

Roj: **STS 3786/2013 - ECLI:ES:TS:2013:3786**Id Cendoj: **28079120012013100587**Órgano: **Tribunal Supremo. Sala de lo Penal**Sede: **Madrid**Sección: **1**Fecha: **05/07/2013**Nº de Recurso: **2408/2012**Nº de Resolución: **602/2013**Procedimiento: **RECURSO CASACIÓN**Ponente: **LUCIANO VARELA CASTRO**Tipo de Resolución: **Sentencia**

SENTENCIA

En la Villa de Madrid, a cinco de Julio de dos mil trece.

Esta Sala, compuesta como se hace constar, ha visto el recurso de casación por infracción de ley, precepto constitucional y quebrantamiento de forma, interpuesto por **Luis Manuel** representado por el Procurador D. Antonio Ángel Sánchez-Jauregui Alcaide, contra la sentencia dictada por la Sección Séptima de la **Audiencia Provincial de Barcelona** con fecha **8 de noviembre de 2012**. Ha intervenido el Ministerio Fiscal. Ha sido Magistrado Ponente, el Excmo. Sr. D. Luciano Varela Castro.

I. ANTECEDENTES

PRIMERO.- El Juzgado de Instrucción nº 12 de Barcelona, instruyó Procedimiento Abreviado (DP nº 2995/09) contra Luis Manuel, por delitos de estafa en grado de tentativa, falsedad de documento mercantil y alteración de tarjeta de crédito, y, una vez concluso, lo remitió a la Audiencia Provincial de Barcelona, que con fecha 8 de noviembre de 2012, en el rollo nº 45/12, dictó sentencia que contiene los siguientes **hechos probados**:

"Mediante la prueba practicada en el acto del juicio oral ha resultado probado, y así se declara, que Luis Manuel, nacido el NUM000 de 1985 en Georgia, con pasaporte nº NUM001, sin antecedentes penales, se personó sobre las siete de la tarde del día 23 de junio de 2009 en el establecimiento "Cash Converters" sito en el nº 367 de la calle Sants, de Barcelona. Una vez allí acordó la compra de diversas joyas de oro por un precio de 1.077,00 euros. Para pago de dicho precio proporcionó una tarjeta de débito "Visa Electron" de la entidad "La Caixa" con nº NUM002, emitida a su nombre pero cuya banda magnética había sido alterada por él mismo o por otra persona a su ruego, de manera tal que el cargo por el pago se llevaba a cabo por una tarjeta diferente, la NUM003, contra una cuenta de un banco extranjero, cuenta de titular no identificado y desconocedor de la operación. Como quiera que al pasar la tarjeta por el terminal punto de venta (TPV) el sistema no aceptó el pago de la cantidad antes indicada, Luis Manuel propuso abonar con la tarjeta una suma inferior, de 565 euros, y el resto, en metálico, a lo que el dependiente accedió, pasando la indicada tarjeta por el terminal, que aceptó el pago de 565 euros. El terminal punto de venta emitió un ticket correspondiente a una tarjeta de numeración distinta, siendo firmado por Luis Manuel a sabiendas de ello. El empleado del establecimiento se percató de la diferencia existente entre la numeración de la tarjeta entregada por Luis Manuel y la que apareció impresa en el ticket ante lo cual dio aviso a los Mossos d'Esquadra. Agentes de este cuerpo se personaron en el lugar e intervinieron la tarjeta sin que Luis Manuel pudiera finalmente hacerse con las joyas." (sic)

SEGUNDO.- La Audiencia de instancia, dictó el siguiente pronunciamiento:

"FALLAMOS.- Que debemos condenar y condenamos a Luis Manuel, como responsable en concepto de autor de un delito de alteración de tarjeta de débito, de un delito de falsedad de documento mercantil y de un delito de estafa en grado de tentativa anteriormente definidos, sin la concurrencia de causas modificativas de la responsabilidad, a las siguientes penas:

1º) Por el delito de alteración de tarjeta de débito, a la pena de prisión de cuatro años.



2º) Por el delito de falsificación de documento mercantil, la pena de seis meses de prisión y multa de seis meses, con una cuota diaria de seis euros, lo que hace un total de mil ochenta euros, quedando sujeto a una responsabilidad personal subsidiaria de un día de privación de libertad por cada dos cuotas impagadas.

