



www.civil-mercantil.com

TRIBUNAL SUPREMO

Sentencia 616/2014, de 25 de septiembre de 2014

Sala de lo Penal

Rec. n.º 2319/2013

SUMARIO:

Atenuante de reparación de daño. Falsificación de tarjeta de crédito en concurso medial con un delito de estafa. La jurisprudencia ha acogido un sentido amplio de la circunstancia atenuante de reparación del daño, que va más allá de la significación que se otorga a esta expresión en el art. 110 CP pues este se refiere exclusivamente a la responsabilidad civil, diferenciable de la responsabilidad penal, a la que afecta la atenuante. Cualquier forma de reparación del delito o de disminución de sus efectos, sea por la vía de la restitución, de la indemnización de los perjuicios, de la reparación moral o incluso reparación simbólica, puede integrar las previsiones de la atenuante. La reparación completa del perjuicio sufrido no conlleva necesariamente la apreciación de la atenuante como muy cualificada, ya que la mera consignación del importe de las indemnizaciones solicitadas por las acusaciones no satisface las exigencias de una actuación post delictum para elevar la atenuante ordinaria a la categoría de muy cualificada. Para la especial cualificación de esta circunstancia, se requiere que el esfuerzo realizado por el culpable sea particularmente notable, en atención a sus circunstancias personales (posición económica, obligaciones familiares y sociales, especiales circunstancias coyunturales, etc.). En este caso, tratándose de un delito de falsificación de tarjetas de créditos como medio para cometer un delito de estafa, la entrega a una de las entidades hoteleras perjudicadas de la cantidad de 400 euros, con el fin de extinguir una deuda por hospedaje que ascendió a 344,68 euros, no repara los bienes jurídicos menoscabados con la acción imputada al acusado. La tenencia de nueve tarjetas blancas con banda magnética, así como de un aparato para copiar tarjetas, son acciones penalmente desvaloradas respecto de las que nada puede reparar el acusado.

PRECEPTOS:

Ley Orgánica 10/1995 (CP), arts. 21.5, 66.2, 77, 110, 248, 249 y 399 bis.

PONENTE:

Don Manuel Marchena Gómez.

SENTENCIA

En la Villa de Madrid, a veinticinco de Septiembre de dos mil catorce.

Esta Sala, compuesta como se hace constar, ha visto el recurso de casación por infracción de ley e infracción de precepto constitucional interpuesto por el MINISTERIO FISCAL , contra la sentencia dictada por la Audiencia Provincial de Barcelona (Sección Décima) de fecha 28 de octubre de 2013 en causa seguida contra Jesús Ángel , por delitos de falsedad documental, los Excmos. Sres. componentes de la Sala Segunda del Tribunal Supremo que al



www.civil-mercantil.com

margen se expresan se han constituido para Votación y Fallo bajo la Presidencia del primero de los citados. Ha intervenido el Ministerio Fiscal como parte recurrente y como parte recurrida Jesús Ángel representada por la procuradora doña Marta María Correas Gutiérrez. Siendo Magistrado Ponente el Excmo. Sr. D. Manuel Marchena Gomez.

I. ANTECEDENTES

Primero.

El Juzgado de instrucción nº 3 de Barcelona, incoó diligencias previas nº 2418/2010, contra Jesús Ángel y, una vez conclusas, las remitió a la Audiencia Provincial de Barcelona (Sección Décima) procedimiento abreviado 75/2012 que, con fecha 28 de octubre de 2013, dictó sentencia que contiene los siguientes HECHOS PROBADOS:

"PRIMERO.- El acusado Jesús Ángel , ciudadano letón, mayor de edad y sin antecedentes penales, en fecha indeterminada anterior a las que se dirán realizó una reserva, a través de la página de internet Wotif, para alojarse en el Hotel Catalonia sito en la calle Balmes de Barcelona desde el día 30 de agosto al 2 de septiembre de 2010 facilitando la tarjeta con numeración **** NUM000 para abonar la estancia.

Por el mismo medio realizó otra reserva para los días 2 a 5 de septiembre, bajo el nombre de Amalia , en el Hotel Barcelona Center sito también en la calle Balmes, esta vez facilitando la tarjeta con numeración **** NUM001 para abonar la estancia, reserva que fue anulada por la entidad Wotif al constatar que, al igual que la antes citada, la tarjeta de crédito era falsa.

