

**AUDIENCIA PROVINCIAL DE BIZKAIA - SECCIÓN
SEXTA**
**BIZKAIKO PROBINTZIA AUZITEGIA - SEIGARREN
SEKZIOA**

BARROETA ALDAMAR 10 4ª planta - C.P./PK: 48001
Tel.: 94-4016667
Fax / Faxes: 94-4016995

NIG PV / IZO EAE: 48.04.1-15/038397
NIG CGPJ / IZO BJKN: 48020.43.2-2015/0038397

**Rollo penal abreviado / Penaleko erroilu
laburtua 6/2018- - I**

**Procedimiento Origen / Jatorrizko
Prozedura: Procedimiento
abreviado/Prozedura laburtua 4027/2015**

Hecho denunciado / Salatutako egitatea: ESTAFA /

Contra / Noren aurka:

Procurador/a / Prokuradorea: NADIA MARTINEZ GARCIA
Abogado/a / Abokatua: KATIA MARTINEZ GARCIA
Acusación particular / Akusazio partikularra : BANCO BILBAO
VIZCAYA ARGENTARIA S.A. y ZARA ESPAÑA S A
Procurador/a / Prokuradorea: MARIA TERESA LAPRESA
VILLANDIEGO y JESUS FUENTE LAVIN
Abogado/a / Abokatua: SUSANA SUAREZ SANTA COLOMA y
ANGEL DAVID BERMEJO RUIZ

SENTENCIA N°: 17/2018

ILTMOS/AS. SRES/AS.

***PRESIDENTE D. ANGEL GIL HERNANDEZ
MAGISTRADA Dª MARIA DEL CARMEN RODRIGUEZ PUENTE
MAGISTRADA Dª NEKANE SAN MIGUEL BERGARETXE***

En Bilbao, a 6 de marzo de 2018.-

Vistos en juicio oral y público, ante la Sección Sexta de esta Audiencia Provincial, por la Sala constituida por la/os Magistrado/as reseñada/os al margen, la presente causa, rollo penal núm. 6/18 seguida por los trámites del Procedimiento abreviado (núm. 427/2015), procedente del Juzgado de Instrucción núm. Uno de los de Barakaldo) por delitos de falsificación de tarjetas del que han sido acusado D. [Nombre] cuyas demás circunstancias ya constan en estos autos, en que ha sido representado por la Procuradora Sra. Dª Nadia Martínez García, y defendido por la Lda. Sra. Dª Katia Martínez García.

Es parte acusadora el Ministerio Fiscal, representado por la Ilma. Sra. Fuertes Mendizábal, y han ejercitado Acusación Particular, el BBVA, representado por la Procuradora Sra. Lapresa y defendido por la Lda. Sra. Suárez Santa Coloma. También ejerce acusación particular ZARA S.A., representada por el Procurador Sr. Fuente Lavín y defendido por el Ldo. Sr. Cobo Martínez.

Es Ponente la Ilma. Sra. Magistrada D^a Nekane San Miguel Bergaretxe, quien expresa el parecer de la Sala.

ANTECEDENTES DE HECHO

El Juzgado de Instrucción núm. Uno de los de Barakaldo, dio inicio a diligencias previas en averiguación de las circunstancias que habían determinado la presentación de denuncia contra D. [redacted] y que ponía en conocimiento del Juzgado hechos que revestían, aparentemente, caracteres de delito de estafa y falsedad, siempre según la descripción de hechos recogida por la policía. Incoadas diligencias y practicadas las que constan, la Instructora emitió Auto el 12 de junio de 2017, por el que decide continuar las diligencias previas incoadas por los trámites establecidos para el procedimiento abreviado, imputando al denunciado Sr. [redacted] los hechos que se concretan en el auto de imputación, y calificándolos, en principio, como constitutivos probablemente, de falsificación de tarjetas bancarias de pago.

En el siguiente trámite, el Ministerio Fiscal formuló sus conclusiones provisionales, mediante escrito en que, luego de relatar los hechos objeto de acusación, los califica como constitutivos de del delito continuado de falsificación de tarjetas de crédito, acusando al imputado como autor los hechos descritos en su escrito, solicitando las penas de prisión y pecuniarias que se concretan en el escrito de acusación. También formularon acusación las entidades personadas en la causa, en idéntico sentido al expuesto por la representación del Ministerio Público, pidiendo la representante procesal de la entidad ZARA S. A. que se le constituyese fianza por el acusado para responder de la cantidad de dos mil euros por los perjuicios que, con su conducta, había causado a la empresa.