3º) Por delito de estafa en grado de tentativa, a la pena de tres meses de prisión.

Firme que sea esta sentencia en fase de ejecución se resolverá sobre la sustitución de las penas de prisión por la expulsión del territorio nacional.- Además, el acusado deberá abonar las costas judiciales ocasionadas." (sic)

TERCERO.- Notificada la sentencia a las partes, se preparó recurso de casación, por el condenado, 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.

CUARTO.- La representación del recurrente, basa su recurso en los siguientes motivos:

1º.- Por vulneración del principio de presunción de inocencia del art. 24.2 de la CE , al amparo del art. 852 de la LECrim .

2º.- Por vulneración del art. 120.3 de la CE , por falta de motivación, al amparo del art. 5.4 de la LOPJ .

3º.- Por quebrantamiento de forma del art. 851.1 de la LECrim . por no expresar la sentencia clara y terminantemente los hechos que se declaran probados.

4º.- Por quebrantamiento de forma del art. 851.1 de la LECrim . por contradicción entre los hechos probados.

5º.- Por quebrantamiento de forma del art. 851.3 de la LECrim . por consignarse hechos que implican predeterminación del fallo.

6º y 7º.- Se renuncia

8º.- Por infracción del art. 849.2 de la LECrim por error en la valoración de la prueba.

QUINTO.- Instruido el Ministerio Fiscal del recurso interpuesto, la Sala lo admitió, quedando conclusos los autos para el señalamiento de fallo cuando por turno correspondiera.

SEXTO.- Hecho el señalamiento del fallo prevenido, se celebró deliberación y votación el día 27 de junio de 2013.

II. FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- En los *motivos tercero, cuarto y quinto* se denuncia sendas infracciones de procedimiento al amparo del artículo 851 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal . Por falta de claridad en la exposición de los hechos que se consideran probados, por supuesta contradicción entre éstos, y por incluir entre los mismos conceptos que predeterminan el fallo y que tienen carácter jurídico y no fáctico.

Sin embargo lo que pretende ser protesta sobre claridad de lo que se declara probado es en realidad divergencia sobre sí, lo que inequívocamente se declara probado, debiera haberlo sido, o no. El recurrente estima que la sentencia no es clara sobre si aquél alteró o no la banda magnética.

Además de que esa protesta de deficiencia probatoria no es admisible a través de este motivo, la falta de claridad la sufre el recurrente al no distinguir, lo que sí hace la sentencia con claridad, entre la alteración inicial de la banda magnética de la tarjeta de crédito, para recoger la correspondiente a una cuenta bancaria de un tercero y el posterior borrado de esa segunda y falsa numeración.

Lo que implica rechazo del citado motivo tercero.

La alegada contradicción en el relato del resultado probatorio ni siquiera es expuesta en el motivo. Allí no se indica cual enunciado es contradictorio con otro. Ni el primero ni el segundo se relacionan por el recurrente.

No es posible por ello determinar si la queja está justificada o no. En consecuencia el motivo cuarto también ha de rechazarse

Finalmente tampoco el motivo quinto se acomoda a la exigencia del cauce procesal elegido. El quebrantamiento de forma por utilización de conceptos jurídicos, en lugar de los enunciados históricos, da lugar a la casación porque, de tal suerte, se establece una conclusión (jurídica) omitiendo la premisa (fáctica), lo que supone falta de motivación y correlativa indefensión.

Pero el recurrente vuelve a justificar la protesta invocando nuevamente una deficiencia en la prueba que avale lo que la sentencia afirma. Tal motivo de recurso tiene otro cauce, que no es el de quiebra de forma. El utilizado para los demás motivos que vamos a examinar a continuación. Pero no es éste el cauce admisible si, por otra



parte, no se dice cual es el término o concepto que pese a su naturaleza jurídica se enuncia por la sentencia como hecho.

SEGUNDO.- 1.- En el *primero de los motivos* se pretende la derogación del relato que la sentencia de instancia expone para describir lo que estima como resultado probado. Se justifica esa pretensión alegando que dicho relato no puede sostenerse por faltar la prueba que lo avale de tal suerte que la sentencia, al proclamarlo, vulnera el derecho a la presunción de inocencia, que la Constitución garantiza en el artículo 24 .

El *segundo de los motivos* , pese a fundarse en el específico alegato de deficiencia en la motivación de las conclusiones probatorias, no hace otra cosa que reiterar la misma tesis del primero. Por ello examinaremos juntas ambas cuestiones.