El acusado fue detenido en el Hotel Barcelona Center, donde se había registrado como Amalia , y a quien se le intervino su pasaporte verdadero, tres tarjetas de crédito Visa a su nombre, nueve tarjetas blancas con banda magnética, dos tarjetas de hotel y un aparato para copiar tarjetas más un ordenador portátil. Estos últimos eran perfectamente aptos para reproducir tarjetas de crédito, siendo que las indicadas tarjetas blancas ya tenían incorporada en su banda magnética la información correspondiente.

SEGUNDO.

La reserva efectuada en el Hotel Catalonia generó unos gastos de 344,68 euros. El acusado, con anterioridad a la celebración de juicio, satisfizo la suma de 400 euros para sufragar los perjuicios y solicitó y obtuvo, por escrito, el perdón expreso de la empresa hotelera".

Segundo.

La Audiencia Provincial de Barcelona, Sección Tercera, dictó sentencia con el siguiente pronunciamiento:

"FALLAMOS: Que debemos condenar y condenamos a Jesús Ángel como responsable en concepto de autor de un delito de falsificación de tarjeta de crédito en concurso medial con un delito de estafa, precedentemente definidos, sin que concurran circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal, a las penas de DOS AÑOS de prisión con su accesoria de inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo por el tiempo de la condena, así como al pago de las costas procesales.



www.civil-mercantil.com

Notifíquese la presente Sentencia a las partes procesales con expresión que contra la misma cabe recurso de casación por infracción de ley o por quebrantamiento de forma en el plazo de cinco días".

Tercero.

La Audiencia de instancia, dictó auto de fecha 7 de noviembre de 2013 cuya PARTE DISPOSITIVA es del tenor literal siguiente:

En atención a los artículos citados y los demás de general y pertinente aplicación, este Tribunal ACUERDA: AÑADIR al relato de hechos probados y en concreto al final de su ordinal primero lo siguiente:

"Dos de las tarjetas encontradas a su nombre con numeración *** NUM002 y *** NUM003 no eran auténticas pues la numeración que aparece en el anverso no coincide con la numeración de la banda magnética. Todas las referidas tarjetas habían sido elaboradas por el acusado.

Notifíquese a las partes procesales, llévase al Libro de Sentencias quedando copia testimoniada en la causa".

Cuarto.

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

Quinto.

El MINISTERIO FISCAL , basa su recurso en los siguientes motivos de casación :

I.- Infracción de ley al amparo del art. 849.1 de la LECrim , por aplicación indebida de la atenuante de reparación del daño como muy cualificada, prevista en el art. 21.5 en relación con el art. 66.2, todos del CP . II.- Infracción de ley al amparo del art. 849.1 de la LECrim , por incorrecta aplicación del art. 66.2 del CP . III.- Infracción de precepto constitucional del art. 852 de la LECrim , por vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 de la CE) por falta de motivación en el uso por el tribunal de la facultad de bajar en dos grados la pena como consecuencia de la aplicación de dicha atenuante muy cualificada.

Sexto.

Instruidas las partes del recurso interpuesto, el Ministerio Fiscal, por escrito de fecha 10 de diciembre de 2013, interesó la estimación del recurso formulado. La representación de la parte recurrida solicitó la inadmisión del citado recurso.

Séptimo.

Por providencia de fecha 9 de julio de 2014 se declaró el recurso admitido, quedando conclusos los autos para señalamiento del fallo cuando por turno correspondiera.

Octavo.



www.civil-mercantil.com

Hecho el señalamiento del fallo prevenido, se celebró la deliberación de la misma el día 18 de septiembre de 2014.

II. FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primero.

Por el Ministerio Fiscal se interpone recurso de casación contra la sentencia de fecha 28 de octubre de 2013, dictada por la Sección Décima de la Audiencia Provincial de Barcelona, en el marco del procedimiento abreviado núm. 75/2012, tramitado por el Juzgado de instrucción núm. 3 de esa misma capital.

Se formalizan tres motivos de casación. La estimación del primero de ellos, anunciado al amparo del art. 849.1 de la LECrim y en el que se denuncia la indebida aplicación de la atenuante de reparación del daño como muy cualificada (art. 21.5, en relación con el art. 66.2, ambos del CP), hará innecesario el examen de los otros dos restantes que, como expresa el propio Fiscal, se hacen valer con carácter subsidiario, sólo para el caso de desestimación de la primera de las quejas formalizadas.