Dictada resolución por la que se acordó la apertura de juicio oral, por la Defensa del acusado se solicitó la libre absoluciónde su patrocinado, pidiendo que, para el supuesto de emitirse sentencia condenatoria, se valorara la existencia de atenuante de reparación del daño causado, habida cuenta de que, en el momento en que ha conocido la reclamación económica, ha depositado la totalidad de la cantidad solicitada.

Recibida la causa en esta Sala, se señala para la celebración del juicio oral, y al inicio del mismo, la representante del Ministerio Fiscal ha modificado sus conclusiones provisionales en los términos que constan en el acta levantada al efecto, al igual que las acusaciones particulares personadas. El acusado ha asumido la autoría de los hechos, se ha confesado culpable de los mismos, pero no se ha llegado a conformidad, puesto que la defensa considera que han de aplicarse atenuantes analógicas que propone (confesión en juicio y reparación del daño) que habrían de llevar a que, en lugar de la pena de

cuatro años de prisión, se le imponga la de dos años de prisión, que, ya desde el momento del juicio, pide que sea suspendida en su ejecución.

Emitidos los correspondientes informes por acusaciones y defensa, el juicio ha quedado visto para sentencia, una vez se ha materializado como consta el ejercicio del derecho del acusado a la última palabra.

HECHOS PROBADOS

Declaramos probados los siguientes hechos:

PRIMERO.- El encausado mayor de edad a la fecha de los hechos, como nacido el 14 de Febrero de 1984 y sin antecedentes penales, aprovechando su condición de empleado en la tienda sita en el Centro Comercial MAX CENTER de Barakaldo, durante los meses de Agosto, Septiembre y Octubre de 2015, y empleando para ello un dispositivo lector portátil de bandas magnéticas, realizó grabaciones fraudulentas del contenido de las bandas magnéticas [CHIP] de las tarjetas que los clientes del establecimiento le entregaban para pagar sus compras, al tiempo que procedía a memorizar los cuatro dígitos del número de PIN que el propietario de la correspondiente tarjeta previamente copiada marcaba en el terminal TPV portátil del comercio, procediendo el encausado a continuación a anotar el número memorizado para relacionarlo con la tarjeta que acababa de ser utilizada, y que había sido copiada por el encausado, copiando/clonando por este procedimiento los datos de al menos 87 tarjetas.

Los datos así obtenidos, consistentes esencialmente en los apuntes almacenados electrónicamente en la banda magnética de las tarjetas bancarias genuinas [*datos de identidad del titular, número de tarjeta, fecha de caducidad, ccv, y otros datos, entre los que no se encuentra el número de PIN*], a través del dispositivo de clonado, esto es, del copiado de las tarjetas para la obtención de los referidos datos, fueron posteriormente extraídos o grabados por autor o autores cuya identidad se desconoce, en tarjetas para su explotación, que, de este modo, pudieron ser utilizados en establecimientos comerciales y/o cajeros principalmente de HAITÍ, entre los días 20 a 28 de Octubre de 2015, e incluso alguno en Diciembre del mismo año, algunos de los cuales se hicieron efectivos en fechas posteriores sin que el titular de la tarjeta original fuera consciente de la manipulación realizada.

Entre las tarjetas comprometidas por la obtención de datos por el encausado constan:

1. El día **25 de Agosto de 2015**, el duplicado/copia de la tarjeta de la Entidad LA CAIXA con motivo de la compra realizada en el establecimiento a las 21:05 horas por M^o en la operación de pago asociada en el ticket de compra a la trans. n^o 11249
2. El día **25 de Agosto de 2015**, el encausado procedió al duplicado/copia de tarjeta de la Entidad BARCLAYCARD con motivo de la compra realizada en el establecimiento a las 21:37 horas por en la operación de pago asociada en el ticket de compra a la trans. n^o 11254.

