

**C. DERECHO
PENAL**

ESTAFA Y FALSEDAD. COMPETENCIA

**Núm.
104/2004**

Ángel MUÑOZ MARÍN
Fiscal

• **ENUNCIADO:**

Santiago es detenido en Madrid por agentes de la Autoridad en el interior de la Joyería XX, mientras trataba de abonar la compra de tres relojes valorados, todos ellos en 5.000 euros, mediante la entrega de una tarjeta de crédito, que incorporaba datos genuinos a un soporte de plástico entregando simultáneamente un DNI previamente manipulado y con su foto. Correspondiendo los datos de dicho documento de identidad, con los plasmados en la tarjeta. En el momento de la detención, Juan esperaba al volante de un vehículo en la puerta del establecimiento, ocupándosele al mismo, un teléfono móvil valorado en 500 euros, y que había adquirido Santiago el día anterior por el mismo procedimiento, teniendo el referido Juan en su poder, el recibo de la compra.

El dependiente de la joyería XX avisó a la policía, al serle denegada la operación por el emisor en dos ocasiones, y observar síntomas de nerviosismo en Santiago.

• **CUESTIONES PLANTEADAS:**

1. Delitos cometidos por Santiago y Juan.
2. Participación de cada uno en los mismos.
3. Problemas procesales que se plantean.

• **SOLUCIÓN:**

Los hechos descritos sucintamente nos muestran la existencia de tres conductas delictivas diversas. En primer lugar, el hecho de la adquisición de un teléfono móvil, y el intento de adquirir tres relojes, mediante el empleo de una tarjeta de crédito manipulada, y de un DNI igualmente manipulado, apuntan a la existencia de un delito de estafa. En dichas conductas se dan con palmaria claridad los elementos delimitadores del delito de estafa; esto es, un engaño bastante, un error en el sujeto pasivo, y la transmisión patrimonial con perjuicio propio o de tercero. Respecto al delito de estafa, el elemento que puede ofrecer alguna duda, con carácter general, es la existencia del engaño, que por otra parte, es considerado como el eje del referido delito. En tal sentido, el engaño ha venido sufriendo una evolución jurisprudencial, en lo referente a su delimitación jurídica; y así ha pasado de tener un matiz claramente objetivo, hasta posiciones más subjetivistas. En un primer momento, ha predominado la idea de que el engaño debía ser el suficiente para inducir a error a una persona de inteligencia media; sin embargo, las nuevas corrientes han desembocado en una concepción que pudiéramos

llamar más personalistas, haciendo hincapié en que el engaño ha de ser el suficiente para llevar al sujeto pasivo al error en cada caso en concreto. Por tanto, habrá que analizar las características del engaño y del sujeto pasivo en cada caso, para determinar si el engaño tiene caracteres delictivos.

En el presente caso, se trata de dos establecimientos mercantiles en los que el error viene determinado por la entrega de una tarjeta de crédito manipulada, a la que se acompaña el pertinente documento de identidad que adviera la supuesta originalidad de dicho medio de pago. Por ello, no hay duda de que el engaño es el suficiente y el apropiado para llevar al error a los sujetos pasivos, consiguiendo en uno de los casos la transmisión patrimonial con el consiguiente perjuicio económico, y en el segundo, no llega a producirse dicha transmisión por causas ajenas a la voluntad de Santiago.

Para la realización del delito de estafa señalado, Santiago utiliza una tarjeta de crédito alterada, así como un documento de identidad falsificado. Nos encontramos ante dos posibles delitos de falsedad recogidos en el Título XVIII del Código Penal (CP), uno de ellos recogido en los artículos 386 y 387, y el segundo en el artículo 392 en relación con el 390.1, todos ellos del CP.

Respecto a la utilización de la tarjeta de crédito, podemos encontrarnos, dependiendo de la prueba que se pueda presentar, antes dos posibles conductas delictivas; o bien la conducta del artículo 386.1, 2 y 3, la cual llevaría aparejada una pena de prisión de ocho a doce años, o bien el tipo atenuado recogido en el párrafo cuarto del mencionado tipo legal, y que llevaría aparejada una pena inferior en uno o dos grados. La opción entre una u otra conducta tendrá, como veremos posteriormente importantes repercusiones procesales.