Segundo.

La sentencia recurrida condenó al acusado Jesús Ángel, ciudadano letón, como autor de un delito de falsificación de tarjeta de crédito del art. 399 bis del CP, en concurso medial del art. 77 del CP con un delito de estafa de los arts. 248 y 249 del CP, a la pena de 2 años de prisión, con la accesoria de inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena.

La imposición de esa pena -pese a que el fallo de la sentencia recurrida declara que no concurren circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal, afirmación no rectificada por el auto posterior de aclaración dictado con fecha 7 de noviembre de 2013- es el resultado de la aplicación de la atenuante de reparación del art. 21.5 del CP, con el carácter de muy cualificada (cfr. FFJJ 4º y 5º). Éste es el punto controvertido en el presente recurso, toda vez que los hechos fueron admitidos por el acusado y respaldados por la prueba testifical practicada.

Los hechos probados declaran que el acusado realizó una reserva, a través de la página de Internet Wotif, para alojarse en el Hotel Catalonia, sito en la calle Balmes de Barcelona, desde el día 30 de agosto al 2 de septiembre de 2010, facilitando para ello la tarjeta con numeración **** NUM000 para abonar la estancia. Por el mismo procedimiento realizó una segunda reserva para los días 2 a 5 de septiembre, bajo el nombre de Amalia, en el Hotel Barcelona Center, sito también en la calle Balmes, esta vez facilitando la tarjeta con numeración **** NUM001 para abonar la estancia, reserva que fue anulada por la entidad Wotif al constatar que, al igual que la anterior tarjeta de crédito, ésta era falsa. La detención del acusado se practicó en el Hotel Barcelona Center, en el que se había registrado a nombre de Amalia. Se intervino en su poder su pasaporte verdadero, tres tarjetas de crédito VISA a su nombre, nueve tarjetas blancas con banda magnética, dos tarjetas de hotel y un aparato para copiar tarjetas, así como un ordenador portátil. Estos últimos eran perfectamente aptos para reproducir tarjetas de crédito. Las tarjetas ya tenían incorporada en su banda magnética la información correspondiente. En el auto de aclaración se añadió al factum que "... dos de las tarjetas encontradas a su nombre con numeración **** NUM002 y **** NUM003 no eran



www.civil-mercantil.com

auténticas pues la numeración que aparece en el anverso no coincide con la numeración de la banda magnética. Todas las referidas tarjetas han sido elaboradas por el acusado".

La aplicación de la atenuante de reparación, cuyo carácter muy cualificado cuestiona el Fiscal, se apoya en el siguiente fragmento del juicio histórico: "... la reserva efectuada en el Hotel Catalonia generó unos gastos de 344,68 euros. El acusado, con anterioridad a la celebración del juicio satisfizo la suma de 400 euros para sufragar los perjuicios y solicitó y obtuvo, por escrito, el perdón expreso de la empresa hotelera".

Tercero.

La interpretación jurisprudencial de la atenuante de reparación prevista en el art. 21.5 del CP -decíamos en la STS 988/2013, 23 de diciembre -, ha asociado su fundamento material a la existencia de un *actus contrarius* mediante el cual el acusado reconoce la infracción de la norma cometida, con la consiguiente compensación de la reprochabilidad del autor (cfr. SSTS 319/2009, 23 de marzo , 542/2005, 29 de abril). Su razón de ser, pues, está íntimamente ligada a la existencia de un acto reparador que, en buena medida, compense el desvalor de la conducta infractora. Y ese fundamento no es ajeno a la preocupación legislativa, convertida en pauta de política criminal, por facilitar la protección de la víctima, logrando así, con el resarcimiento del daño causado, la consecución de uno de los fines del proceso. Por su fundamento político criminal se configura como una atenuante «*ex post facto*», que no hace derivar la disminución de responsabilidad de una inexistente disminución de la culpabilidad por el hecho, sino de la legítima y razonable pretensión del legislador de dar protección a la víctima y favorecer para ello la reparación privada posterior a la realización del delito (SSTS 2068/2001, 7 de diciembre ; 2/2007, 16 de enero ; 1171/2005, 17 de octubre). Y hemos acogido un sentido amplio de la reparación, que va más allá de la significación que se otorga a esta expresión en el art. 110 del CP , pues el art. 110 se refiere exclusivamente a la responsabilidad civil, diferenciable de la responsabilidad penal, a la que afecta la atenuante. Cualquier forma de reparación del delito o de disminución de sus efectos, sea por la vía de la restitución, de la indemnización de los perjuicios, de la reparación moral o incluso reparación simbólica, puede integrar las previsiones de la atenuante (SSTS 545/2012, 22 de junio ; 2/2007, 16 de enero ; 1346/2009, 29 de diciembre y 50/2008, 29 de enero , entre otras).