El recurrente admite todo lo relativo a la operación de adquisición de efectos en el establecimiento y la presentación de la tarjeta de crédito como medio de pago. La discrepancia se centra en un dato: **negar que fuera el imputado quien alteró la numeración de la banda magnética** que remite a la cuenta bancaria en que se adeudaría lo que se indica en la orden de pago. Al respecto, dice, en el juicio oral no se aportó ni prueba directa ni siquiera indicio alguno.

2.- También aquí pone el recurrente de manifiesto que no distingue los dos enunciados que la sentencia diferencia: **a)** la *sustitución* de la numeración original de la banda de la tarjeta, que permite al TPV asignar el cargo a una cuenta diversa de aquella a la que estaba vinculada la tarjeta titularidad del acusado, y **b)** el *rayado* o *eliminación* magnética de incluso esa falsa numeración de dicha banda, que impide cualquier lectura de numeración y, por ello, busca obstaculizar la reconstrucción de los hechos precedentes. El primer hecho precede a la utilización de la tarjeta para supuesto pago. El segundo ocurre después de haber sido descubierta la manipulación primera.

La sentencia declara probadas ambas manipulaciones. La primera la atribuye como causada por el recurrente. De la segunda manifiesta no conocerse su autor.

El recurso nos emplaza a valorar si la prueba practicada justifica la imputación al recurrente de la primera manipulación, de la cual derivaría la constatación de todos los elementos del delito de falsedad y estafa por los que viene condenado el recurrente. Y si esa justificación probatoria se acomoda a las exigencias constitucionales de la garantía de presunción de inocencia.

3.- La doctrina del Tribunal Constitucional ha delimitado el contenido de la garantía de presunción de inocencia señalando como elementos del mismo:

1º) que exista una **mínima actividad probatoria** ;

2º) la exigencia de **validez en los medios de prueba** que justifican la conclusión probatoria ratificando la imputación de la acusación. Así pues la convicción del Juzgador debe atenerse al método legalmente establecido para obtenerla, lo que ocurre si los medios de prueba pueden ser considerados válidos y el debate se somete a las condiciones de contradicción, igualdad y publicidad;

3º) que de la misma quepa **inferir razonablemente** los hechos y la participación del acusado en los mismos. Y eso en relación a los elementos esenciales del delito, tanto objetivos como subjetivos, y, entre ellos, a la participación del acusado;

4º) la **motivación del iter** que ha conducido de las pruebas al relato de hechos probados de signo incriminatorio;

5º) a falta de prueba directa, la prueba de cargo sobre la concurrencia de los elementos objetivos y subjetivos del delito **puede ser indiciaria** , siempre que se parta de hechos plenamente probados y que los hechos constitutivos de delito se deduzcan de esos indicios a través de un proceso mental razonado y acorde con las reglas del criterio humano.

Así lo han recordado las Sentencias Tribunal Constitucional nº 22/2013 de 31 de enero , citando la doctrina que arranca ya de la STC nº 31/1981 de 28 de julio y la STC nº 142/2012 de 2 de julio que recuerda la sentencia Tribunal Constitucional nº 128/2011 .

Tal general doctrina ha de completarse con alguna precisión de esos no del todo determinados parámetros del canon constitucional. Al efecto decíamos en nuestra Sentencia nº 592/12 de 11 de junio :

a) Así, en cuanto al *control de la razonabilidad de la motivación* con la que se pretende justificar, más que demostrar, la conclusión probatoria, hemos resaltado que, más que a la convicción subjetiva del juzgador, ha de acreditarse que **pueda asumirse objetivamente la veracidad de las afirmaciones de la imputación** . Para predicar tal objetividad debe constatarse la *inexistencia de vacío probatorio* , porque se haya practicado medios



de prueba que hayan aportado un contenido incriminador. Pero, además, la revisión de la valoración hecha por el juzgador de instancia de tales medios y contenidos debe permitir predicar de la acusación una veracidad que se justifique por adecuación al canon de *coherencia lógica* que excluya la mendacidad de la imputación, partiendo de proposiciones tenidas por una generalidad indiscutidamente por *premisas correctas* .

b) Aunque aquella objetividad no implique exigencia de que las conclusiones sean absolutamente incuestionables, sí que se estimará que *no concurre cuando existen alternativas razonables* a la hipótesis que justificó la condena. Y éstas concurren cuando, aún no acreditando sin más la falsedad de la imputación, las *objeciones* a ésta se fundan en motivos que para la generalidad susciten *dudas razonables* sobre la veracidad de la acusación, más allá de la inevitable mera posibilidad de dudar, nunca excluible.