3. El día **29 de Agosto de 2015** procedió al duplicado/copia de **tarjeta** de la Entidad LA CAIXA con motivo de la compra realizada en el establecimiento a las 17:49 horas por en la operación de pago asociada en el ticket de compra a la trans. nº 12004
4. El día **4 de Septiembre de 2015**, procedió al duplicado/copia de **tarjeta** de la Entidad CAJA RURAL DE NAVARRA con motivo de la compra realizada en el establecimiento a las 21:23 horas por en la operación de pago asociada en el ticket de compra a la trans. nº 13504
5. El día **5 de Septiembre de 2015**, procedió al duplicado/copia de **tarjeta** de la Entidad LABORAL KUTXA con motivo de la compra realizada en el establecimiento a las 20:04 horas por en la operación de pago asociada en el ticket de compra a la trans. nº 150835
6. El día **21 de Septiembre de 2015**, procedió al duplicado/copia de **tarjeta** de la Entidad BARCLAYCARD con motivo de la compra realizada en el establecimiento en hora no determinada por
7. El día **22 de Septiembre de 2015**, procedió al duplicado/copia de **tarjeta** de la Entidad LABORAL KUTXA con motivo de la compra realizada en el establecimiento a las 11:38 horas por en la operación de pago asociada en el ticket de compra a la trans. nº 17144
8. El día **26 de Septiembre de 2015**, procedió al duplicado/copia de **tarjeta** de la Entidad LA CAIXA, con motivo de la compra realizada en el establecimiento a las 17:17 horas por en la operación de pago asociada en el ticket de compra a la trans. nº 152041
9. Ese mismo día **26 de Septiembre de 2015**, procedió al duplicado/copia de **tarjeta** de la Entidad CAJA RURAL DE NAVARRA, con motivo de la compra realizada en el establecimiento en hora que no ha podido ser fijada por
10. Ese mismo día **29 de Septiembre de 2015**, procedió al duplicado/copia de **tarjeta** de la Entidad Bancaria UNICAJA, con motivo de la compra realizada en el establecimiento a las 20:77 horas por en la operación de pago asociada en el ticket de compra a la trans. nº 152041

Además consta que el **día 21/10/2015**, el encausado duplicó/copió los datos de -al menos- las ss tarjetas:

- 1.-A las 19:21 horas, tarjeta número cuyo identidad del titular no consta, en la operación de pago asociado al ticket de compra nº 17992 realizada en la caja 6
1. A las 19:23 horas, **tarjeta**, no constando la identidad de su titular en la operación de pago asociado al ticket de compra nº 17995 realizada en la caja 6.
2. A las 19:25 horas- duplica/copia asimismo los datos correspondientes a la **tarjeta** de cliente cuya identidad no sido determinada en la operación de pago asociado al ticket de compra nº 17997 realizada en la caja 6.

Un día más tarde, **día 22 de Octubre de 2015**, el encausado procedió de nuevo al duplicado/copia de **tarjeta** de la Entidad KUTXA BANK, S.A. con motivo de la compra realizada en el mismo establecimiento por titular de la tarjeta. Igualmente el mismo día duplicó/copió la **tarjeta** de la misma Entidad KUTXA BANK, S.A, a raíz del abono que realizó ese día en el mismo establecimiento Duplicando el mismo día la **tarjeta** de titularidad de correspondiente también a la Entidad KUTXA BANK, S.A. que procedió a incauzar

a los perjudicados de todos los perjuicios que como resultado de la clonación ulterior de las referidas tarjetas les fueron ocasionados.

Procediendo por igual método, el día 23/10/2015, el encausado procedió al duplicado/ copiado de, al menos, las siguientes tarjetas:

1. A las 19:00 horas tarjeta _____ cliente en la operación de pago asociado al ticket de compra nº 18453 realizada en la caja 6.
2. Y a las 19:09 horas, de la tarjeta _____ correspondiente a cliente sin identificar en la operación de pago asociado al ticket de compra nº 18459 realizada en la caja 6 (folio 70).

