006; 253/2006; 148/2009; 197/2009 ; 5/2010; y 26/2010).

Matiza el Tribunal Constitucional que el hecho en que el presunto delito pueda consistir no puede servir como fuente de conocimiento de su existencia; la fuente del conocimiento y el hecho conocido no pueden ser la misma cosa (SSTC 299/2000; 167/2002; y 197/2009). Sin que, además, la carencia fundamental de la expresión de los elementos objetivos indiciarios y la ausencia de los datos indispensables pueda ser justificada a posteriori por el éxito de la investigación misma (SSTC 138/2001 y 167/2002).

De otra parte, aunque lo deseable es que la expresión de los indicios objetivos que justifiquen la intervención quede exteriorizada directamente en la resolución judicial, ésta puede considerarse suficientemente motivada si, integrada incluso con la solicitud policial , a la que puede remitirse, contiene los elementos necesarios para considerar satisfechas las exigencias para poder llevar a cabo con posterioridad la ponderación de la restricción de los derechos fundamentales que la proporcionalidad de la medida conlleva (SSTC 200/1997; 166/1999; 171/1999; 126/2000; 299/2000; 138/2001; 202/2001; 184/2003; 261/2005; 136/2006; 197/2009; 5/2010 y 26/2010).

Por su parte, este Tribunal de Casación, siguiendo la doctrina constitucional, tiene establecido en reiteradas resoluciones (SSTS 77/2007, de 7-2; 610/2007, de 28-5; 712/2008, de 4-11; 778/2008, de 18-11; 5/2009, de 8-1; 737/2009, de 6-7; 737/2010, de 19-7; 85/2011, de 7-2; 334/2012, de 25-4; y 85/2013, de 4-2) que de la nota de la

judicialidad de la medida de la intervención telefónica se derivan, como consecuencias inherentes, que sólo la autoridad judicial competente puede autorizar el sacrificio del derecho fundamental al secreto de las comunicaciones y a la intimidad, y siempre con la finalidad exclusiva de proceder a la investigación de un delito concreto y a la detención de los responsables, rechazándose las intervenciones predelictuales o de prospección. Esta materia se rige por el principio de especialidad en la investigación.

La medida -señalan las sentencias citadas de este Tribunal- debe ser fundada en el doble sentido de adoptar la forma de auto y expresar una motivación o justificación suficientes. Ello exige de la policía solicitante la expresión de la noticia del hecho delictivo a comprobar y la probabilidad de su existencia, así como de la implicación posible de la persona cuyo teléfono es el objeto de la intervención. Los datos facilitados por la policía han de tener un grado de objetividad que los diferencie de la mera intuición policial o conjetura. Deben ser objetivos en el doble sentido de ser accesibles a terceros y, singularmente, al Juez que debe decidir sobre la medida, pues de lo contrario se estaría en una situación ajena a todo posible control judicial. Y es obvio que el Juez, como director de la investigación judicial, no puede adoptar el pasivo papel del vicario de la actividad policial que se limita a aceptar sin control alguno lo que le diga la policía en el oficio. En definitiva, en la terminología del TEDH, se deben facilitar por la autoridad policial las " buenas razones " o " fuertes presunciones " a que dicho Tribunal se refiere en los casos Lüdi -5 de junio de 1997-, o Klass -6 de septiembre de 1998-. Se trata de términos semejantes a los que se emplean en el art. 579 LECrim.

Pues bien, en el caso concreto que ahora se juzga consta en los folios 642 y ss. de la causa un oficio policial de 20 de mayo de 2013, mediante el que la Comandancia de la Guardia Civil de Burgos, actuando como Unidad Orgánica de Policía Judicial, presentó en el Juzgado de Guardia de esa ciudad una solicitud de intervención telefónica. En ella se especificaba que, con fecha 13 de marzo de 2013, una denunciante y su hijo pusieron en conocimiento de la policía judicial que una persona apodada "Pelosblancos" había proporcionado a otro hijo y hermano, respectivamente, de los denunciantes sustancia estupefaciente, en concreto cocaína, impidiendo con ello que

siguiera el tratamiento de desintoxicación a que estaba siendo sometido. En vista de lo cual, se acordó por el Juzgado de Instrucción nº 3 de Burgos la intervención del teléfono de Victorio (Pelosblancos) y de Juan Carlos (Bicho) para el esclarecimiento de los hechos denunciados relativos al tráfico de drogas. Se dictaron al efecto el auto de 4 de abril de 2013, y los posteriores de 19 de abril y 4 y 9 de mayo, constatándose escalonadamente indicios de que aquéllos se dedicaban a la distribución de sustancias estupefacientes. Y en el curso de esa investigación, se escucharon varias conversaciones entre las fechas 9 y 19 de mayo de las que se inferían datos indiciarios relacionados con la fabricación de billetes falsos, según se aprecia con claridad en los folios 643 y ss. de la causa.

Con base en lo anterior, la Magistrada-Juez del Juzgado de Instrucción nº 3 de Burgos dictó el 20 de mayo de 2013 un auto en el que se consigna un resumen de los indicios acreditativos de un posible delito de falsificación de moneda, en concreto billetes de 50 euros, así como de las medidas que adoptan los implicados para no ser descubiertos. En la resolución se autoriza la continuación de la intervención y observación de los números telefónicos NUM012 y NUM013 usados por Juan Carlos y los dos recurrentes, al efecto de que se investigue también el delito de falsificación de moneda.

Por consiguiente, el auto de intervención telefónica con el que se amplía la investigación del delito de tráfico de drogas a un delito de falsificación de moneda sí aparece debidamente motivado, ya que en él se reseñan los datos objetivos que han aflorado en las intervenciones telefónicas previas, datos que se concretan suficientemente para apoyar la medida, sin que se trate pues de un mero auto/modelo o de un impreso estereotipado ni fundamentado con una mera remisión al oficio policial. Muy al contrario, se plasman en él buenas razones o fuertes presunciones de la existencia de un presunto delito previsto en el art. 386 del C. Penal.

No se albergan por tanto dudas de que la medida era idónea para el fin que se pretendía. También era necesaria, dado que, tras apreciar los notables indicios de que se estaban fabricando billetes falsos, era imprescindible para completar la investigación

prolongar las escuchas telefónicas con respecto a la investigación del nuevo delito. Por último, al tratarse de un presunto delito grave, puesto que conllevaba una pena mínima que alcanzaba los ocho años de prisión, la autorización judicial cumplimentaba el principio de proporcionalidad en sentido estricto.

En lo que respecta a las quejas referentes a la falta de un auténtico control judicial de las intervenciones telefónicas en el curso de las cuales se descubrieron los datos relativos a la falsificación de billetes, la parte recurrente alega que no se aportaron las grabaciones originales ni completas de las escuchas, sino una selección realizada por la policía; y también señala que no fueron escuchadas por la Juez que investigaba los hechos a presencia del Secretario Judicial.

Sin embargo, en contra de lo que esgrime la parte recurrente, no son esos los requisitos que impone la jurisprudencia para realizar un correcto control judicial acorde con las normas constitucionales. En efecto, el control judicial de la ejecución de la medida de intervención telefónica se integra en el contenido esencial del derecho ex art. 18.3 CE, en cuanto es preciso para su corrección y proporcionalidad (STC 49/1999).

Ese control judicial puede resultar ausente o deficiente en caso de falta de fijación temporal de los períodos en que debe darse cuenta al Juez de los resultados de la restricción, así como en caso de su incumplimiento por la policía, e igualmente queda afectada la constitucionalidad de la medida si por otras razones el Juez que la autorizó no efectúa un seguimiento de las vicisitudes del desarrollo y cese de la intervención telefónica, y si no conoce el resultado obtenido en la investigación (SSTC 49/1996; 49/1999; 166/1999; 299/2000; 138/2001; y 202/2001). Ahora bien, no resulta necesario para realizar el control que se entreguen las cintas grabadas a la autoridad judicial en el momento en que acuerda prorrogar la medida, pues el Juez puede tener puntual información de los resultados de la intervención telefónica a través de los informes de quien la lleva a cabo (STC 82/2002, FJ 5; 205/2005, FJ 4; 26/2006, FJ 8; 239/2006; y 197/2009).

Y también subraya el Tribunal Constitucional que no constituyen una vulneración del derecho al secreto de las comunicaciones las irregularidades cometidas en el control judicial a posteriori del resultado de la intervención telefónica, pues no tienen lugar durante la ejecución del acto limitativo de derechos, sino en la incorporación de su resultado a las actuaciones sumariales. En definitiva, todo lo que respecta a la entrega y selección de las cintas grabadas, a la custodia de los originales y a la transcripción de su contenido, no forma parte de las garantías derivadas del art. 18.3 CE, sin perjuicio de su relevancia a efectos probatorios, pues es posible que la defectuosa incorporación a las actuaciones del resultado de una intervención telefónica legítimamente autorizada no reúna la garantía de control judicial y contradicción suficientes como para convertir la grabación de las escuchas en prueba válida para desvirtuar la presunción de inocencia (SSTC 49/1999, FJ 5; 166/1999, FJ 2; 236/1999, FJ 4; 126/2000, FJ 9; 14/2001, FJ 4; y 202/2001, FJ 7).

Por consiguiente, las alegaciones que efectúa la defensa sobre la falta de control judicial no se ajustan a las exigencias de la normativa constitucional ni por tanto concurren en el caso los supuestos propios de una declaración de la nulidad que se postula en el escrito de recurso. Pues la aplicación de la norma constitucional no exige la aportación de las grabaciones originales ni tampoco completas, ni es necesario tampoco, en contra de lo que se dice en el recurso, que las grabaciones que se van presentando secuencialmente sean escuchadas directamente por la Juez de Instrucción a presencia del Secretario Judicial.

La queja de los recurrentes carece también de una base razonable en ese punto concreto del recurso.

La cuestión de mayor enjundia que suscita la defensa con respecto a las intervenciones telefónicas es la que atañe a la cumplimentación del principio de especialidad. A este respecto, se aduce en el recurso que la Guardia Civil, una vez que tomó conocimiento de la posible existencia de un delito de falsificación de moneda,

continuó la investigación por medio de la intervención telefónica que se estaba llevando a cabo sin que se ejercitara un control judicial real respecto a los nuevos hechos delictivos descubiertos. De manera que se prosiguió la investigación del nuevo delito mediante las intervenciones telefónicas desde los días 9 a 19 de mayo de 2013 sin que se diera cuenta a la Juez de Instrucción de la novedad habida en el curso de la investigación, información que sólo se le proporcionó a partir del día 20 de mayo.

Por lo cual, considera la parte recurrente que las escuchas telefónicas referentes a los nuevos hechos delictivos son nulas de pleno derecho y carecen de toda eficacia al infringir los requisitos de judicialidad y especialidad que han de observarse en esa clase de actuaciones que menoscaban un derecho fundamental, en este caso el derecho al secreto de las comunicaciones (art. 18.3 CE).