Suele decirse que no corresponde a este Tribunal seleccionar entre inferencias o conclusiones valorativas alternativas. Y que la de instancia debe ratificarse si es razonable. Incluso si lo fuere la alternativa. Sin embargo esa hipótesis resulta conceptualmente imposible desde la perspectiva de la garantía constitucional. Porque si la hipótesis alternativa a la imputación es razonable, las objeciones a la afirmación acusadora lo son también. Y entonces falta la certeza objetiva. El Tribunal, cualquiera que sea su convicción subjetiva, está en ese caso obligado constitucionalmente a dudar.

Puede decirse, finalmente, que, cuando existe una **duda objetiva** , debe actuarse el efecto garantista de la presunción constitucional, con la subsiguiente absolución del acusado.

Sin que aquella duda sea parangonable tampoco a la duda subjetiva del juzgador, que puede asaltarle pese al colmado probatorio que justificaría la condena. Esta duda también debe acarrear la absolución, pero fuera ya del marco normativo de exigencias contenidas en el derecho fundamental a la presunción de inocencia. Y

c) El *control de la inferencia en el caso de prueba indiciaria* implica la constatación de que el **hecho o los hechos bases (o indicios) están plenamente probados** y los **hechos constitutivos del delito deben deducirse** precisamente de estos hechos bases completamente probados.

La **razonabilidad de esta inferencia** exige, a su vez, que se adecue al canon de su lógica o **coherencia** , siendo irrazonable cuando los **indicios** constatados excluyan el hecho que de ellos se hace derivar o no conduzcan naturalmente a él, y también al canon de la **suficiencia o carácter concluyente** , excluyéndose la razonabilidad por el carácter excesivamente abierto, débil o indeterminado de la inferencia (STC nº 117/2007).

El control de la motivación ha de valorar si el razonamiento expuesto en la resolución recurrida está asentado en las reglas del criterio humano o en las reglas de la experiencia común o, **"en una comprensión razonable de la realidad normalmente vivida y apreciada conforme a los criterios colectivos vigentes"**.

(Sentencias TS núms. 762/12 de 26 septiembre , 638/12 de 16 de julio y 648/12 de 17 de julio , reiterando lo dicho en la núm. 542/12 de 21 de junio, resolviendo el recurso nº 1358/2011 y SSTS núms. 122/2012 de 22 de febrero , 103/12 y 99/12 de 27 de febrero , 1342/11 de 14 de diciembre , 1370/11 y 1432/11 de 16 de diciembre , 1385/11 de 22 de diciembre , 1270/2011 de 21 de noviembre , 1276/11 de 28 de noviembre , 1198/11 de 16 de noviembre , 1192/2011 de 16 de noviembre , 1159/11 de 7 de noviembre).

4.- La sentencia aquí recurrida establece un primer hecho base acreditado, documental y testificalmente: la tarjeta ofrecida por el acusado al vendedor tenía en la banda magnética los datos de otra tarjeta -correspondiente a un tercero titular y con cuenta asociada de la titularidad de ese tercero no identificado- diferente de la utilizada -que sí pertenecía al acusado-, siendo esa numeración falsa la percibida por el aparato TPV e impresa en el ticket de compra.

El empleado percibió la diversidad entre el número impreso en el documento de compra y el que figuraba en la tarjeta presentada. Así se puso en evidencia la falsedad de la banda magnética. Y se conjuró la consumación de la estafa.

Tal dato resulta de prueba directa. Su valoración -la de testigo y documento- ni presenta dificultad ni, desde luego, hace otra cosa que concluir conforme a lógica lo que los medios probatorios proclaman.

Faltaba probar la autoría de esa manipulación. Ahí concurren otros elementos de juicio. El primero que el acusado intentó otra compra de más valor, de la que desiste al reflejar el sistema la ausencia de fondos en la cuenta asociada al falso número de la banda magnética. Lo que pone de manifiesto que el acusado desconocía el saldo de dicha cuenta de referencia para el cargo. Y eso, a su vez, habla de la probabilidad de que ignoraba ese dato porque no era el titular de dicha cuenta, ni de la tarjeta a la que correspondía el número inserto en la banda magnética de la que usaba.