Pero también hemos dicho -así lo recuerda el Fiscal en su recurso- que para la especial cualificación de esta circunstancia, se requiere -cfr. 868/2009, 20 de julio- que el esfuerzo realizado por el culpable sea particularmente notable, en atención a sus circunstancias personales (posición económica, obligaciones familiares y sociales, especiales circunstancias coyunturales, etc.) y al contexto global en que la acción se lleve a cabo. La mayor intensidad de la cualificación ha de derivarse, ya sea del acto mismo de la reparación -por ejemplo, su elevado importe-, ya de las circunstancias que han condicionado la respuesta reparadora del autor frente a su víctima.

Hemos sentado el principio de que la reparación completa del perjuicio sufrido no conlleva necesariamente la apreciación de la atenuante como muy cualificada. Así, en la STS 1156/2010, 28 de diciembre , dijimos que la mera consignación del importe de las indemnizaciones solicitadas por las acusaciones no satisface las exigencias de una actuación *post delictum* para elevar la atenuante ordinaria a la categoría de muy cualificada. Para ello se necesitaría algo más, mucho más, pues, aunque la reparación haya sido total, el que de modo sistemático la reparación total se considere como atenuante muy cualificada supondría llegar a una objetivación inadmisibles y contraria al fin preventivo general de la pena; finalidad preventiva general que quedaría, al entender de este Tribunal, burlada con la rebaja sustancial que pretende el recurrente. A esa misma idea se adscriben las SSTS 87/2010, 17 de febrero y 15/2010, 22 de enero , entre otras muchas.



www.civil-mercantil.com

Volcando este cuerpo de doctrina sobre el supuesto de hecho enjuiciado, la estimación del primero de los motivos del recurso del Fiscal resulta obligada, en la medida en que la apreciación por la Audiencia de la atenuante de reparación con carácter cualificado es contraria al entendimiento jurisprudencial del art. 21.5 del CP .

Cuarto.

Es evidente que tratándose de un delito de falsificación de tarjetas de créditos como medio para cometer un delito de estafa, la entrega a una de las entidades hoteleras perjudicadas de la cantidad de 400 euros, con el fin de extinguir una deuda por hospedaje que ascendió a 344,68 euros, no repara los bienes jurídicos menoscabados con la acción imputada al acusado. Esta conclusión no se debilita por el hecho de que el acusado hubiera llegado a obtener para su aportación a la causa "... el perdón expreso de la empresa hotelera". Esa entrega sólo repara, de forma exclusivamente parcial, la actuación pluriofensiva del acusado. Y es que no sólo se vio afectado el patrimonio del Hotel Catalonia. La realización de una reserva por Internet mediante una tarjeta previamente manipulada por el acusado, la utilización de esa tarjeta para abonar la estancia, la posesión de dos tarjetas VISA a su nombre manipuladas por el propio acusado, la tenencia de nueve tarjetas blancas con banda magnética, así como de un aparato para copiar tarjetas, son acciones penalmente desvaloradas respecto de las que nada puede reparar el acusado mediante el pago de una factura de hospedaje y, por supuesto, nada puede perdonar el Hotel Catalonia. Se quebrantó la confianza en el comercio electrónico y se vulneró la credibilidad comercial asociada a las tarjetas de crédito como instrumento de pago indispensable, hoy por hoy, en el tráfico mercantil nacional e internacional. Todo ello, sin olvidar que la posesión de nueve tarjetas blancas con banda magnética, sumada a la disponibilidad de un aparato para clonar tarjetas, entrañó un riesgo perfectamente objetivable para esos bienes jurídicos y, cómo no, para el patrimonio de hipotéticos titulares defraudados.