De la descripción de hechos que se nos da en el enunciado, no cabe sino concluir que la conducta de Santiago habrá que encuadrarla en el tipo recogido en el párrafo cuarto del artículo 386, ya que no está acreditado que Santiago haya falsificado o alterado la tarjeta de crédito, la haya introducido en el país, la haya exportado, o la haya distribuido en connivencia con el falsificador. No se nos dice cuál ha sido la forma en que dicha tarjeta ha llegado a manos de Santiago; por tanto por aplicación del principio de presunción de inocencia, no podemos concluir que haya sido el autor material de dichas conductas. Por el contrario, la propia tenencia y utilización de la tarjeta de crédito, ya denota un claro grado de connivencia con las personas a que se refieren los tres primeros ordinales del artículo 386; y es precisamente este grado de connivencia el que va a determinar la pena a imponer, ya que el artículo 386 hace depender la misma, del grado de connivencia. Deducimos que el grado de connivencia se acentúa en el presente caso al portar Santiago un DNI igualmente falsificado, y que corresponde con el nombre que figura en la tarjeta.

Respecto a la equiparación de la tarjeta de crédito a la moneda falsa, el artículo 387 del CP es claro, «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 los cheques de viaje. Igualmente se equiparán a la moneda nacional la de la Unión Europea y las extranjeras». A este respecto, hay que traer a colación el acuerdo del pleno no jurisdiccional del Tribunal Supremo (TS) de 28 de junio de 2002 que establece:

«Las tarjetas de crédito o débito son medios de pago que tienen la consideración de "dinero de plástico", que el artículo 387 del CP 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 CP.

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.»

Esta afirmación legal hace surgir una cuestión de orden procesal de singular trascendencia, y es la relativa a la competencia para la instrucción y fallo de la causa que se incoe por estos hechos. El artícu-

lo 65.1 b) de la Ley Orgánica del Poder Judicial establece la competencia de la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional (AN) para el conocimiento de aquellos delitos de «falsificación de moneda, delitos monetarios y relativos al control de cambios», y el artículo 88 del referido cuerpo legal determina que la competencia para la instrucción de los mismos corresponde a los Juzgados Centrales de Instrucción.

En el supuesto de que la acción de Santiago estuviera comprendida en alguno de los supuestos contemplados en los tres primeros números del artículo 386, es obvio que la competencia correspondería a la AN y a los Juzgados Centrales de Instrucción, la duda puede surgir cuando no existen elementos que permitan suponer su participación en la falsificación; en tal sentido la Fiscalía del TS viene manteniendo que la competencia en aquellos casos en que únicamente se persiga el uso de tarjetas falsificadas, sin ningún otro dato o circunstancia que permitan suponer la intervención del sujeto activo del delito en su fabricación, la competencia será de los Juzgados de Instrucción y de las Audiencias Provinciales. Por ello, en el caso que nos ocupa, y partiendo de las consideraciones que hemos hecho anteriormente, la competencia para la instrucción y fallo, correspondería a los Juzgados Centrales de Instrucción y a la Sala de lo Penal de la AN. La cual por conexidad conocería de todos los delitos que se han realizado, entre ellos la estafa ya analizada y la falsificación del DNI, que tendría encaje en el artículo 392 en relación con el artículo 390.1 del CP. La autoría de Santiago no plantea ningún problema, ya que al constar su foto en el mismo, es obvio que ha participado directamente en la confección del mismo, aunque no sea con actos materiales; esto es, no hay que considerarlo como un delito de propia mano, sino como un delito en el que la autoría se plasma en todas aquellas conductas que ayudan a la realización de la falsedad. El único problema que podría plantearse es el del lugar en el que se ha realizado la falsificación, ya que aquellas que se hayan realizado fuera del territorio español escapan a la competencia de nuestros Tribunales, como viene manteniendo el TS.

Finalmente, la participación de Juan en los delitos de falsificación carece de prueba alguna en que sustentarla, no así en cuanto a la estafa, ya que la circunstancia de esperar al volante del vehículo (que por sí sola no significaría nada) unida al hecho de portar en su poder un teléfono móvil adquirido con la tarjeta falsificada, así como el recibo de la misma, indica un previo acuerdo entre ambos sujetos, y un reparto de papeles en la ejecución del mismo. Y es precisamente la circunstancia de estar esperando Juan a Santiago en la puerta de la joyería la que hace decantarse por la coautoría en el delito de estafa, y no por la autoría del primero de ellos en un delito de receptación.

• **SENTENCIAS, AUTOS Y DISPOSICIONES CONSULTADAS:**

- **Ley Orgánica 10/1995 (CP), arts. 386, 387, 390.1 y 392.**
- **Ley Orgánica 6/1985 (LOPJ), art. 65.1 b).**