Con respecto a la materia relacionada con la cuestión que suscita la defensa, ha afirmado el Tribunal Constitucional en la sentencia 41/1998, de 24 de febrero, lo siguiente: "... el que se estén investigando unos hechos delictivos no impide la persecución de cualesquiera otros distintos que sean descubiertos por casualidad al investigar aquéllos, pues los funcionarios de Policía tienen el deber de poner en conocimiento de la autoridad penal competente los delitos de que tuviera conocimiento, practicando incluso las diligencias de prevención.. ". Y en la sentencia del mismo Tribunal 104/2006, de 3 de abril, se incide de nuevo en que es irrelevante que en dicha intervención se descubrieran otros hechos delictivos, pues como se sostuvo en la STC 41/1998, de 24 de febrero, "la Constitución no exige, en modo alguno, que el funcionario que se encuentra investigando unos hechos de apariencia delictiva cierre los ojos ante los indicios de delito que se presentaren a su vista, aunque los hallados casualmente sean distintos a los hechos comprendidos en su investigación oficial, siempre que ésta no sea utilizada fraudulentamente para burlar las garantías de los derechos fundamentales".

En la STC 220/2009, de 21 de diciembre, se advierte que el secreto de las comunicaciones no puede ser desvelado para satisfacer la necesidad genérica de prevenir o descubrir delitos o para despejar las sospechas sin base objetiva que surjan en los encargados de la investigación, ya que de otro modo se desvanecería la garantía constitucional (por todas, entre otras muchas, SSTC 49/1999, de 5 de abril; 166/1999, de 27 de septiembre; 167/2002, de 18 de septiembre; 259/2005, de 24 de octubre; 253/2006, de 11 de septiembre; 197/2009, de 28 de septiembre).

En la jurisdicción ordinaria, la STS 717/2016, de 27 de septiembre, remarca que cuando se trata de investigaciones realizadas mediante intervenciones telefónicas, entre los requisitos que deben ser observados se encuentra el de la especialidad de la medida, en el sentido de que la intervención debe de estar orientada hacia la investigación de un delito concreto, sin que sean lícitas las observaciones encaminadas a una prospección sobre la conducta de una persona en general. Lo que no excluye que los hallazgos casuales sugerentes de la posible comisión de otros delitos distintos no sean válidos, sino que la continuidad en la investigación de ese hecho delictivo nuevo requiere de una renovada autorización judicial (en este sentido, entre otras, SSTS 468/2012, de 11 de junio; 157/2014, de 5 de marzo; 425/2014, de 28 de mayo; 499/2014, de 17 de junio).

En la STS 1060/2013, de 23 de setiembre, se transcribe la STS 777/2012, de 17 de octubre, en la que se dice lo siguiente: Esta Sala Casacional ha declarado repetidamente que el hallazgo casual, es decir, el elemento probatorio novedoso que no está inicialmente abarcado por el principio de especialidad, puede ser utilizado en el propio o distinto procedimiento, bien por tratarse de un delito flagrante o bien por razones de conexidad procesal, siempre que, advertido el hallazgo, el juez resuelva expresamente continuar con la investigación para el esclarecimiento de ese nuevo delito, ante la existencia de razones basadas en los principios de proporcionalidad e idoneidad. El hallazgo no solamente se proyecta hacia el futuro, como en el caso de unas intervenciones telefónicas en donde resultan indicios de la comisión de otros delitos diferentes a los investigados, sino que también puede producirse hacia el pasado, como

cuando en el curso de un registro domiciliario aparecen evidencias de otros ilícitos, o cuando las intervenciones telefónicas pueden arrojar datos sustanciosos acerca de la participación de los comunicantes en hechos no inicialmente investigados por esa vía, con tal que, como hemos dicho, tal línea de investigación sea puesta de manifiesto ante el juez, y éste, valorando los intereses en juego, acceda a su incorporación al proceso, conjugando un elemental principio de proporcionalidad. Se trata, en suma, de aquellos descubrimientos casuales que pueden aportar luz para el esclarecimiento de los hechos de carácter novedoso (puesto que permanecían ocultos), y que han de ser investigados, siempre que la autoridad judicial pondere su importancia, salvaguarde el principio de especialidad y justifique su necesidad y proporcionalidad.

Y, por último, en la STS 616/2012, de 10 de julio, se afirma que por la denominada doctrina del hallazgo casual se legitiman aquellas evidencias probatorias que inesperadamente aparecen en el curso de una intervención telefónica, eventualmente en un registro domiciliario, de forma totalmente imprevista, aunque la doctrina de esta Sala ha exigido que, para continuar con la investigación de esos elementos nuevos y sorprendidos, se han de ampliar las escuchas, con fundamento en el principio de especialidad, a través del dictado de una nueva resolución judicial que legitime tal aparición y reconduzca la investigación, con los razonamientos que sean precisos, para continuar legalmente con la misma. En el propio sentido, la STS 768/2007, de 1 de octubre, declara que la doctrina de esta Sala ha entendido que el hecho de que el hallazgo de elementos probatorios de un determinado delito se produzca en el curso de la investigación autorizada para otro delito distinto no supone la nulidad de tal hallazgo como prueba de cargo.

Pues bien, trasladando los criterios precedentes al caso concreto, conviene subrayar, en primer lugar, que el examen de las diligencias de escucha en que afloraron los datos referentes a un presunto delito de falsificación de moneda constata que ha sido un periodo de once días el que tuvieron los funcionarios para verificar la existencia de indicios de un nuevo delito. Por lo tanto, si se pondera el margen de tiempo que tienen

los agentes para verificar el contenido de las nuevas escuchas, el alcance de las mismas y su repercusión en el conjunto de la investigación, a lo que ha de sumarse la dación de cuenta a sus superiores y la preparación del atestado con la nueva solicitud de autorización de una escucha que afecte también a los nuevos hechos delictivos, no puede concluirse que se esté ante un supuesto en que la dación de cuenta a la autoridad judicial se haya producido con una demora que permita hablar de una actuación policial fraudulenta en orden a esquivar maliciosamente la judicialización de la investigación de los nuevos hechos.

Así las cosas, si bien puede afirmarse que la reacción policial no resultó inmediata a la aparición de las conversaciones referentes al nuevo delito en la grabación de las escuchas, lo cierto es que tampoco se produjo con una demora que permita hablar -si se atiende a la propia mecánica de la grabación, a la escucha de lo grabado y a la ponderación de su relevancia incriminatoria- de una dilación que determine la nulidad del contenido de las escuchas con respecto a las fechas de esos 11 días. Máxime si, tal como se argumenta por la Audiencia y el Ministerio Fiscal, cuando se escucharon los datos determinantes de las diligencias de registro domiciliario ya había sido autorizada la escucha específicamente encauzada para la investigación del nuevo delito de falsificación de moneda.

La ponderación del grado de demora en la dación de cuenta al Juzgado y de la posible falta de cobertura judicial del contenido de algunas de las conversaciones afectantes al nuevo delito, una vez sopesada la mecánica de actuación policial en el ámbito de las escuchas y la comunicación de su contenido al órgano judicial, no permite concluir que se esté ante una vulneración del derecho fundamental al secreto de las comunicaciones que derive en la nulidad procesal que postula la defensa.

A este respecto, conviene traer a colación el supuesto recogido en la sentencia 636/2012, de 13 de julio (fundamentos primero y segundo), en la que con ocasión de

denunciar también la infracción del principio de especialidad por la distancia temporal que medió entre el conocimiento de la noticia criminis por el Servicio de Vigilancia Aduanera y la transmisión de esa misma noticia al Juzgado de instrucción -un total de 24 días-, esta Sala consideró que no existió falta de control judicial, pues entendió que el tiempo fue el estrictamente necesario para conocer el verdadero alcance de los datos e informaciones que los agentes iban obteniendo durante las escuchas. E hizo especial hincapié en que la cristalización del objeto del proceso se verifica de forma paulatina y, por tanto, ajena a respuestas súbitas dictadas anticipadamente a lo que exige la sosegada ponderación de los hechos que las investigaciones van poniendo de manifiesto, precisando en la misma sentencia que es lógico que pase el tiempo indispensable para que los agentes de policía que llevan a cabo el seguimiento puedan detectar la información, analizarla, interracionarla y, por último, dar cuenta a la autoridad judicial.

En vista de todo lo razonado, la tesis del recurso no puede prosperar, excluyéndose así la nulidad de las intervenciones telefónicas y también la de las diligencias de registro practicadas a partir de las mismas.

Por último, denuncian también los recurrentes la falta de competencia territorial de la Juez de Instrucción de Burgos para conocer del nuevo delito y para acordar la autorización de las escuchas relativas a la falsificación de moneda, toda vez que los hechos se estaban perpetrando dentro del partido judicial de Palencia. Sobre este extremo concreto es importante resaltar que al inicio de la investigación no podía conocerse de forma fehaciente cuál era realmente el ámbito territorial que abarcaba el nuevo comportamiento delictivo, ni tampoco por supuesto cuál era el grado de conexidad entre las dos conductas delictivas investigadas, toda vez que, aparentemente, alguno de los implicados en el tráfico de drogas también lo estaba en la falsificación de moneda. Por lo cual, no podía hablarse de una desconexión procesal de los objetivos de ambas investigaciones. Lo razonable era, pues, que fuera el juez que estaba

conduciendo la investigación hasta ese momento el que asumiera el conocimiento de la instrucción de los nuevos hechos delictivos.

Por lo demás, también es de sobra conocido que las consecuencias de una vulneración de la competencia territorial no son las mismas que las que genera la falta de competencia objetiva o funcional, dado el alcance que tienen unas y otras. A este respecto, establece la STS 714/2016, de 26 de septiembre, que a su vez se remite, entre otras, a la 413/2013, de 10 de mayo, que los efectos anulatorios de los arts. 11 238.1 y 240 LOPJ únicamente se producirían en los casos en que las diligencias hubieran sido acordadas por un Juez de otro ámbito jurisdiccional, sin competencia objetiva para la investigación de delitos, siendo aplicables el art. 22.2 LECr y art. 243.1 LOPJ en orden al principio de conservación de los actos encaminados a la investigación de los delitos, sobre todo si tenemos en cuenta la habitualidad y frecuencia con que se inicia una causa ante un Juez de Instrucción, en cuyo conocimiento se ponen los hechos, y luego, practicadas determinadas diligencias, se remiten las actuaciones a otro órgano judicial.

La infracción procesal predicable de la instrucción por falta de competencia territorial no acarrea la sanción de nulidad que el artículo 238 de la Ley Orgánica del Poder Judicial reserva para los casos de falta de competencia objetiva y funcional. Al contrario, la propia Ley de Enjuiciamiento Criminal establece la subsistencia y validez de lo actuado por jueces instructores sin competencia territorial mientras se dilucida la correspondiente cuestión competencial. Menos aún cabe calificar dichas actuaciones como incursas en la ilicitud que, conforme al artículo 11 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, impide la utilización de lo así sabido como medio de prueba.

Siendo así, tampoco en este último aspecto resulta viable la queja de la parte recurrente. Por todo lo cual, debe rechazarse este primer motivo del recurso.

En el motivo segundo se invoca, por la vía del art. 849.1º de la LECr., la infracción del art. 386.1º del C. Penal por su aplicación indebida al caso concreto. Alega la parte recurrente que no se ha acreditado que se haya falsificado moneda puesto que el material intervenido son meras fotocopias de un mismo billete, con la misma numeración y con un papel más grueso que el normal detectable al tacto y de un tamaño menor al auténtico, dando la impresión que se está más bien ante un panfleto publicitario inacabado que ante un billete falso. Ello quedaría confirmado por la falta de constancia de que alguno de los billetes falsificados hubiera entrado en el tráfico mercantil. Con lo cual, se estaría ante unas falsificaciones que carecían de idoneidad para engañar al ciudadano medio.