Asimismo el día 24/10/2015, de la misma forma el encausado procedió al duplicado de al menos, las tarjetas que, sin que conste tampoco la identidad de los clientes titulares de las referidas tarjetas, que se reseñan a continuación:

1. A las 15:04 horas, tarjeta nº _____ en la operación de pago asociado al ticket de compra nº 128636 realizada en la caja 1.
 2. A las 15:07 horas tarjeta nº _____ en la operación de pago asociado al ticket de compra nº 128638 realizada en la caja 1.
 3. A las 15:10 horas, tarjeta nº _____ en la operación de pago asociado al ticket de compra nº 128640 realizada en la caja 1.
 4. A las 15:12 horas tarjeta nº _____ en la operación de pago asociado al ticket de compra nº 128642 realizada en la caja 1.
 5. A las 15:13 horas, tarjeta nº _____ en la operación de pago asociado al ticket de compra nº 128643 realizada en la caja 1.
 6. A las 15:15 horas tarjeta nº _____ en la operación de pago asociado al ticket de compra nº 128646 realizada en la caja 1.
- A las 15:38 horas, tarjeta nº _____ en la operación de pago asociado al ticket de compra nº 128653 realizada en la caja 1.

De igual forma, el 28 de Octubre de 2015, el encausado procedió al duplicado/copiado al menos de la **tarjeta número** _____ de la Entidad KUTXABANK, S.A., apareciendo como su titular _____, procediendo la Entidad a abonar a la misma los perjuicios originados como consecuencia de la utilización ulterior del duplicado obtenido de la tarjeta original.

Finalmente, en fecha no determinada, entre los meses de Agosto y Octubre de 2015, asimismo _____ efectuó unas compras en el establecimiento _____, aprovechando el encausado _____ con motivo de su abono, a copiar la tarjeta que le fue presentada al pago _____ de la Entidad CAJA RURAL DE NAVARRA] por el mismo sistema anteriormente indicado, memorizando el PIN del cliente, a quien en fechas posteriores se efectuaron sin su consentimiento doce cargos en su tarjeta por compras efectuadas en Haití.

SEGUNDO.- En la entrada y registro practicado en el domicilio del acusado, la policía halló los siguientes objetos que retiró para su examen y puesta a disposición del Juzgado:

- Un ordenador portátil marca HP, modelo PAVILLON dv6, con número de serie CNF904NFD (EVIDENCIA N°1)
- Un embalaje de corcho blanco plastificado por el exterior con etiqueta de destinatario a nombre de _____ y teléfono _____, y remitente wun

Tong, Kowloon de Hong Kong, conteniendo un cableado adaptador en su interior (EVIDENCIA N° 2).

-Un Teléfono móvil de la marca SAMSUNG modelo SM-N7505 (GALAXY NOTE 3 NEO) con número de IMEI (EVIDENCIA N° 3).

-un dispositivo electrónico de color negro con anagrama WD y número de serie WMAVU3140780 con su cable de alimentación y cable de conexión a puerto USB (EVIDENCIA N° 4)

-Un disco duro externo de color rojo y negro marca SEAGATE con número de serie NA7JG70B (EVIDENCIA N° 5).

-Un disco duro externo de color gris plateado y negro con anagrama WD MY

PASSPORT ULTRA, con número de serie WX71ÁC4J5DA6, (EVIDENCIA N°6) ,

-Un disco duro externo de color negro con anagrama WD ELEMENTS, con número de serie WX61E641JRLR (EVIDENCIA N° 7).

- Un teléfono móvil marca SAMSUNG, modelo GT-19100 (GALAXY S1), con IMEI (EVIDENCIA N°8)

- Un dispositivo de almacenamiento externo tipo PEN- DRIVE marca TDK de 16 GB color azul claro (EVIDENCIA N°9)

-Un dispositivo de almacenamiento externo tipo PEN DRIVE sin anagramas sobre la marca de color azul traslúcido (EVIDENCIA N° 10).

Un papel tipo POST-IT de color amarillo con anotaciones manuscritas de numeraciones y con nombre " " (EVIDENCIA N° 11).

- Un sobre mediano de papelería acolchado marrón con etiqueta de destinatario y remitente , vacío (EVIDENCIA N° 12).

- Un sobre grande de papelería marrón con etiqueta de destinatario , y remitente de Tailandia, vacío (EVIDENCIA N° 13).

TERCERO.- La entidad ZARA reclama dos mil euros en concepto de daños y perjuicios, que el acusado abonó, consignando en el juzgado la cantidad total de 2.670 euros, el día 26 de octubre de 2017.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Pocas consideraciones cabe realizar en el punto de la valoración de la prueba practicada, puesto que el acusado ha asumido la realidad de los hechos, así como su participación a título de autor, y el detalle del escrito de acusación del Ministerio Fiscal es preciso, conociendo el Sr. la totalidad de cuanto se le ha imputado en la presente causa.

