

FALSIFICACIÓN DE TARJETAS DE CRÉDITO

(Comentario a la STS, Sala de lo Penal, de 11 de abril de 2011) ¹

JOSÉ IGNACIO ESQUIVIAS JARAMILLO

Fiscal (Fiscalía Provincial de Madrid)

Extracto:

EL Tribunal Supremo considera que «la tutela penal de las tarjetas de crédito se ha situado en un terreno intermedio entre la protección de la moneda y la del resto de los documentos tenidos como mercantiles. Procede, en consecuencia, adaptar la pena impuesta al recurrente al nuevo marco penal». El legislador de 2010 ha considerado oportuno romper con esa equiparación funcional –profundizada mediante la reforma de la Ley Orgánica 15/2003, 25 de noviembre– dispensando ahora un tratamiento autónomo a la falsificación de las tarjetas de crédito y débito, así como a los cheques de viaje. Así, ha creado una sección específica en el Capítulo II, del Título XVIII, del Libro II del Código Penal, castigando con la pena de cuatro a ocho años de prisión al que «... altere, copie, reproduzca o de cualquier otro modo falsifique tarjetas de crédito o débito o cheques de viaje». Resulta de obligada ponderación para esta Sala la aplicación de los nuevos preceptos, valorando en su conjunto las disposiciones de cada uno de los textos legales y tomando en consideración la totalidad de las circunstancias concurrentes en el supuesto de hecho de que se trate, con el fin de efectuar la comparación en atención a la pena específica que correspondería imponer en la aplicación de una u otra legislación. Tal idea fluye con toda lógica de lo dispuesto en la disposición transitoria primera de la misma Ley Orgánica 5/2010, con arreglo a la cual «los delitos y faltas cometidos hasta el día de la entrada en vigor de esta ley se juzgarán conforme a la legislación penal vigente en el momento de su comisión. No obstante lo anterior, se aplicará esta ley, una vez que entre en vigor, si las disposiciones de la misma son más favorables para el reo, aunque los hechos hubieran sido cometidos con anterioridad a su entrada en vigor».

Palabras clave: falsificación de tarjetas de crédito, cheques de viaje.

¹ Véase el texto de esta sentencia en *Ceflegal. Legislación y Jurisprudencia*, núm. 129, octubre 2011.

FALSIFICATION OF CREDIT CARDS

(Commentary on the Tribunal Supremo of 11 april 2011) ¹

JOSÉ IGNACIO ESQUIVIAS JARAMILLO

Fiscal (Fiscalía Provincial de Madrid)

Abstract:

THE Supreme Court thinks that «The penal guardianship of the credit cards has placed in an intermediate area between the protection of the currency and that of the rest of the documents had like mercantile. It proceeds, in consequence, to adapt a sorrow imposed on the appellant on the new penal frame». The legislator of 2010 has considered to be opportune to break with this comparison functional - deepened by means of the reform of the organic Law 15/2003, on November 25 - distributing now an autonomous treatment to the falsification of the credit cards and debit, as well as to the traveler's checks. This way, it has created a specific section in the chapter II, of the title the XVIIIth, of the book the IInd of the Penal Code, punishing with a sorrow from 4 to 8 years of prison, to that «... alter, copy, reproduce or of any other way forge cards of credit or debit or traveler's checks». It ensues from obliged weighting for this Court, the application of the new rules, valuing for his set the dispositions of each one of the legal texts and taking in consideration the totality of the competing circumstances in the supposition of fact about which it treats itself, in order to effect the comparison in consideration of a specific sorrow that would correspond to impose in the application of one or another legislation. This idea flows with all logic of arranged in the transitory disposition 1^a of the same organic Law 5/2010, in accordance with which, «the crimes and lacks committed until the day of the entry into force of this Law will be judged in conformity with the penal in force legislation in the moment of his commission. Nevertheless the previous thing, this Law will be applied, as soon as between in effect, if the dispositions of the same one are more favorable for the convict, though the facts had been committed before his entry into force».