Estos argumentos y consideraciones impugnativas de la defensa se desvían de forma sustancial del cauce de infracción de ley que se utiliza en el escrito de recurso, pues la parte lo que hace realmente es cuestionar la premisa fáctica de la sentencia y a partir de ahí, basándose en la versión que sostiene, excluye el juicio de subsunción que hace el Tribunal sentenciador.

En efecto, en la sentencia recurrida se declara probado que ambos recurrentes se dedicaron a la fabricación de billetes falsos de 50 euros con la idea de obtener un ilícito beneficio económico mediante su distribución en el mercado. Dichos billetes se confeccionaban mediante una impresora de inyección de tinta de gran resolución que reproducía una imagen previamente digitalizada mediante un escáner también de gran resolución y con auxilio de un equipo informático, elaborando unos billetes que, por el parecido a primera vista con los originales, eran aptos para inducir a error a cualquier ciudadano medio; pues presentaban características físicas de apariencia y tamaño análogas a las verdaderas y, en su versión más elaborada, simulaban las inserciones holográficas mediante papel laminado adherido por termocontacto, así como la marca de agua impresa mediante un útil de escritura en el reverso.

Como puede fácilmente apreciarse poco tiene que ver la narración fáctica que postulan los impugnantes en el escrito de recurso con lo que se afirma como probado por la Audiencia. Visto lo cual, ha de recordarse una vez más que esta Sala viene sosteniendo de forma reiterada (SSTS 283/2002, de 12-2; 892/2007, de 29-10; 373/2008, de 24-6; 89/2008, de 11-2; 114/2009, de 11-2; y 384/2012, de 4-5, entre otras muchas) que el objeto de este recurso por infracción de ley se reduce exclusivamente a comprobar si, dados los hechos que se declaran probados en la sentencia que se recurre, que han de ser respetados en su integridad, orden y significación, se aplicaron correctamente a los mismos por los juzgadores de instancia los preceptos penales sustantivos en que los subsumieron, se dejaron de aplicar los que correspondían, o fueron erróneamente interpretados los aplicados o dejados de aplicar. Cualquier modificación, alteración, supresión o cuestionamiento de los hechos declarados probados desencadena inexcusablemente la inadmisión del motivo (artículo 884.3 LECr.) y en trámite de sentencia su desestimación.

Así las cosas, es claro que no puede prosperar la tesis impugnativa que formula la defensa, máxime cuando en la causa constan informes oficiales, sólidos y bien argumentados, en los que se apoya la motivación de la sentencia recurrida para considerar probado que los billetes eran aptos para inducir a error a cualquier ciudadano medio (informes de la Guardia Civil obrantes en los folios 720 a 726 y 2.270 y ss. de la causa). Nos remitimos, pues, a la motivación probatoria del fundamento noveno de la sentencia recurrida, donde se especifican las pruebas personales, periciales y documentales en que se fundamenta la Sala de instancia para desarrollar sus argumentos probatorios, cuyo contenido no ha sido ni siquiera específicamente cuestionado por la parte recurrente con razonamientos concretos. Se considera, pues, suficiente para rechazar la impugnación con dar por reproducido lo que en sus fundamentos consigna y explica la sentencia recurrida. El motivo resulta así inviable.

En el motivo tercero aducen los recurrentes, también bajo la cobertura del art. 849.1° de la LECr., la infracción del art. 16.1 del C. Penal, por no haber apreciado la Audiencia una tentativa del delito previsto en el art. 16.1 del C. Penal.

Las razones que se exponen en el recurso son muy similares a las referidas en el motivo anterior, pues también en este caso se parte de la premisa fáctica de que los billetes falsificados carecen de aptitud o idoneidad suficiente para inducir a confusión en el mercado, por lo que señala la defensa de los acusados que no se habría alcanzado la fase de consumación delictiva. De manera que, siendo cierto que para la consumación del delito no se precisa que los billetes entren en el tráfico monetario, sí resulta necesario que gocen de una apariencia de legitimidad, requisito que, según los impugnantes, aquí no concurriría porque estaríamos ante una burda imitación de la moneda legítima falsificada.

Se vuelve, pues, a cuestionar la aptitud de los billetes para inducir a error a una persona que no sea experta, contradiciendo así la conclusión que estableció la Guardia Civil (folio 726, y 2.275 y ss. de la causa, donde obra el dictamen del Servicio de Criminalística de la Guardia Civil), y también la convicción de la Sala de instancia, una vez practicada la prueba en la vista oral del juicio y compulsados los billetes falsos con los auténticos.

Ambos acusados han sido condenados por la modalidad de fabricación de moneda falsa en grado de consumación, pues los billetes llegaron a imprimirse con una apariencia de autenticidad suficiente para engañar a un ciudadano medio no experto en la materia. No puede, pues, hablarse de una mera tentativa acudiendo para ello al grado de perfección de la imitación de los billetes auténticos. Especialmente cuando esta Sala tiene declarado que el delito se consuma aunque los ejemplares falsos no sean perfectos, siempre que puedan suscitar efectivo error en el tráfico, pues la falsedad se dirige a toda clase de personas y no sólo a los expertos (SSTS 384/2003, de 27 de octubre; y 544/2012, de 2 de julio).

De otra parte, también es claro, tal como se razona en la sentencia recurrida en virtud de los indicios que concurren en el caso, que los acusados confeccionaron los billetes con el ánimo de distribuirlos o expenderlos a terceros, de modo que su conducta tenía como objetivo la introducción de la moneda falsa en el tráfico monetario. Carece, pues, de toda verosimilitud su versión exculpatoria de que estaban actuando con meros fines de realizar actos de publicidad. Las conversaciones que mantuvieron entre ellos excluyen esa hipótesis fáctica exculpatoria. Y como no es necesario para la consumación del delito que llegaran realmente a distribuir los billetes a terceros, resulta patente que la Sala de instancia calificó correctamente los hechos cuando aplicó el tipo penal del art. 386 del texto punitivo en fase de consumación. En consecuencia, este motivo también ha de rechazarse.

En el recurso de Manuel se invoca quebrantamiento de forma consistente en que la sentencia no se habría expresado de forma clara y terminante en la descripción de los hechos probados.

La razón de ello la centra el recurrente en que en el hecho probado número cuatro no especifica cuáles son los "materiales" que se encargó de "colocar" el acusado en los billetes, ni cuáles son "algunos materiales" que adquirió y fueron empleados en la impresión y elaboración del papel moneda confeccionado falsariamente.

Sobre el vicio procesal relativo a la falta de claridad de los hechos probados (art. 851.1 LECr.), reiterada doctrina de esta Sala sostiene que la sentencia debe anularse, prosperando por lo tanto este motivo, cuando se aprecie en el relato fáctico una insuficiencia descriptiva que lo haga incomprensible, o difícilmente inteligible, bien por una omisión total de la descripción fáctica, bien por omisiones parciales que impidan su comprensión, bien por el empleo de frases ininteligibles o dubitativas que imposibiliten saber lo que el Tribunal declara efectivamente probado, o bien por contener la sentencia un relato de hechos construido de tal forma que genere dudas acerca de si el Tribunal

los está declarando probados o no; siendo necesario además que los apuntados defectos no permitan calificar jurídicamente los hechos (SSTS 1610/2001, de 17-9; 559/2002, de 27-3; y 131/2009, de 12-2).

Y también tiene establecido este Tribunal que concurre este vicio procesal cuando la redacción de los hechos probados aparece confusa, dubitativa o imprecisa, de modo que por su insuficiencia u oscuridad, o por no expresarse en forma conclusiva, imperativa, terminante o categórica, sino vacilante o ambigua, puede conducir a subsunciones alternativas, de modo que queda prácticamente sin contenido específico la narración de los hechos; sin que el laconismo o concisión en el relato de hechos esté reñido con la claridad (SSTS 260/2004, de 23-2; y 766/2008, de 27-11).

Pues bien, en el "factum" de la sentencia recurrida se afirma que los billetes falsos que fueron ocupados en los respectivos domicilios de Darío y Gerardo habían sido impresos mediante una impresora de inyección de tinta que reproducía una imagen previamente digitalizada. Y que mediante la impresión se copiaba la imagen análoga correspondiente al holograma, si bien, en algunos de ellos, el holograma había sido recubierto con laminados metálicos plateados que brillaban emitiendo destellos. Diez ejemplares presentaban una imitación de la marca de agua realizada mediante su impresión en el reverso con un útil de escritura de dibujo (bolígrafo o rotulador) de tinta blanca o simpática, habiendo simulado únicamente el motivo arquitectónico y la cantidad o valor. No obstante estar realizada únicamente en el reverso, el dibujo que simula la marca de agua limita al trasluz el paso de la luz por lo que se aprecian claroscuros similares a los de los elementos originales. En conjunto se trata de billetes que para una persona no experta puede inducir a error sobre su autenticidad al presentar características confundibles con las auténticas.

Al poner en relación lo que se acaba de exponer con el dato significativo de que la sentencia declara probado, según reseñamos supra, que el acusado auxilió y colaboró con Gerardo y Darío tanto en la actividad de fabricación como en la distribución de los

billetes, es fácil y razonable colegir que los "materiales" que colocaba el ahora recurrente en los billetes eran los laminados metálicos plateados que brillaban emitiendo destellos asimilables a los de los hologramas de los billetes auténticos.

A esos materiales habría que sumar también el instrumento reseñado en el fundamento undécimo de la sentencia rebatida, en el que se afirma que, según la conversación telefónica de Gerardo y Darío, grabada el 15 de mayo de 2013 (folios 1.542 y 1543), el acusado Manuel fue la persona que les facilitó a aquéllos el bolígrafo para simular la marca de agua, dato que vuelve a salir a colación con motivo del análisis de la prueba referente a la acusada Josefina.

Así pues, carece de base la alegación de que la sentencia es oscura y falta de claridad por no concretar cuáles eran los materiales que el recurrente aportaba para colaborar en la confección de los billetes. Esos materiales sí se especifican en la sentencia, tanto en el "factum" como después en la motivación probatoria, no concurriendo así lagunas o vacíos narrativos que oscurezcan la intelección de la sentencia, y desde luego tampoco confluyen obstáculos que impidan, como dice la parte recurrente, subsumir los hechos en el art. 386 del C. Penal. Consiguientemente, el motivo no puede acogerse.

### **3-SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO DE 7 DE OCTUBRE DE 2016**

El acusado Santos, y Juan María, puestos previamente de común acuerdo, sobre las 19:30 horas del día 04/02/2013, en el establecimiento panadería sito en la C/ Jorge Juan nº 72 de Madrid, propiedad de Eusebio, y con ánimo de obtener un enriquecimiento ilícito, adquirieron un producto pagando con un billete de 20 euros que resultó ser falso, ignorando tal circunstancia Eusebio, que les dio 18,35 euros como cambio.

A su vez, se dirigieron al bar "El Tisón" sito en la C/ Jorge Juan nº 96 de Madrid, propiedad de Mariano, donde adquirieron productos pagando de nuevo con otro billete de 20 euros que resultó ser falso, y a continuación en el establecimiento Bar Silma sito en la C/ Narváez nº 19 de Madrid propiedad de José Manuel, realizaron la misma operación, pagando a su vez con otro billete de 20 euros que resultó ser igualmente falso, a sabiendas de tal circunstancia.

Los acusados además poseían tanto entre sus ropas como dentro del salpicadero del vehículo matrícula M-8611-UN con intención de poner en el tráfico, otros billetes de 20 euros también falsos, en total 13 billetes.