Además ha resultado probado que la tarjeta, provista de la falsa numeración en la banda magnética, no había sido usada con anterioridad -al menos en varios meses antes- pese a la antigüedad de la titularidad de la tarjeta con dicha banda magnética manipulada.

La ausencia de cualquier explicación acerca de la relación entre el acusado y la cuenta a la que se asociaba la falsa numeración inserta en la banda magnética de la tarjeta usada, es, en fin, otro indicio más de la conciencia por parte del acusado de esa manipulación de la banda magnética. Consciencia que también predica inequívoca aquiescencia a la inserción de dicha falsa numeración en la tarjeta cuya posesión detentaba el acusado y que, por ello, debe suponerse razonablemente que quien la manipuló lo hizo, cuando menos, con su consentimiento, si no a su petición.

Por ello la conclusión inferida sobre la participación en la falsificación de la banda magnética se muestra lógicamente coherente con tales premisas y suficiente para justificar una certeza que, en ausencia de alternativas razonables mínimamente acreditadas, puede ser objetivamente compartida por este Tribunal.

5.- También niega el recurrente la existencia de prueba de la firma del ticket de compra expedido por el TPV.

Pero la documental constituida por dicho ticket unido a los autos y la prueba practicada en el juicio oral aleja toda duda sobre el dato de que fue el acusado quien estampó dicha firma en el citado ticket. La **sentencia recuerda que el acusado admitió la autoría de dicha firma en el acto del juicio oral**. La negación que hace al respecto la defensa Letrada sin acompañarla de ninguna acreditación de la falsedad que imputa a la afirmación del Tribunal, resulta pues, cuando menos, arbitraria. Oída la grabación del juicio oral, al amparo de la facultad concedida por el art. 899 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal comprobamos que, no sin previos titubeos, acabó reconociendo que sí firmó el ticket por el importe de 565 euros. Lo que desautoriza totalmente lo que alega su defensa Letrada.

Por otra parte el testigo gerente del establecimiento declara que suelen controlar eventuales manipulaciones comprobando si las cuatro últimas cifras que imprime el TPV coincide con las cuatro últimas cifras de la tarjeta. Dicho testigo no fue el dependiente que atendió al acusado. No obstante acredita que fue avisado por dicho dependiente, conforme al protocolo de comportamiento preestablecido, y, no habiendo intervenido otra persona en el escenario y momento de los hechos, no cabe otra conclusión razonable que la de atribuir al acusado la firma del ticket.

El motivo se rechaza por estimarse harto satisfecha cualquier exigencia procedente de la garantía constitucional invocada.

TERCERO.- En el motivo octavo pretende ampararse en el número dos del art. 849 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal. No se hace indicación de documento alguno. El recurrente se limita a discutir nuevamente las conclusiones de la recurrida.

La única referencia a un informe pericial que se hace en el motivo vuelve a evidenciar el error del recurrente al confundir la manipulación inicial de sustitución de número en la banda magnética de la tarjeta auténtica con el rayado o inutilización magnética posterior a los hechos imputados que ya impide la lectura de cualquier número.

El motivo era inadmisibile a trámite por la no indicación de documento alguno. En este momento procede pues su rechazo.

CUARTO.- De conformidad con el art. 901 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal deben imponerse al recurrente las costas derivadas del recurso.

III. FALLO

Que debemos declarar y declaramos **NO HABER LUGAR** al recurso de casación interpuesto por **Luis Manuel**, contra la sentencia dictada por la Sección Séptima de la **Audiencia Provincial de Barcelona** con fecha **8 de noviembre de 2012**. Con expresa imposición de las costas causadas en el presente recurso.

Comuníquese dicha resolución a la mencionada Audiencia, con devolución de la causa en su día remitida.

Así por esta nuestra sentencia, que se publicará en la Colección Legislativa lo pronunciamos, mandamos y firmamos

PUBLICACION .- Leída y publicada ha sido la anterior sentencia por el Magistrado Ponente Excmo. Sr. D Luciano Varela Castro, estando celebrando audiencia pública en el día de su fecha la Sala Segunda del Tribunal Supremo, de lo que como Secretario certifico.