Keywords: falsification of credit cards, traveler's checks.

¹ Véase el texto de esta sentencia en *Ceflegal. Legislación y Jurisprudencia*, núm. 129, octubre 2011.

La Sección Primera de la Audiencia Nacional, con fecha de 2 de julio de 2010, en causa seguida por los delitos de falsedad en documento oficial y mercantil, falsificación de moneda y estafa procesal continuada, dicta sentencia, que es recurrida en casación por la representación legal de los condenados y por la acusación particular.

Esencialmente, se impugna, al amparo del artículo 849.1 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal (LECrim.) y por infracción de ley, aplicación indebida de los artículos 387 y 386.1.1 del Código Penal (CP), también se ataca, por la vía de los artículos. 5.º 4 de la Ley Orgánica del Poder Judicial (LOPJ) y 852 de la LECrim., la infracción de precepto constitucional, vulneración del derecho a la presunción de inocencia.

Uno de los condenados hace referencia a la indebida condena por complicidad en su conducta. Se le condena por la complicidad en el delito de fabricación de moneda falsa previsto y penado en los artículos 387 y 386.1.1 del CP, a la pena de un año y un día de prisión y multa de 12 meses a razón de 5 euros diarios. Lo cierto es que su intervención no pudo ser más esencial y no accidental. Proporcionar los números de las tarjetas de crédito y usar un lector óptico suponen actos esenciales, propios de contribuir con lo sustancial a la acción penal. De ahí que por la Sala se haga referencia velada a la benignidad de la calificación, siendo más adecuada la autoría. La autoría tiene mayor contundencia que la complicidad por la que se le condena. La vulneración de la presunción de inocencia parece absurda, pues el acervo probatorio es amplio. Toda la prueba le incrimina, incluso su propia declaración que acepta la tenencia del lector óptico de tarjetas magnéticas de crédito de los clientes. El tribunal hace un razonamiento lógico con la prueba de que dispone y llega a la conclusión lógica, pues sabemos que en la casación no remodifican los hechos, sino que se parten de los probados. Ni se añade ni se quita nada en casación que no sea absurdo y no se corresponda con el normal razonamiento jurídico.

Sin embargo, se condena a otro de los imputados como cooperador necesario del artículo 28 del CP por haber proporcionado los datos indispensables para la clonación de las tarje-

tas. Evidentemente, si esto es esencial y conlleva la cooperación necesaria y la definición de la autoría, es criticable que no sea autoría lo anterior, cuando se proporcionan los números de las tarjetas y se usa el lector. Pero en este caso parece que la declaración de un coimputado (a juicio de recurrente) es la base de la condena por coautoría necesaria. Una vez más, el tribunal nos ilustra sobre la doctrina jurisprudencial de la declaración de un coimputado para que la presunción de inocencia no se entienda vulnerada. Debe añadirse algún dato más que corrobore la declaración del coimputado. Es como si no bastara tan solo con lo declarado por otro (u otros coimputados), sino que, además, debe avalarse esa declaración con hechos, datos o circunstancias externas que supongan una «corroboración mínima».

También es importante (seguimos con el comentario de la sentencia) la adecuación de la pena que hace el tribunal a la reforma operada en el CP por Ley Orgánica 5/2010, de 22 de junio. Veamos:

La disposición transitoria tercera de la Ley Orgánica 5/2010, 22 de junio, dispone que:

«... en las sentencias dictadas conforme a la legislación que se deroga y que no sean firmes por estar pendientes de recurso, se observarán, una vez transcurrido el periodo de *vacatio*, las siguientes reglas:

(...)

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.»

Por tanto, se observan dos momentos procesales para adecuar la pena a lo más favorable: uno viene determinado por la no formalización del recurso de casación; el otro, por la sustanciación del recurso ya formalizado e interpuesto, para, en definitiva, la aplicación de la norma penal más favorable al caso.