La Audiencia de instancia dictó el siguiente pronunciamiento: Que debernos condenar y condenamos a Juan María y a Santos como autores responsables de un delito de distribución de moneda falsa.

En cuanto a la presunción de inocencia, en el caso de Juan María, se incide en la falta de conocimiento de la falsedad de los billetes; que el Tribunal de instancia al realizar su valoración sobre su necesario conocimiento, cuando entraba en los sucesivos establecimientos a realizar compras nimias con los billetes de veinte euros y entregaba la vuelta a su compañero, no ponderó la situación en que se encontraba como sujeto toxicómano, con una fuerte adicción, que en cierta forma, se siente en deuda con la persona que le está proveyendo económicamente para costear su adicción y a la que, por ello, le debe cierta cantidad de dinero; y así cuando fue detenido, colaboró señalando en qué establecimiento había realizado estas operaciones.

En el caso de Santos, destaca que no se prueba ningún nexo con el proveedor, a quien, supuestamente, habrían comprado los billetes falsos; y en cuanto a la tenencia, en el atestado, se indica que el dinero a él intervenido, era de curso legal, no falso. El dinero falso fue intervenido a Juan María y el resto lo encuentran los agentes cuando desmontan el salpicadero del coche, que afirma que no es propiedad de Santos y en todo caso, no consta acreditado en autos quién es el propietario del mismo.

En cuanto al motivo de infracción de ley, por indebida aplicación de los artículos 386 apartado 2º y 623.4 del Código Penal; Juan María, argumenta que ese tipo de falsificación menciona la connivencia con el falsificador que en autos ni se afirma ni resulta acreditada, por lo que en todo caso sólo podría tipificarse a través del art. 629 CP, por el que no medió acusación y además se encuentra derogado; y la falta de estafa estaba derogada en el momento de la realización del fallo, condenándoles por un precepto derogado que, a la postre, también estaría prescrito.

El artículo 386 vigente al tiempo de los hechos penaba tres situaciones diversas:

a) En primer lugar a los protagonistas de la cadena que va desde la creación de la moneda falsa hasta los actos finales de transporte, expedición o distribución (párrafo primero en tres apartados). En el número tercero de ese párrafo primero del artículo 386 se exigía para castigar al transportador, expendedor o distribuidor, que actuase en connivencia con el falsificador alterador, introductor o exportador de la moneda. Por eso aquellos que transportan, expenden o distribuyen son castigados con la misma pena que sus conniventes.

b) En segundo lugar se penaba al que tenía la moneda falsa para su expedición o distribución fijando la pena en atención al valor y al grado de connivencia con los autores de los demás, anteriores, tipos del mismo artículo.

Cuando se tipifica la mera tenencia la pena sin embargo ya se rebaja en uno o dos grados. Es entonces cuando ya no se incluye, al menos expresamente, la exigencia de esa connivencia.

c) En contraposición a la tenencia deliberadamente adquirida para la puesta en circulación, de moneda que se sabe falsa, si la posesión se obtuvo de buena fe era atípica, salvo que lleguen a consumarse actos de expendición o distribución.

d) Aún se preveía como cuarta hipótesis la adquisición con el fin de ponerla en circulación que se penaba si la adquisición era "a sabiendas" de la falsedad (último inciso del párrafo segundo). Se trataba de una hipótesis intermedia entre, por un lado, la actuación de los integrantes de la cadena de colaboradores que iba desde el alterador hasta el mero transportador, en la que el último eslabón exigía acuerdo con los

precedentes, y, por otro lado, el mero poseedor de buena fe. Y también era una hipótesis típica diferente de la mera tenencia. Los verbos tener y adquirir se refieren a momentos diferentes en el tiempo.

En esta situación lo relevante no era pues de quien se adquiere, ni siquiera que exista una connivencia con otro sujeto al tiempo de adquirirla, que sea uno de los autores de los tipos previos al que nos ocupa, dentro del mismo precepto. Esa relación es un factor que, de existir, incide en la individualización de la pena, pero que no hace nacer la tipicidad.

Lo relevante en esa redacción era que, desde que entró en la tenencia, el sujeto, en lo subjetivo, fuera, por un lado, consciente de la falsedad, y por otro, que llevase a cabo la adquisición precisamente con la finalidad de poner la moneda falsa en circulación.

Así pues la garantía de presunción de inocencia habría de reconducirse a los datos fácticos de la adquisición referidos a ese componente subjetivo de la finalidad de tal acto.

Esta última hipótesis (inciso final del párrafo segundo del artículo 386) se suprime en la reforma llevada a cabo por Ley Orgánica 1/2015. Al tiempo se añade -en el párrafo segundo del nuevo apartado 2 del artículo 386- a la modalidad típica de la tenencia la recepción u obtención en todo caso ordenada a la expedición o distribución -objetivos que hacían típica la tenencia- o a la puesta en circulación, que era el objetivo determinante de la tipicidad caracterizada por la adquisición, que, dada esa preordenación, ha de seguir siendo consciente de la falsedad. Pero ya tampoco cabe exigir la connivencia con los integrantes de la cadena que va de la creación al transporte de la moneda falsa, solamente relevante, de existir, para determinar el grado de la pena.

Hasta el punto de que tal connivencia ha sido expulsada del tipo penal imputable a los meros transportadores, expendedores o distribuidores (nuevo tipo del nº 3º del apartado 1 del artículo 386 revisado)".

En definitiva, en la redacción actual pero también en la anterior, no es exigida connivencia alguna con el falsificador o partícipes asimilados, al margen de que sirviera como criterio penológico; mientras que la conciencia de la falsedad ( a sabiendas , expresamente se señala) de la tenencia para su distribución, e incluso la distribución misma de algunos de los billetes, de común acuerdo entre los dos partícipes, resulta afirmada en el relato de hechos probados, sin que este motivo permita alteración alguna de los mismos, sino exclusivamente errores de subsunción.

Esa misma conciencia de la falsedad, dando en cada caso como pago el billete falso de 20 euros, para lucrarse con el objeto adquirido de escaso valor así como y fundamentalmente con la vuelta obtenida integra la falta de estafa, que no resulta destipificada al integrar en la actualidad delito leve y cuya prescripción, alegada de pasada, sin precisar la concreción del plazo de inactividad para examinar la concurrencia del necesario requisito temporal, resulta de inviable estimación.

En autos y en relación a las exigencias de la tipicidad estimada, concorde la jurisprudencia antes reseñada, por parte de Juan María, sólo se cuestiona el conocimiento de la falsedad de los billetes y por parte de Santos, niega toda participación en la tenencia y distribución pues ni se le incautaron billetes falsos ni el vehículo era suyo.

Frente a tales asertos resultó plenamente probado que:

- Ambos inculcados iban juntos, desplazándose en vehículo que conducía Santos .
- Juan María entró y con billetes de 20 euros falsos, uno en cada operación (reconocido por Juan María y acreditado por la testifical de los dueños o empleados de los establecimientos):

o Sobre las 19:30 horas en la panadería sito en la c/ Jorge Juan nº 72 de Madrid, adquirió una palmera y obtuvo 18,35 euros como cambio.

o A continuación en el bar "El Tisón" sito en la c/ Jorge Juan nº 96, adquirió un paquete de tabaco y cambio legal.

o Seguidamente en el Bar Silva sito en la calle Narváez nº 19, pidió cambiar el billete para adquirir tabaco en la máquina, con lo que consiguió veinte euros legales.

- Santos, desde el asiento del conductor, entregaba un billete falso de 20 euros a Juan María, que manipulaban arrugándolo para dar la sensación de usado, momento en el que son interceptados por los Policías Municipales, ante lo cual, Juan María trata de deshacerse del billete (testimonio del agente local NUM004).

- El dinero de las vueltas es intervenido a Santos, pues es a quien se interviene billetes de curso legal no falsificados (testimonio de los Policías Locales).

- A Juan María, se le intervienen más billetes falsificados dentro de una zapatilla (testimonio de los Policías Locales).

- En un apartado simulado del salpicadero del coche, que conducía Santos aparecieron más billetes falsos (testimonio de los Policías Locales).

- En total, además de los distribuidos, trece billetes más de veinte euros, donde todos tenían la misma numeración (informe pericial).

Desde el anterior acervo probatorio, la inferencia no solo de una total ausencia de buena fe, sino la consciencia de la falsedad de los billetes en todo el decurso de la tenencia y ulterior distribución de común acuerdo, para lucrarse con los objetos adquiridos y los cambios o vueltas obtenidos, es conclusión inexorable, que resulta efectivamente de la mecánica operativa.

El conocimiento de Juan María de la falsedad de los billetes, al margen de la motivación que tuviere, sufragar su adicción, lucro o meras razones de amistad, deviene

forzoso, cuando es quien entra en los sucesivos establecimientos "colocando" los billetes tras arrugarlos para dar sensación de usados y cuando es interceptado por la Policía Municipal trata de deshacerse del que tenía en la mano, además de portar otros billetes falsificados escondidos en la zapatilla, sin ningún motivo razonable para ello.

E igualmente por parte de Santos, que es quien conduce el vehículo y se desplaza conjuntamente con Juan María, vehículo en cuyo salpicadero manipulado aparecen más billetes falsificados, es quien recibe las vueltas que consigue Juan María, pues es quien portaba billetes no falsificados y además también es visto entregando un billete falsificado a Juan María, en los instantes previos a su interceptación.

En definitiva, la participación conjunta objeto de condena, se encuentra pues plena y suficientemente acreditada, no sólo la tenencia asociada en todo su decurso a un dolo de tendencia a su distribución, sino la distribución misma de algunos de los billetes a sabiendas de su falsedad, por lo que igualmente deben ser desestimados los motivos formulados con sustento en el derecho fundamental de la presunción de inocencia.

Aceptabilidad generalizada de las inferencias sobre la inexistencia de buena fe en la adquisición de las monedas, incompatible con la mecánica operativa descrita, al igual que sucede en las resoluciones recopiladas en la STS 293/2016, como en la STS nº 25/2011 de 1 febrero, donde el tribunal infiere el elemento subjetivo, el ánimo de destinarlo a la distribución del propio comportamiento del acusado tratando de huir cuando iba con el otro acusado, quien también llevaba billetes inauténticos. O en la STS nº 534/2013 de 13 junio, donde, aunque en los hechos de la sentencia no se afirma que el conocimiento de la falsedad de los billetes hubiera concurrido en el momento mismo de su adquisición, sin embargo, sí consta en aquellos que se hallaba en la tenencia de moneda falsa, no recibida de buena fe, y trataban de ponerla en la circulación confirmando la condena. Los motivos con base en la infracción de derecho constitucional formulados, se desestiman.

El día 29 de julio de 2014, siendo aproximadamente las diecinueve treinta horas, en la Avenida Alcalde Manuel del Valle de esta Ciudad, a la altura del número 33, le fueron intervenidos por Funcionarios de la Policía Local a Primitivo, 49 billetes de 20 euros con numeración X02525020414 y un billete de 20 euros con numeración V0847192200, que teniendo la apariencia de auténticos no lo eran por carecer de las características técnicas de estos y con los que hubiera podido obtener una ganancia de 1.000 euros si hubiera podido ponerlos en circulación.

La Audiencia de instancia, dictó el siguiente pronunciamiento: Fallamos. Condenamos a Primitivo como autor penalmente responsable de un delito de falsificación de moneda.

El recurrente invoca en el primer motivo del recurso que se vulnera la presunción de inocencia porque es condenado al "presuponer" que "conocía que los billetes eran falsos", conocimiento de tal falsedad que no resulta de la prueba.