Como se ha indicado en el apartado de los antecedentes de esta sentencia, es la cuestión relativa a las atenuantes a aplicarse en este supuesto la que ha determinado la

imposibilidad de que acusaciones y defensa llegaran a una conformidad, si bien las acusaciones particulares han asumido que, dada la entidad de los hechos y el comportamiento del acusado, mostraban conformidad con que se tratara de que la respuesta punitiva fuera de la menor entidad posible. La representante del Ministerio Fiscal, sin embargo, considera que dado el desarrollo de los hechos y el momento en que el acusado reconoce su autoría, no es posible dotar de efecto atenuante en la pena a imponer, al reconocimiento de los hechos en el momento del juicio; tampoco considera que el abono inmediato de la cantidad que reclama una de las empresas perjudicadas por los hechos cometidos por el acusado, sea de tal relevancia que permita imponerle la pena inferior en grado.

SEGUNDO.- Ha invocado la defensa nuestra sentencia 18/2017, emitida en el rollo de procedimiento abreviado número 62/2016, en la que, en relación con los efectos que la reparación del daño causado ha de tener, decíamos: *En este punto procede reseñar que para su consideración como muy cualificada ha de atenderse a la intensidad de la acción reparadora y a la escasa relevancia penal de la conducta, y a tal efecto estima la defensa que ha de tomarse en consideración el hecho de que, desde que fueron llamados por la Fiscalía, los acusados han asumido su responsabilidad (no en el delito del que, finalmente resultan absueltos).*

Esta atenuante que trata de que los efectos del delito sean de la menor entidad posible, constituye un exponente de una política criminal orientada a la protección de la víctima (TS 1477/2001,24-7) e incluso se observa un intento para posibilitar la reconciliación entre agresor y víctima (TS 63/2001,23-1). Parece razonable expresar que, quien repara el daño reconoce el mal causado -lo que facilita su reintegración social- y posibilita la satisfacción de la víctima (TS 1477/2001,24-7). En todo caso tiene un carácter objetivo (TS 1553/2002,29-9 y 1615/2001,5-11) y puede admitirse una reparación parcial (no necesariamente total) pero, eso sí, nunca simbólica (TS 1553/2002,29-9) sino efectiva (TS 1615/2001,5-11) si bien, como se dice, basta la reparación parcial o aminoramiento siempre que el responsable del delito no hubiera podido dar al perjudicado una reparación más amplia y efectiva (TS 1615/2001,5-11), es decir habrá de tenerse en cuenta para admitir la reparación parcial las posibilidades y esfuerzos subjetivos del autor (TS 1553/2002,29-9), la capacidad reparadora del sujeto (TS 487/2001,27-3). Ha de valorarse, en cada supuesto que tenga cierto significado, puesto que, al igual que se excluyen las simbólicas, han de quedar fuera del efecto de la atenuante aquellas que se observen como mínimas o ridículas.

En el presente supuesto, es en el momento en que el acusado toma conocimiento de que se le exige una cantidad concreta, cuando la deposita, y si bien, con carácter general, considera la representante del Ministerio Fiscal que al depósito porque se pida una fianza no ha de dotarse del carácter reparador exigido para la aplicación de la atenuante, el dato incuestionado de que, en el momento en que se conoce la cantidad que, por la vía de responsabilidad civil, probablemente habría de abonar el acusado, le lleva a consignarla, le hace merecedor de una atenuante por la vía de la analogía (artículo 21-7º en relación con el apartado 5º de ese artículo 21 del C. penal) pero con entidad de atenuante simple, sin que sea posible, a criterio del Ministerio Fiscal, la rebaja en un grado y la imposición de pena en una extensión que permitiría la suspensión de la ejecución de esa pena de prisión.

TERCERO.- Dada la posición de la defensa (precisamente en solicitud de que todas las circunstancias habidas en la causa se tomen en consideración para que a D. se le imponga una pena susceptible de ser suspendida, evitando así su ingreso en prisión) se hace necesario señalar los requisitos que se vienen exigiendo para que la confesión surta el efecto atenuante que se pide, y al que se opone la Acusación Pública.