Se ha condenado al recurrente por el artículo 387, en relación con el 386.1; «pues bien, dichos artículos castigaban con la pena de prisión de 8 a 12 años y multa del tanto al décuplo del valor aparente de la moneda, al que alterase o fabricara moneda falsa, teniendo en cuenta

que, a tales efectos, se consideraban monedas, además de la moneda metálica y el papel moneda de curso legal, las tarjetas de crédito, las de débito y las demás tarjetas que puedan utilizarse como medio de pago, así como los cheques de viaje». El legislador ha creado una sección específica en el Capítulo II, del Título XVIII, del Libro II del CP, castigando con la pena de cuatro a ocho años de prisión al que «... altere, copie, reproduzca o de cualquier otro modo falsifique tarjetas de crédito o débito o cheques de viaje». Resulta que el tratamiento de las tarjetas de crédito se singulariza entre los documentos mercantiles en general y la moneda metálica. Al aplicar la reforma indicada no queda más remedio que adaptar la pena. Y esto es lo que hace la sentencia en casación, manteniendo la condena por complicidad («se dejan sin efecto las penas de prisión y multa impuestas por el tribunal de instancia en aplicación del delito de fabricación de moneda falsa en su anterior redacción y se condena a Everardo y a Jesús Ángel a la pena de cinco años de prisión a cada uno de ellos, con inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena. También condena a Braulio a la pena de seis meses de prisión, con la accesoria de inhabilitación especial para el ejercicio del derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de condena»).

Al aplicar la disposición transitoria de la Ley Orgánica 5/2010, para adaptar las penas a los preceptos más favorables, el Tribunal Supremo, teniendo en cuenta el nuevo marco punitivo (de cuatro a ocho años de prisión), impone una pena de cinco años, en la mitad inferior, con duración próxima a la mínima extensión. Al calificarse los hechos como falsedad documental (art. 399 bis), la pena de cinco años es más adecuada a la nueva legislación; además cumple con los criterios de participación de los autores en los hechos. También rectifica otra pena, aplicando la atenuante de confesión (ya sabemos que es una circunstancia desprovista de connotaciones morales del arrepentimiento o pesar por el hecho cometido, justificándose más dentro de la facilitación del descubrimiento de la verdad), degradándola a los seis meses. Existe el razonamiento y, por tanto, la motivación de las nuevas penas justifica su imposición.

Otro de los comentarios de la sentencia se centra en el principio de igualdad aplicado al proceso penal. No todos los imputados de un proceso deben correr la misma suerte penológica. No puede haber un mismo tratamiento penal a todos los acusados si su intervención es diferenciada. Si el derecho penal es un derecho de autor y la responsabilidad una cuestión a individualizar, según el grado de participación de cada cual y su mayor o menor intensidad en el hecho delictivo, y el beneficio es mayor en unos que en otros, evidentemente la responsabilidad penal puede variar, sin que ello suponga una vulneración del principio de igualdad. El tratamiento desigual justificado es lícito, y en esta sentencia el Tribunal Supremo nos recuerda que, ante un delito continuado de estafa, la intensa actividad desplegada por uno de los acusados y «sus abultadas ganancias» le hacen acreedor de mayor responsabilidad penal respecto de otro u otros con una intervención más limitada o menos trascendente.

La sentencia da la razón al recurrente cuando rechaza la responsabilidad civil como subsidiaria. Según el artículo 116 del CP «toda persona responsable criminalmente de un delito o falta

lo es también civilmente. La responsabilidad civil subsidiaria solo es admitida en defecto de los que lo sean criminalmente» (art. 120 CP). «No existiendo responsable civil directo es indudable que la referencia a esa responsabilidad civil subsidiaria solo puede interpretarse como un error, probablemente material, del tribunal a quo». La responsabilidad civil de los penalmente responsables ha de ser necesariamente directa y no subsidiaria.