Niega relación alguna con otros autores de la falsificación y que pueda excluirse la buena fe en la adquisición.

También protesta la ausencia de prueba acerca de la finalidad típica de la distribución o puesta en circulación de los billetes que se le ocuparon.

Conviene comenzar precisando cuales son los hechos que deben ser probados para determinar si se ha respetado la garantía invocada.

El artículo 386 vigente al tiempo de los hechos penaba tres situaciones diversas:

a) En primer lugar a los protagonistas de la cadena que va desde la creación de la moneda falsa hasta los actos finales de transporte, expedición o distribución (párrafo primero en tres apartados). En el número tercero de ese párrafo primero del artículo 386 se exigía para castigar al transportador, expendedor o distribuidor, que actuase en connivencia con el falsificador alterador, introductor o exportador de la moneda. Por eso

aquellos que transportan, expenden o distribuyen son castigados con la misma pena que sus conniventes.

b) En segundo lugar se penaba al que tenía la moneda falsa para su expedición o distribución fijando la pena en atención al valor y al grado de connivencia con los autores de los demás, anteriores, tipos del mismo artículo.

Cuando se tipifica la mera tenencia la pena sin embargo ya se rebaja en uno o dos grados. Es entonces cuando ya no se incluye, al menos expresamente, la exigencia de esa connivencia.

c) En contraposición a la tenencia deliberadamente adquirida para la puesta en circulación, de moneda que se sabe falsa, si la posesión se obtuvo de buena fe era atípica, salvo que lleguen a consumarse actos de expendición o distribución.

d) Aún se preveía como cuarta hipótesis la adquisición con el fin de ponerla en circulación que se penaba si la adquisición era "a sabiendas" de la falsedad (último inciso del párrafo segundo). Se trataba de una hipótesis intermedia entre, por un lado, la actuación de los integrantes de la cadena de colaboradores que iba desde el alterador hasta el mero transportador, en la que el último eslabón exigía acuerdo con los precedentes, y, por otro lado, el mero poseedor de buena fe. Y también era una hipótesis típica diferente de la mera tenencia. Los verbos tener y adquirir se refieren a momentos diferentes en el tiempo.

En esta situación lo relevante no era pues de quien se adquiere, ni siquiera que exista una connivencia con otro sujeto al tiempo de adquirirla, que sea uno de los autores de los tipos previos al que nos ocupa, dentro del mismo precepto. Esa relación es un factor que, de existir, incide en la individualización de la pena, pero que no hace nacer la tipicidad.

Lo relevante en esa redacción era que, desde que entró en la tenencia, el sujeto, en lo subjetivo, fuera, por un lado, consciente de la falsedad, y, por otro, que llevase a cabo la adquisición precisamente con la finalidad de poner la moneda falsa en circulación.

Así pues la garantía de presunción de inocencia habría de reconducirse a los datos fácticos de la adquisición referidos a ese componente subjetivo de la finalidad de tal acto.

Esta última hipótesis (inciso final del párrafo segundo del artículo 386) se suprime en la reforma llevada a cabo por Ley Orgánica 1/2015. Al tiempo se añade –en el párrafo segundo del nuevo apartado 2 del artículo 386– a la modalidad típica de la tenencia la recepción u obtención en todo caso ordenada a la expedición o distribución –objetivos que hacían típica la tenencia– o a la puesta en circulación, que era el objetivo determinante de la tipicidad caracterizada por la adquisición, que, dada esa preordenación, ha de seguir siendo consciente de la falsedad. Pero ya tampoco cabe exigir la connivencia con los integrantes de la cadena que va de la creación al transporte de la moneda falsa, solamente relevante, de existir, para determinar el grado de la pena.

Hasta el punto de que tal connivencia ha sido expulsada del tipo penal imputable a los meros transportadores, expendedores o distribuidores (nuevo tipo del n° 3° del apartado 1 del artículo 386 revisado)

Establecida esa premisa es necesario ahora recordar resumidamente el contenido de la garantía de presunción de inocencia.

Parte ésta de una determinada relación, lógica o científica, entre el resultado de la actividad probatoria y la certeza que el tribunal que condena debe tener respecto a la verdad de la imputación formulada contra el penado.

Esa relación exige, previamente, que aquella actividad probatoria se constituya por la producción de medios obtenidos de fuentes con respeto de las garantías constitucionales de los derechos fundamentales y libertades constitucionales. Y, además, que la actividad probatoria se haya llevado a cabo en juicio celebrado con publicidad y bajo condiciones de contradicción, sin quiebra del derecho a no sufrir indefensión.

La prueba aportará, como justificación externa de la decisión, los datos asumibles por la credibilidad del medio y la verosimilitud de lo informado. Siquiera el juicio acerca de esa credibilidad y verosimilitud no se integra ya en la garantía de

presunción de inocencia a no ser que tales juicios se muestren arbitrarios o contrarios al sentido común.

La justificación interna de la decisión emplaza a una aplicación del canon que suministran la lógica y la experiencia o ciencia de tal suerte que pueda decirse que desde aquellos datos se deba inferir que la afirmación de los hechos en los que se sustenta la condena, los objetivos, pero también los subjetivos, son una conclusión que, con absoluta prescindencia de la subjetividad del juzgador, generen una certeza que, por ello, debe calificarse de objetiva.

Y es que, devenido claramente inconstitucional el limitar la valoración de la prueba resultante a la conciencia del juzgador o a su íntima convicción, por notoriamente insuficiente como garantía del ciudadano, aquella objetividad es la única calidad que hace merecer la aceptación de los ciudadanos, parte o no en el proceso, y con ello confiere legitimidad a la decisión de condena.

La objetividad de la certeza no se desvanece por cualquier duda, por lo demás consustancial al conocimiento humano. Pero si la duda, por su entidad, bajo los mismos parámetros de lógica o experiencia, puede calificarse de razonable, alcanza también el grado de objetividad que reclama la absolución del acusado.

No es pues acorde a nuestra Constitución mantener una condena en el escenario en que se presentan con no menos objetividad la tesis de la imputación que la alternativa absolutoria. Y es que en aquel caso las inferencias no pueden calificarse de concluyentes sino de abiertas, lo que las hace contrarias a las exigencias de la garantía examinada.

Para decidir el recurso resta solamente aplicar las premisas que venimos de exponer a las circunstancias del caso a cuyo enjuiciamiento se nos convoca por el recurrente.

La sentencia expone las razones por las que declara probados los dos datos subjetivos básicos: conciencia de falsedad y ordenación a la puesta en circulación.

Como factores atendidos indica, en lo externo, que el acusado tenía guardados los billetes de 20 euros falsos en sus calzoncillos dentro de un sobre, y que uno de los Funcionarios de la Policía Local refirió como el vehículo en que viajaba el acusado, al detectar su presencia, efectuó una maniobra extraña, mostrando posteriormente el acusado una actitud huidiza y de nerviosismo.

Los billetes tenían la misma numeración repetida en 49 de ellos.

Ya en la argumentación construida internamente desde esas premisas concluye el Tribunal que el acusado, contrariamente a lo que sostiene, no era un poseedor de los billetes falsos de buena fe, ya que en tal caso se trataría de una persona que a su vez habría sido engañada, de lo que no hay datos que permitan llegar a esa conclusión. Y que ofrece una tesis alternativa como explicación sobre su origen que, por su vaguedad e imprecisión, no resulta creíble. La adquisición como retribución por trabajos cuyas circunstancias de lugar ni tan siquiera concreta, salvo con la mención de una población, no es aceptable como verosímil.

Desde esas premisas se alinea el tribunal de instancia con las decisiones adoptadas en casos similares. Como el resuelto en la STS nº 891/2012 de 12 noviembre, en la que, cabe advertir, no se exigía necesariamente la connivencia como elemento del tipo aquí aplicado, aunque se partiera de su existencia.

Se dijo al respecto que no bastará, claro es, el simple contacto material para la consumación. Será indispensable una disponibilidad abstracta de los billetes falsos. Pero acreditada aquélla, el delito se ha consumado. En el presente caso, la disposición material de los efectos falsificados –ocultos bajo la alfombrilla del asiento delantero derecho– pone de manifiesto la efectiva disponibilidad por parte del acusado y, a su vez, el dolo de tendencia que exige el tipo.

En precedentes anteriores, hemos dicho que en el artículo 386 del Código Penal, tras tipificar en el apartado 1º la fabricación, introducción y expedición o distribución de la moneda falsa en connivencia con los falsificadores, se adelantan en el apartado 3º las barreras de protección penal incriminando actos de ejecución imperfecta o preparatorios, como son respectivamente la tenencia y la adquisición para expenderla o

distribuirla. Basta, por tanto, el propósito de ponerla en circulación, exigido como ánimo tendencial, sin necesidad de que la puesta en circulación de la moneda se haga efectiva (STS 88/1999, 27 de enero).

También se argumenta en la STS nº 25/2011 de 1 febrero, que el tribunal infiere el elemento subjetivo, el ánimo de destinarlo a la distribución del propio comportamiento del acusado tratando de huir cuando iba con el otro acusado, quien también llevaba billetes inauténticos.

Por otra parte la STS nº 534/2013 de 13 junio, aunque en los hechos de la sentencia no se afirma que el conocimiento de la falsedad de los billetes hubiera concurrido en el momento mismo de su adquisición. Sin embargo, sí consta en aquellos que se hallaba en la tenencia de moneda falsa, no recibida de buena fe, y trataban de ponerla en la circulación confirmando la condena. De todo lo anterior deriva la aceptabilidad generalizada de las inferencias de la sentencia de instancia sobre la inexistencia de buena fe en la adquisición de las monedas, incompatible con la observancia de que todos tienen la misma numeración siendo evidentemente falsos, y el propósito de no ser desposeído de los billetes, evidenciado por su ocultación a los agentes y cualquier tercero, como paso previo a su puesta en circulación.

#### **5-SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO DE 29 DE ENERO DE 2016**

Sobre las 3:30 de la tarde del 10/02/2010 el acusado Luis Francisco se encontraba en el establecimiento Carrefour de Fuenlabrada (Madrid). En ese momento estaba comprando ocho botellas de bebidas alcohólicas, por un importe total de 102 €. Para el pago de la citada mercancía presentó en la caja del establecimiento una tarjeta de crédito de Caixa Oberta, auténtica, y expedida a su nombre, identificada con el número siguiente NUM000. Sin embargo alguien había manipulado la banda magnética de la tarjeta, con la intención de que el importe de la compra fuera cargada en otra tarjeta de crédito, concretamente la tarjeta de crédito número NUM001 de la entidad financiera Citibank, sita en Estados Unidos.

El acusado no consiguió que se abonara en esta mencionada tarjeta el importe de la compra porque la cajera del establecimiento se dio cuenta de lo que sucedía, y canceló la operación.

Alertada la policía por los hechos descritos, se personó una dotación policial en el lugar, encontrando en poder del acusado otras dos tarjetas a las que se había también manipulado la banda magnética, sin perjuicio de que estuviera correctamente identificado el tenedor legítimo de la tarjeta, que era el acusado, y el número de la tarjeta.

Se trata de las tarjetas de crédito de Caixa Catalunya identificada con el número NUM002 con la que se habría podido cargar compras en la tarjeta de crédito número NUM003.