En su sentencia de 20 de junio de 2013, el Tribunal Supremo realiza una pormenorizada exposición de los requisitos a exigir para la aplicación de esta atenuante; así, nos dice: *En la sentencia 25.1.2000, se hace una exposición minuciosa de los requisitos integrantes de la atenuante de confesión, que serían los siguientes: 1) Tendrá que haber un acto de confesión de la infracción; 2) El sujeto activo de la confesión habrá de ser el culpable; 3) la confesión habrá de ser veraz en lo sustancial; 4) La confesión habrá de mantenerse a lo largo de las diferentes manifestaciones realizadas en el proceso, también en lo sustancial; 5) La confesión habrá de hacerse ante Autoridad, Agente de la Autoridad o funcionario cualificado para recibirla; 6) Tendrá que concurrir el requisito cronológico, consistente en que la confesión tendrá que haberse hecho antes de conocer*

el confesante que el procedimiento se dirigía contra él, habiendo de entenderse que la iniciación de Diligencias Policiales ya integra procedimiento judicial, a lo efectos de la atenuante. Por "procedimiento judicial" debe entenderse, conforme a la jurisprudencia de esta Sala, las diligencias policiales que, como meras actuaciones de investigación necesariamente han de integrarse en un procedimiento judicial (SSTS. 23.11.2005, 19.10.2005, 13.7.98, 27.9.96, 31.1.95).

Esta Sala considera que pueden ser apreciadas circunstancias atenuantes por analogía: a) en primer lugar, aquellas que guarden semejanza con la estructura y características de las cinco restantes del art. 21 del Código penal ; b) en segundo lugar, aquellas que tengan relación con alguna circunstancia eximente y que no cuenten con los elementos necesarios para ser consideradas como eximentes incompletas; c) en un tercer apartado, las que guarden relación con circunstancias atenuantes no genéricas, sino específicamente descritas en los tipos penales; d) en cuarto lugar, las que se conecten con algún elemento esencial definidor del tipo penal, básico para la descripción e inclusión de la conducta en el Código penal , y que suponga la ratio de su incriminación o esté directamente relacionada con el bien jurídico protegido; e) por último, aquella analogía que esté directamente referida a la idea genérica que básicamente informan los demás supuestos del art. 21 del Código penal , lo que, en ocasiones, se ha traducido en la consideración de atenuante como efecto reparador de la vulneración de un derecho fundamental, singularmente el de proscripción o interdicción de dilaciones indebidas.

Ahora bien, la atenuante de análoga significación no puede alcanzar nunca al supuesto de que falten los requisitos básicos para ser estimada una concreta atenuante, porque lo equivaldría a crear atenuantes incompletas o a permitir la infracción de la norma, pero tampoco puede exigirse una similitud y una correspondencia absoluta entre la atenuante analógica y la que sirve de tipo, pues ello equivaldría a hacer inoperante el humanitario y plausible propósito de que hablaba la sentencia 28.1.80, (SSTS. 27.3.83, 11.5.92, 159/95 de 3.2, lo mismo en SSTS. 5.1.99, 7.1.99, 27.1.2003, 2.4.2004).

En principio no cabría aplicar la atenuante de confesión por vía analógica a los casos en los que falta el requisito cronológico, en cuanto la analogía no puede considerarse

como expediente que sirva para crear atenuantes incompletas, haciendo irrelevante la ausencia

de un requisito exigido por la Ley para su valoración como atenuante (STS. 1672/2002 de 3.10), será necesario que la colaboración proporcionada por las manifestaciones del inculpado sea de gran relevancia a efectos de la investigación de los hechos (SSTS. 1009/2006 de 18.10, 527/2008 de 31.7, 537/2008 de 12.9).

Por tanto, lo verdaderamente importante no es el requisito temporal, sino la relevancia de la declaración prestada (SSTS. 1266/2006 de 20.12, 159/2007 de 21.2, 213/2007 de 15.3). Esta atenuante analógica se fundamenta en una cooperación del acusado con la autoridad judicial tras la detención de aquél en orden al más completo esclarecimiento de los hechos investigados, reveladora de una voluntad de coadyuvar a los fines del ordenamiento jurídico que contrarresten la anterior voluntad antijurídica mostrada al cometer la infracción.