Tiene toda la razón el Fiscal cuando destaca el contrasentido que supone que habiéndose consumado el delito de falsificación de tarjetas de crédito -y de posesión de útiles para la falsificación- se rebaje nada menos que en dos grados su pena como consecuencia de haber luego cometido una segunda conducta delictiva -delito de estafa- y haber pagado la indemnización del perjuicio derivado de esa conducta delictiva posterior, que en nada ha sido relevante para la consumación previa y anterior del delito de falsificación de tarjetas de crédito.

Esta idea, con unos u otros matices, en función de la naturaleza del delito por el que se formulaba acusación, ha sido proclamada en numerosos pronunciamientos de esta Sala, de los que las SSTs 545/2012, 22 de junio ; 73/2009, 29 de enero ; 1215/1999, 29 de septiembre ; 1013/2002, 31 de mayo , no son sino elocuentes ejemplos.

Quinto.

Conforme al art. 901 de la LECrim , procede la declaración de oficio de las costas procesales.

III. FALLO

Que debemos declarar y declaramos HABER LUGAR al recurso de casación promovido por el MINISTERIO FISCAL , contra la sentencia de fecha 28 de octubre de 2013, dictada por la Sección Décima de la Audiencia Provincial de Barcelona en causa seguida contra Jesús Ángel por los delitos de falsedad de tarjetas de crédito y estafa, casando y



www.civil-mercantil.com

anulando dicha resolución y procediendo a dictar segunda sentencia, con declaración de oficio de las costas procesales.

Comuníquese esta resolución y la que seguidamente se dicta al Tribunal sentenciador a los efectos legales procedentes, con devolución de la causa que en su día remitió, interesando acuse de recibo.

Así por esta nuestra sentencia, que se publicará en la Colección Legislativa lo pronunciamos, mandamos y firmamos D. Miguel Colmenero Menendez de Luarca D. Luciano Varela Castro D. Manuel Marchena Gomez D. Andres Palomo Del Arco D. Perfecto Andres Ibañez

SEGUNDA SENTENCIA

En la Villa de Madrid, a veinticinco de Septiembre de dos mil catorce.

Por la Sección Décima de la Audiencia Provincial de Barcelona, en el procedimiento abreviado núm. 75/12, tramitado por el Juzgado de instrucción núm. 3 de Barcelona, se dictó sentencia de fecha 28 de octubre de 2013, que ha sido casada y anulada por sentencia pronunciada el día de hoy por esta Sala Segunda del Tribunal Supremo integrada por los Excmos. Sres. expresados al margen y bajo la ponencia del Excmo. Sr. D. Manuel Marchena Gomez, se hace constar lo siguiente:

I. ANTECEDENTES

Único.

Se aceptan y dan por reproducidos los antecedentes de hecho y hechos probados de la sentencia recurrida.

II. FUNDAMENTOS DE DERECHO

Único.

Por las razones expuestas en los FFJJ 3º Y 4º de nuestra sentencia precedente, resulta obligada la estimación del primero de los motivos entablados por el Ministerio Fiscal, declarando que la circunstancia atenuante de reparación, prevista en el art. 21.5 del CP y apreciada en la instancia, no encierra el carácter de muy cualificada.

Se procede a penar ambos delitos por separado, por ser más favorable para el reo, imponiéndose en ambos casos la pena en su mínima extensión, a la vista de la atenuante ordinaria apreciada en la instancia.

III. FALLO

Se dejan sin efecto las penas de prisión y multa impuestas por el tribunal de instancia a Jesús Ángel y se condena a éste, como autor de un delito de falsificación de tarjetas de crédito a la pena de 4 años de prisión, con la accesoria de inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena; y como autor de un delito de estafa ya definido a la pena de 6 meses de prisión, con idéntica accesoria durante el tiempo de la condena. Se mantiene el resto de los pronunciamientos de la sentencia dictada en la instancia en lo que no se oponga a la presente.



www.civil-mercantil.com

Así por esta nuestra sentencia, que se publicará en la Colección Legislativa lo pronunciamos, mandamos y firmamos D. Miguel Colmenero Menendez de Lurca D. Luciano Varela Castro D. Manuel Marchena Gomez D. Andres Palomo Del Arco D. Perfecto Andres Ibañez

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

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