También se encontró en poder del acusado una tarjeta de crédito de Caixa Ouberta, está legítima, expedida a su nombre, identificada con el número NUM004. Esta tercera tarjeta tenía también manipulada la banda magnética, de tal forma que se habían hecho los pagos realizados con esta tarjeta en la tarjeta de crédito número NUM005 de la entidad financiera Citibank, sita en Estados Unidos.

No ha quedado acreditado en el plenario la participación del acusado en la falsificación de las bandas magnéticas de ninguna de las tres tarjetas

La Audiencia de instancia dictó el siguiente pronunciamiento: Que debernos absolver y absolvemos a Luis Francisco del delito de falsificación de moneda del que venía acusado; con declaración de oficio de las costas procesales.

Recorre la sentencia de instancia el Ministerio Fiscal, que formula un primer motivo con carácter principal, por infracción de ley del artículo 849.1 LECr, por inaplicación indebida del artículo 399 bis párrafo 1º del Código Penal, en concurso

medial del artículo 77 con una falta de estafa del artículo 623.4 CP, en la redacción dada por la Ley Orgánica 5/2010, de 22 de junio; donde argumenta que si bien la sentencia recurrida afirma que "no ha quedado acreditado en el plenario la participación del acusado en la falsificación de las bandas magnéticas de ninguna de las tres tarjetas"; sienta como hecho probado que " Luis Francisco presentó en la caja del establecimiento una tarjeta de crédito de Caixa Oberta, auténtica y expedida a su nombre, identificada con el número siguiente NUM000. Sin embargo alguien había manipulado la banda magnética, con la intención de que el importe de la compra fuera cargada en otra tarjeta de crédito..."; y que "en poder del acusado se encontraron otras dos tarjetas a las que se había también manipulado la banda magnética, sin perjuicio de que estuviera correctamente identificado el tenedor legítimo de la tarjeta, que era el acusado, y el número de la tarjeta".

Sustenta su argumentación el Ministerio Fiscal, en la identidad del caso de autos con el resuelto por esta Sala en sentencia núm. 267/2015, de 12 de mayo; sin embargo, hemos de precisar que allí, los inculcados ya habían sido condenados en instancia por uso fraudulento de tarjetas de crédito en grado de tentativa en concurso real medial con una falta continuada de estafa, también intentada, además de explicitar en la narración de hechos probados que pretendían realizar compras "utilizando tarjetas de crédito a sabiendas de la falsedad de éstas", lo que indicaba una conexión con la actividad falsaria, aunque ciertamente también añadían "sin que conste que participaran en la falsificación" de las tres tarjetas de crédito que se intervinieron.

Mientras que en autos, además de que nada narran los hechos probados en relación del autor con el hecho falsario, ni con elemento cognoscitivo, utilización consciente de la tarjeta falsa, ni con la aportación de la tarjeta auténtica, para sustitución de la banda magnética; sí se indica, efectivamente, que no ha quedado acreditado la participación del acusado en la falsificación de las bandas magnéticas de ninguna de las tres tarjetas.

Y sucede que la adición fáctica de cualquier conexión con las circunstancias falsarias (ya se trate de elementos objetivos o subjetivos) aunque fuere por vía de inferencia, resulta vedado en esta sede casacional; al igual que afirmar su participación

(material o simplemente facilitando la tarjeta auténtica para cambiar la banda magnética) cuando contradice un concreto apartado del relato fáctico, sin que exista, en ninguna parte, afirmación alguna de la relación del autor con la falsedad; pues ello conlleva una modificación de los hechos probados y como consecuencia del recurso, transmutar la sentencia absolutoria de instancia, en un pronunciamiento condenatorio de esta Sala.

Como recuerda la STS núm. 522/2015, de 17 de septiembre, "la doctrina del Tribunal Constitucional, que ha ido evolucionando desde la STC 167/2002 , así como la de esta Sala, siguiendo ambas en este aspecto al TEDH, han establecido severas restricciones a la posibilidad de rectificar en vía de recurso los aspectos fácticos de sentencias absolutorias para consignar un nuevo relato de hechos probados al que unir un pronunciamiento condenatorio contra quien había resultado absuelto en la instancia, o para empeorar su situación tras una sentencia condenatoria, en tanto que viene a exigir que, cuando las cuestiones a resolver afecten a los hechos, tanto objetivos como subjetivos, y sea necesaria para su resolución la valoración de pruebas personales, es precisa la práctica de éstas ante el tribunal que resuelve el recurso. Desde la perspectiva del derecho de defensa, es igualmente necesario en esos casos dar al acusado la posibilidad de ser oído directamente por dicho tribunal, en tanto que es el primero que en vía penal dicta una sentencia condenatoria contra aquel.

En este sentido, el TEDH, desde la sentencia del caso Ekbatani contra Suecia, ha venido argumentando que en aquellos casos en los que el tribunal que conoce del recurso haya de resolver sobre cuestiones de hecho y de Derecho, planteándose en general la cuestión de la culpabilidad o inocencia, no puede, por motivos de equidad del proceso, adoptar una decisión sin la apreciación directa del testimonio del acusado que ha negado la comisión del hecho delictivo que se le imputa, lo que en alguna ocasión ha extendido al examen de los testigos cuando sus testimonios deban ser valorados para resolver sobre los hechos cuestionados. Más recientemente, en la STEDH de 22 de noviembre de 2011, caso Lacadena Calero contra España, se examinó el supuesto de una condena ex novo en casación por un delito de estafa, discrepando el Tribunal tanto de los criterios probatorios seguidos por esta Sala como por el Tribunal Constitucional. El TEDH estimó la demanda argumentando que "el Tribunal Supremo, para llegar a una

nueva valoración jurídica de la actuación del acusado, se pronunció sobre circunstancias subjetivas de este último; en concreto, que era consciente de la ilegalidad de los documentos que autorizó y que tenía una voluntad fraudulenta (dolo eventual) en relación con las personas afectadas. Y, en el mismo sentido, se han dictado las SSTEDH de 20 de marzo de 2012, caso Serrano Contreras contra España; y la de 27 de noviembre de 2012, caso Vilanova Goterris y Llop García contra España.

Por su parte el Tribunal Constitucional ha recogido esta doctrina, y en la STC 30/2010, afirmaba, de forma general, que "el respeto a los principios de publicidad, inmediación y contradicción exige que el Tribunal de apelación oiga personalmente a los testigos, peritos y acusados que hayan prestado testimonio y declaración en el acto del juicio, dado el carácter personal de estos medios de prueba, a fin de llevar a cabo su propia valoración y ponderación, antes de corregir la efectuada por el órgano de instancia (entre las últimas, SSTC 21/2009, de 26 de enero, FJ 2; 108/2009, de 11 de mayo, FJ 3; 118/2009, de 18 de mayo, FJ 3 y 214/2009, de 30 de noviembre, FJ 2)". También la STC nº 154/2011, FJ 2, en sentido muy similar.

Y desde la perspectiva del derecho de defensa, se recuerda en la sentencia de esta Sala STS nº 1423/2011, que "... en los últimos tiempos el Tribunal Constitucional ha dictado dos sentencias en las que impone, ajustándose a la jurisprudencia del TEDH, en los casos en que se cambia en la segunda instancia la convicción probatoria sobre la concurrencia de los presupuestos fácticos de los elementos subjetivos del tipo penal, que sean escuchados los acusados sobre quienes pueda recaer una condena ex novo en la sentencia a dictar por el tribunal ad quem. La primera es la sentencia 184/2009, de 7 de septiembre, en la que se resuelve el recurso de amparo de un acusado que fue condenado en apelación como autor de un delito de impago de pensiones después de haber sido absuelto en la instancia. La cuestión determinante para el fallo se centraba en dirimir si el imputado conocía o no la sentencia en la que se le había impuesto el pago de la pensión. El Juez de lo Penal entendió que no y la Audiencia Provincial al resolver el recurso de apelación consideró que sí la conocía y acabó condenándolo. Pues bien, el Tribunal Constitucional acogió el amparo y anuló la condena, por cuanto, a pesar de que

no se habían modificado los hechos probados, sí se alteró la inferencia extraída de los mismos y el fallo de la sentencia. Por lo cual, estimó que tenía que haber sido escuchado el acusado en la segunda instancia antes de dictarse sentencia condenatoria con el fin de tutelar su derecho de defensa. Y ello a pesar de que no había solicitado ser oído. La segunda sentencia relevante para el caso es más reciente: la n° 142/2011, de 26 de septiembre. En ella se anula la condena dictada en apelación contra tres sujetos acusados de un delito contra la Hacienda Pública que habían sido absueltos por el Juzgado de lo Penal. En esta ocasión, al igual que sucedió con la sentencia 184/2009, el Tribunal Constitucional considera que no se ha infringido el derecho a un proceso con todas las garantías desde la perspectiva del principio de inmediación, ya que la condena en apelación se fundamentó en la prueba documental y en la pericial documentada, prueba que el órgano constitucional consideró "estrictamente documental". Sin embargo, sí entiende que se ha conculcado el derecho de defensa por no haber sido oídos los acusados por el órgano de apelación que acabó condenándolos".

Por su parte, la jurisprudencia de esta Sala, por todas la STS n° 773/2014, de 28 de octubre, ha considerado que no procede en casación la condena o el empeoramiento de la situación de un acusado que haya resultado absuelto en la instancia cuando ello requiere entrar a examinar y modificar la convicción sobre los hechos, "...dado que ello exigiría la celebración previa de una comparecencia del acusado para ser oído, eventualidad que no está prevista actualmente en la sustanciación procesal del recurso de casación, por lo que habría que establecer un trámite específico para ello, alterándose en cualquier caso la naturaleza y el alcance del recurso".

En definitiva, conforme a la consolidada doctrina expuesta, cuando el tribunal de instancia haya establecido los hechos probados, tanto objetivos como subjetivos, sobre la base, en todo o en parte, de pruebas personales, la rectificación de aquellos para dictar una sentencia condenatoria sobre un nuevo relato fáctico, requiere una audiencia pública en la que se pueda oír al acusado que niega la comisión del hecho imputado y en la que se practiquen las pruebas personales que han de ser valoradas".

De igual modo, la STC 88/2013, de 11 de abril, estima el amparo pues "la condena en la segunda instancia, a pesar de que se mantuvo inmodificado el relato de

hechos probados de la Sentencia revocada, se fundamenta en una reconsideración de esos hechos probados para derivar de ello tanto el elemento normativo de delito, referido al carácter abusivo de los acuerdos adoptados, como el elemento subjetivo, referido al ánimo de perjudicar al querellante. Esto es, la divergencia se produce no por una controversia jurídica respecto de la amplitud que pudiera darse a la interpretación de determinados elementos del delito, sino en relación con una controversia fáctica respecto de las inferencias recaídas sobre los hechos declarados probados para entender acreditados dichos elementos".

Consecuentemente en autos, no resulta viable la estimación del primer motivo, pues cuando el relato de hechos afirma que No ha quedado acreditado en el plenario la participación del acusado en la falsificación de las bandas magnéticas de ninguna de las tres tarjetas, no resulta viable la conclusión o inferencia de que se refiere exclusivamente a una participación material en la falsificación, en cuanto no realizada por su mano, pero facilitada por el recurrente a través de la aportación de la tarjeta auténtica para alterar la banda magnética, en cuanto integra una adición al relato fáctico, ya que ninguna conexión con el hecho falsario, salvo la ulterior utilización de las tarjetas pero sin mención sobre la concurrencia del elemento cognoscitivo de la falsedad, obra en la narración.

La sentencia recurrida, argumenta el recurrente, no da una respuesta razonable a la pretensión acusatoria, haciendo una valoración arbitraria e inaceptable de las pruebas, por lo que puede considerarse atacado el derecho a la tutela judicial efectiva, no por el hecho de enfrentar otro entendimiento del alcance probatorio, también razonable, del que postula el Ministerio Fiscal, sino por el hecho de la carencia absoluta de motivación.

El derecho a la tutela judicial efectiva, conforme reiterada doctrina constitucional y casacional (vd. por todas STC 50/2014, de 7 de abril de 2014), comprende el derecho de los justiciables a obtener de los órganos judiciales una respuesta congruente, motivada y fundada en Derecho sobre el fondo de las pretensiones oportunamente deducidas en el proceso. Ello supone, en primer lugar, que la resolución judicial ha de estar motivada, es decir, contener los elementos y razones de

juicio que permitan conocer cuáles han sido los criterios jurídicos que fundamentan la decisión (SSTC 58/1997, de 18 de marzo y 25/2000, de 31 de enero). En segundo lugar, que la motivación esté fundada en Derecho (SSTC 276/2006, de 25 de septiembre y 64/2010, de 18 de octubre) o, lo que es lo mismo, que sea consecuencia de una exégesis racional del ordenamiento y no fruto de un error patente o de la arbitrariedad (por todas, STC 146/2005, de 6 de junio).

Lo anterior conlleva la garantía de que el fundamento de la decisión sea la aplicación no arbitraria de las normas que se consideren adecuadas al caso. Tanto si la aplicación de la legalidad es fruto de un error patente, como si fuere arbitraria, manifiestamente irrazonada o irrazonable no podría considerarse fundada en Derecho, dado que la aplicación de la legalidad sería tan sólo una mera apariencia (SSTC 147/1999, de 4 de agosto; 25/2000, de 31 de enero; 221/2001, de 31 de octubre; 308/2006, de 23 de octubre; 134/2008, de 27 de octubre; por todas).

En definitiva, el art. 24.1 CE impone a los órganos judiciales no sólo la obligación de ofrecer una respuesta motivada a las pretensiones deducidas, sino que, además, ésta ha de tener contenido jurídico y no resultar arbitraria (SSTC 8/2005, de 17 de enero; 13/2012, de 30 de enero y 27/2013, de 11 de febrero, etc.).

Exigencia también predicable de las sentencias absolutorias, conforme argumenta la STC 169/2004, de 6 de octubre: "Ciertamente la motivación de las Sentencias es exigible ex art. 120.3 CE "siempre", esto es, con independencia de su signo, condenatorio o absolutorio. No obstante ha de señalarse que en las Sentencias condenatorias el canon de motivación es más riguroso que en las absolutorias pues, de acuerdo con una reiterada doctrina constitucional, cuando están en juego otros derechos fundamentales -y, entre ellos, cuando están en juego el derecho a la libertad y el de presunción de inocencia, como sucede en el proceso penal la exigencia de motivación cobra particular intensidad y por ello hemos reforzado el canon exigible (SSTC 62/1996, de 15 de abril, FJ 2 34/1997, de 25 de febrero, FJ 2; 157/1997, de 13 de julio, FJ 4; 200/1997, de 24 de noviembre, FJ 4; 116/1998, de 2 de junio, FJ 4; 2/1999, de 25 de enero, FJ 2; 147/1997, de 4 de agosto, FJ 3; 109/2000, de 5 de mayo, FJ 2). Por el contrario las Sentencias absolutorias, al no estar en juego los mismos derechos

fundamentales que las condenatorias, se mueven en cuanto a la motivación en el plano general de cualesquiera otras Sentencias, lo que no supone que en ellas pueda excluirse la exigencia general de motivación, pues ésta, como dice el art. 120.3 CE, es requerida "siempre". No cabe por ello entender que una Sentencia absolutoria pueda limitarse al puro decisionismo de la absolución sin dar cuenta del porqué de ella, lo que aun cuando no afectara a otros derechos fundamentales, como ocurriría en el caso paralelo de las Sentencias condenatorias, sería en todo caso contrario al principio general de interdicción de la arbitrariedad". Doctrina reiterada en la STC 115/2006, de 24 de abril, FJ 5, con cita literal de la anterior.

Consecuentemente, la jurisprudencia de la Sala Segunda, ha reconocido que el derecho a la tutela judicial efectiva puede ser invocado por el Ministerio Fiscal, o la acusación particular, cuando su pretensión punitiva, dándose los presupuestos procesales para ello, no obtiene respuesta alguna del Tribunal de Instancia o bien la misma es arbitraria, irrazonable o absurda, vulnerándose de esta forma lo recogido en los arts. 24.1, 9.3 y 120.3, todos ellos de la Constitución Española, en su vertiente de derecho a obtener una respuesta razonable con proscripción de toda arbitrariedad de los poderes públicos (STS 178/2011, de 23 de febrero).

Si bien, efectivamente, no puede reconvertirse el recurso a la tutela judicial efectiva en un motivo casacional de presunción de inocencia invertida, que construyendo una imagen especular de este derecho fundamental primigenio, lo invierte para ponerlo al servicio de las acusaciones, públicas o privadas, y tornarlo en perjuicio de los ciudadanos acusados que es para quien se ha establecido constitucionalmente como cimiento básico de todo nuestro sistema penal de justicia (SSTS 631/2014, de 29 de septiembre ó 901/2014, de 30 de diciembre).

De modo que, advierte la última de las resoluciones citadas, la supuesta falta de racionalidad en la valoración, infractora de la tutela judicial efectiva, no es identificable con la personal discrepancia del acusador recurrente que postula su particular valoración de las pruebas en función de su lógico interés. Y tampoco se pueden aplicar para la valoración de la supuesta arbitrariedad en sentencias absolutorias los mismos parámetros que en las condenatorias, porque eso significaría vulnerar el principio básico

de nuestro ordenamiento penal conforme al cual toda persona acusada es, por principio, inocente, jugando en favor de esa inocencia tanto la insuficiencia probatoria, en sentido objetivo, como la insuficiente fuerza de convicción para el Tribunal de la prueba practicada, siempre que la duda del Tribunal competente para el enjuiciamiento sea mínimamente razonable.

La fuerza del principio constitucional de presunción de inocencia, que debe ser contrarrestada por la prueba de cargo y por la motivación condenatoria, no existe como contrapeso de la argumentación cuando se trata de dictar, por insuficiencia de convicción, una sentencia absolutoria, por lo que el derecho a la tutela judicial efectiva invocado por el Estado, como titular del "ius puniendi", para revocar una sentencia absolutoria, solo alcanza a supuestos excepcionales, y no puede construirse invirtiendo en forma especular la argumentación sobre la razonabilidad de la valoración utilizada en el ámbito del derecho fundamental a la presunción de inocencia (SSTS 631/2014, de 29 de septiembre y 901/2014, de 30 de diciembre).

Por tanto, resulta necesario distinguir claramente los recursos en los que la invocación del derecho a la tutela judicial efectiva se utiliza por las acusaciones como presunción de inocencia invertida, es decir, para cuestionar desde la perspectiva fáctica la valoración probatoria del Tribunal sentenciador, que apreciando toda la prueba de cargo practicada no ha obtenido la convicción necesaria para desvirtuar la presunción de inocencia, de aquellos supuestos, absolutamente diferentes, en los que la impugnación se refiere ya a la exclusión voluntarista y expresa de parte del contenido fáctico de cargo, que se decide no enjuiciar; ya a la preterición de una parte sustancial del acervo probatorio, sea por mera omisión inexplicada o por error de derecho al apartar indebidamente una prueba de cargo válida de la valoración; ya a la motivación integrada por una mera aseveración apodíctica, entre otras concreciones.

Dicho en los términos de la STS 598/2014, de 23 de julio, mientras el derecho a la tutela procura la legitimidad de la decisión, en cuanto excluye la abrupta arbitrariedad, en lo que aquí importa, en las razones que el Tribunal expone le determinaron para establecer el presupuesto fáctico y sobre cuya veracidad se muestra convencido, el derecho a la presunción de inocencia atiende más a la vertiente objetiva

de la certeza a cuyos efectos lo relevante es que tales razones sean convincentes para la generalidad. Por eso, mientras el canon exigido por la tutela se circunscribe a un mínimo, atendida la necesidad de conocimiento por los demás de aquellas razones, la presunción de inocencia exige más intensa capacidad de convicción a los argumentos de suerte que puedan ser asumidos, y no solamente conocidos, por todos, más allá de la subjetividad del Tribunal.

De ahí que hayamos expresado que el derecho a la tutela judicial efectiva, en el caso de la *quaestio facti* se concreta en el derecho a saber del tratamiento dado por el tribunal al material probatorio y del porqué del mismo (STS 796/2014, de 26 de noviembre).

Presupuestos desde los que el recurso debe ser estimado, pues la sentencia de instancia se limita a indicar que la redacción del artículo 399 bis 1º, se debe a la reforma operada por la LO 1/2015 que entró en vigor con posterioridad a los hechos; y que la acusación era por comisión del delito previsto en el art. 386.1 CP, que castiga al que altere la moneda o fabrique moneda falsa, mientras lo acreditado es la tenencia y el uso de las tarjetas falsificadas pero no su falsificación.

Pero nada explica de cómo partir de los siguientes datos que se afirman probados:

- las tarjetas son auténticas expedidas a nombre del acusado;
- en las mismas se ha sustituido la banda magnética para cargar las compras y extracciones que se realicen en la cuenta de un tercero;
- las tarjetas ya alteradas, son usadas y al menos en la ocasión de autos, una de las así modificadas, por el propio acusado;

Quiebra la inferencia de la alteración o bien ha sido realizada por el acusado o ha facilitado la tarjeta para su alteración. Supuesto que la jurisprudencia, en cuanto no exige de la falsificación que sea de propia mano, lo considera como autoría o al menos como cooperación necesaria.

Esa es la conclusión a la que un criterio lógico y las reglas de experiencia avocan, aunque obviamente puede haber acaecido cualquier circunstancia que modifique esa conclusión inferencial; pero que en cuanto no es argumentada ni explicitada, resulta la negativa de la participación del inculpado en la falsificación de un salto argumental en el vacío, aparentemente procedente de un mero decisionismo y cuando menos absurdo, al menos por inmotivado.

Fallo: Con estimación del recurso de casación interpuesto por el ministerio fiscal contra sentencia de fecha 1 de diciembre de 2014, dictada por la Audiencia Provincial de Madrid, Sección Segunda en causa seguida contra Luis Francisco por delito de falsificación de moneda en su modalidad de tarjeta de crédito, anulamos la misma, con devolución al Tribunal sentenciador para que por los propios magistrados de la instancia, dicten una resolución judicial suficientemente motivada, todo ello con declaración de oficio de las costas procesales de esta instancia casacional.

#### **6-SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO DE 19 DE NOVIEMBRE DE 2014**

Se considera expresamente probado y así se declara que el día 15 de Febrero de 2010, 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.

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 casos llegar a obtener los datos queridos ya que fueron detectados por los sistemas anticlonado instalados por la entidad bancaria para sus cajeros.

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.

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 denunciante, sin 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.

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, así como en el acta de inspección técnico

policial, 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 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 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, cuál 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 trataba -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.

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 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 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 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).

## **7. BIBLIOGRAFIA**

- AFFARRONI, Raúl Eugenio; Derecho Penal, Parte General, Ediar Sociedad Anónima Editora, Comercial, Industrial y Financiera, Buenos Aires, Argentina, 2002.
- MUÑOZ CONDE, Francisco y GARCIA ARAN, Mercedes, Derecho Penal, Parte General, Editorial Tirant Lo Blanch, 2 Edición, Valencia, 1996.
- PEÑA CABRERA, Raúl, Tratado De Derecho Penal, “Estudio programático de la parte general”. 2º Edición Lima- Perú. Editorial Jurídica Grijley E. I. R. L. 1995.
- ALBERTO DONNA EDGARDO. Derecho Penal Parte Especial. Rubinzal-Culzoni Editores. 2001.
- LUZON CUESTA JOSE MÁRÍA. Compendio de Derecho Penal. Parte General y Parte Especial. Dykinson S.L. Mayo 2016.
- BARÓN DUQUE M., MUNDUATE JACA L., BLANCO BAREA M.J., “La espiral del Mobbing”. Papeles del Psicólogo, 2003. N.º 84, págs. 55-61.
- CARDOSO DOS SANTOS MEIREMAR. Tesis Doctoral. Estudio comparativo sobre el hostigamiento psicológico o mobbing en personal de enfermería de Brasil y España. Universitat de les Illes Balears. Departament de Psicologia. 2012.
- CARRETERO DOMÍNGUEZ NOELIA. Tesis Doctoral “Validación empírica de un modelo psicosocial del acoso psicológico en el trabajo (Mobbing)”. Departament de psicologia social. Facultat de Psicologia. Universitat de València. Servei de Publicacions. 2011.

- ESTÉVEZ ROMÁN MARGARITA. Tesis Doctoral. “La convivencia escolar en los centros educativos. Diseño de un programa de intervención a partir del sistema preventivo de Don Bosco”. Universidad de Sevilla. Facultad de Ciencias de la Educación. Departamento de Métodos de Investigación y Diagnóstico en Educación. 2012. Págs. 14-15.
  
- GARCÍA CAVERO P. “Acerca de la Función de la Pena”. Revista Jurídica on line. Facultad de Derecho. Universidad Católica de Guayaquil. <http://www.revistajuridicaonline.com>. 11,00 horas 06/04/2014.
  
- GARCÍA ORZA JAVIER. “Un modelo cognitivo de las interacciones matón-víctima”. Servicio de Publicaciones de la Universidad de Murcia. Anales de psicología. 1997, vol. 13, nº 1, Págs.51-56.
  
- GONZÁLEZ RODRÍGUEZ VÍCTOR MANUEL y otros. El mobbing. Aspectos conceptuales y cuestiones prácticas para el médico de familia sobre las conductas de acoso psicológico en el trabajo. International Marketing & Communications, S.A. 2004.
  
- GONZÁLEZ TRIJUEQUE D. Y DELGADO MARINA S. “El acoso psicológico en el lugar de trabajo antecedentes organizacionales.”. Boletín de Psicología, No. 93, Julio 2008, págs.7-20.
  
- GUEVARA RAMÍREZ L. “Aproximación al estudio de la violencia psicológica en el trabajo”. Criterio jurídico garantista. Año 2 – N.º. 2 - Enero-Junio de 2010.
  
- KAHALE CARRILLO DJAMIL TONY. “Diferencias entre acoso laboral y las tensiones ordinarias en el entorno de trabajo.”. [www.acosolaboral.org.uy](http://www.acosolaboral.org.uy). 22,33 horas. 15/11/2013.

- LEYMANN, H. GUSTAFSON, A.; Mobbing at work and the development of posttraumatic stress disorders. Rev. European Journal of Work and Organizational Psychology, núm. 2. 1996.
  
- LEYMANN, H.; Mobbing: la persécution au travail. Seuil. Paris 1996.
  
- LEYMANN, H.; The content and development of mobbing at work. Rev. European Journal of Work and Organizational Psychology, núm. 2. 1996.
  
- LÓPEZ FERNÁNDEZ J.A., SANTAMARÍA M., “Diagnósticos para el acoso laboral”. 2003. [www.cop.es/colegiados/T-00921/jal.htm](http://www.cop.es/colegiados/T-00921/jal.htm). 13,20 horas. 12/11/2013. 96
  
- LORENZ K; Los Ocho pecados mortales de la humanidad civilizada. Plaza Janes Editores S.A. Julio 1984.
  
- MANSILLA IZQUIERDO FERNANDO. “Enfoque Estratégico en los Conflictos Interpersonales en el Medio Laboral”. <http://www.preventionworld.com/es/informacion-tecnica/articulos/enfoque-estrategic>. 23,50 horas. 14/11/2013.
  
- MANSILLA IZQUIERDO FERNANDO. “Manual de Riesgos Psicosociales en el trabajo: Teoría y Práctica.”. [www.ripsol.org/Data/Elementos/607.pdf](http://www.ripsol.org/Data/Elementos/607.pdf). 00,36 horas. 15/11/2013.
  
- MANSILLA IZQUIERDO FERNANDO. “Manual de Riesgos Psicosociales en el trabajo: Teoría y Práctica.”. [www.ripsol.org/Data/Elementos/607.pdf](http://www.ripsol.org/Data/Elementos/607.pdf). 00,36 horas. 15/11/2013.
  
- MAYORAL BLASCO SUSANA Y ESPLUGA TRENC JOSEP. “Mobbing: ¿un problema de perfiles psicológicos o un problema de organización del trabajo? Dos estudios de caso”. Cuadernos de Relaciones Laborales. Vol. 28, Núm. 2 (2010), Págs. 233-255.

- MAYORAL BLASCO SUSANA. “El mobbing y la teoría de la acción de Pierre Bourdieu”. Revista Internacional de Sociología (RIS). Vol. 68, n.º 2, mayo-agosto 2010. Págs. 375-398.
  
- MAYORAL BLASCO SUSANA. “Mobbing: modelos explicativos y acción sindical”. Papers, 2010, 95/1, Págs. 29-46.
  
- MAYORAL BLASCO SUSANA. “Mobbing: principales debates teóricos e implicaciones prácticas en el ámbito laboral español”. Acciones e Investigaciones Sociales, 26 (julio 2008), págs. 91-125.
  
- MELLA, J.L., SEMPERE, J. M. y ROMERO, J. M. (2004). Factores de Riesgo del Acoso Social en el Trabajo (Mobbing): Un estudio de la Fundación para la Prevención de Riesgos Laborales de la Comunidad Valenciana. Trabajo presentado al Tercer Congreso Internacional de Prevención de Riesgos Laborales. Santiago de Compostela.
  
- MESEGUER DE PEDRO MARIANO. Tesis Doctoral. “El acoso psicológico en el trabajo (mobbing) y su relación con los factores de riesgo psicosocial en una empresa hortofrutícola”. Universidad de Murcia. Departamento de Psiquiatría y psicología social. Págs. 145 y ss.
  
- MIR PUIG CARLOS. El mobbing y los cuerpos y fuerzas de seguridad. 10.05.2006. Mobbing-OPINION.com. Estudios jurídicos.
  
- MOLINA NAVARRETE CRISTOBAL. El Mobbing en las administraciones públicas Aranzadi. 2008.
  
- MOLINA NAVARRETE CRISTÓBAL. "El "acoso" ¿riesgo laboral a prevenir en las empresas o delito a punir por el Estado?". Tribuna Social: Revista de Seguridad Social y Laboral, 2010; (234), págs. 9-20.
  
- MOLINA NAVARRETE C. La tutela judicial frente al acoso moral en el trabajo: de

las normas a las prácticas forenses. Bomarzo. Albacete 2007.

- MOLINA NAVARRETE C. Manual de derecho del Trabajo. Comares. 2008.

- ONTAN BALESTRA, Carlos; Derecho Penal, Introducción y Parte General, Actualizado por Guillermo A.C. Ledesma, editorial Abeledo – Perrot, Buenos Aires, Argentina, 1998.

- PARÉS SOLIVA M. (Visión de los afectados: la intervención con afectados por A.M.T., en II reunión anual de la sociedad española de medicina pericial).

- PÉREZ MACHIO ANA I., “Concreción del concepto jurídico de mobbing, bien jurídico lesionado y su tutela jurídico-penal”. Revista electrónica de Ciencia Penal y Criminología. 2004, núm. 06-06.

- PIÑUEL Y ZABALA, IÑAKI. La dimisión interior: del síndrome posvacacional a los riesgos psicosociales en el trabajo. Ed. Pirámide. Madrid, 2008.

- PIÑUEL Y ZABALA, IÑAKI. Mi jefe es un psicópata: por qué la gente normal se vuelve perversa al alcanzar el poder. Ed. Alienta. Barcelona, 2008.

- PIÑUEL Y ZABALA, IÑAKI. Mobbing escolar: Violencia y acoso psicológico contra los niños. Ed CEAC.Barcelona, 2007.

- PIÑUEL Y ZABALA, IÑAKI. Mobbing, el estado de la cuestión. Todo lo que usted siempre quiso saber sobre el acoso psicológico y nadie le explicó. Ed. Gestion 2000. Barcelona, 2008.

- PIÑUEL Y ZABALA, IÑAKI. Mobbing: cómo sobrevivir al acoso psicológico en el trabajo. Ed. Punto de Lectura. Madrid, 2003.

- PIÑUEL Y ZABALA, IÑAKI. Mobbing: cómo sobrevivir al acoso psicológico en el

trabajo. Ed. Sal Terrae. Santander, 2001

- PIÑUEL Y ZABALA, IÑAKI. Mobbing: manual de autoayuda. Ed. Aguilar. Madrid, 2003.

- PIÑUEL Y ZABALA, IÑAKI. Neomanagement: jefes tóxicos y sus víctimas. Ed. Aguilar. Madrid, 2004.

- POMARES CINTAS E. El derecho penal ante el acoso en el trabajo: El proyecto de reforma penal de 2009.

- POMARES CINTAS E. El nuevo delito de acoso moral laboral como modalidad de trato degradante. Laboratorio Observatorio de Riesgos psicosociales de Andalucía.

- SÁNCHEZ CABACO ANTONIO. Variables individuales (cognitivo-emocionales) y grupales en las nuevas patologías: el caso del mobbing o acoso psicológico en las organizaciones. <http://www.funcionadministrativa.com/infor/Mobbing%203.pdf>. 23,45 horas, 27/11/2013.

- SANCHEZ GARRIDO J. A. “La consideración penal del mobbing”, Diario La Ley, Nº 7612, Sección Tribuna, 15 Abr. 2011, Año XXXII, Ref. D-168, Editorial La Ley.

- SUAY CELIA. “El acoso moral. Algunas consideraciones criminológicas y penales”. Incluido en el libro colectivo coordinado por Hernán Hormazábal (Universidad de Gerona), en recuerdo del Profesor Juan Bustos Ramírez. Editorial Trotta, abril de 2010.

- TERRADILLOS BASOCO JUAN. “Función simbólica y objeto de protección del Derecho penal”. Revista Pena y Estado, n.º1, 1991. Ediciones P.P.U. Págs. 9-22.

- QUINTERO OLIVARES GONZALO. Reforma Penal 2010: Analisis y comentarios. 2010. Aranzadi.

- MUÑOZ CONDE FRANCISCO. Derecho Penal Parte General. 2015. Tirant lo Blanch.
- SILVA SANCHEZ JESUS MARÍA. Lecciones de Derecho Penal: Parte Especial. 2011. Ateclier