Junto al objetivo de política criminal, se considera una dimensión de menor culpabilidad, se atenúa porque el sujeto que confiesa desde esa premisa incurre en un reproche menor. En consecuencia no se rompe el todo la analogía en ausencia del presupuesto cronológico, ya que la confesión puede afectar a datos referidos a hechos, o sujetos diferentes, que, de otra suerte, no podrían ser conocidos, si se mantiene la razón de aminorar el reproche por mor de la colaboración prestada (STS. 679/2008 de 4.11).

Por ello, la admisión de hechos e identificación de otras personas fundamentan una atenuación analógica, pues qué duda cabe de que quien en un ejercicio de autocritica reconoce su implicación, está patentizando una actitud que puede tenerse en cuenta para atenuarle la pena (STS. 397/2008 de 1.7).

Por tanto en aquellos casos en los que el reconocimiento tardío de los hechos va acompañado de la aportación de datos de objetiva y relevante utilidad para el integro esclarecimiento de los hechos, el fundamento de la atenuación no desaparece, admitiéndose esta modalidad de atenuación analógica (SSTS. 1063/2009 de 29.10).

Y de modo más preciso, por lo que se refiere a lo que se viene a denominar *confesión tardía*, la STS de 19 de febrero de 2014, para su valoración como atenuante analógica, nos dice la jurisprudencia que habremos de *valorar cuánto hay de aportación o cooperación con la administración de justicia, o cuánto de confesión condicionada por la existencia de unas pruebas contundentes y definitivas, que hacen ineficaz e inoperante la confesión en juicio. En todo caso debe suponer un plus a las confesiones originadoras de sentencias de conformidad, que solo se premian con la imposición de las mínimas sanciones o próximas a ellas, fruto del arbitrio judicial y no de la imperativa estimación de una atenuante analógica. Siempre, pues, deberá determinarse la significación y relevancia de la confesión en juicio para el procedimiento penal, la aplicación de la ley y el imperio de la justicia material.* Lo que se nos dice es que es admisible (al efecto pretendido) la confesión tardía, siempre que sea eficaz y relevante para favorecer la prevalencia del orden jurídico perturbado, la clarificación de los hechos investigados y la aplicación del derecho material procedente. Y la reseñada sentencia, con cita de la sentencia nº 240/2012 de 26 de marzo del T. S., resalta las condiciones que debe reunir la confesión tardía para su apreciación. Éstas son: "realidad, sinceridad, eficacia, relevancia y actitud restauradora del orden jurídico perturbado", que serán objeto de una valoración del órgano judicial, en cada supuesto y a la luz de lo indicado con carácter general.

CUARTO.- Y en la aplicación al caso concreto, consta en las diligencias presentes, que desde el inicial momento se tuvo conocimiento de a qué persona atribuía la denunciante ZARA (folio 6) los hechos que denuncia. En el anexo 1 del atestado (folios 33 y siguientes) se aportan fotogramas que implican al denunciado con los hechos denunciados. En el auto que da lugar a la incoación de diligencias se acuerda tomar declaración en calidad de imputado al ahora acusado (folio 12) que se persona seguidamente (folio 20) con el fin de tomar conocimiento del contenido del material obrante en las diligencias. Pocos días después (folio 150) de ese personamiento se dicta auto en que se declaran secretas las diligencias, y al día siguiente (folio 236) se acuerda por el Juzgado la entrada y el registro en el domicilio del acusado, que tiene lugar en los términos que constan y con el resultado obrante en autos, en el que se lee (folio 242 y siguientes) que es él quien facilita a los agentes intervinientes el acceso al lugar en que se encuentran los aparatos y dispositivos relacionados con los hechos que investiga la policía, e igualmente aporta las contraseñas para acceder a toda la información obrante en los ordenadores. Al folio 274 y 275, la policía informa de lo que se ha podido obtener de lo retirado del domicilio del acusado. No declara el investigado (folio 425 a 428) cuando es llamado por el juzgado de Instrucción; sin embargo, ha de ponerse de manifiesto que, desde ese momento hasta la emisión del auto de imputación (12 de junio de 2017) la actividad instructora ha consistido en realizar el ofrecimiento de acciones a las personas afectadas por la copia de sus respectivas tarjetas de crédito (luego de recoger y unir las denuncias a las diligencias).

Cierto es que (STC de 24-VII-2000) el derecho a no declarar contra sí mismo (o a guardar silencio) no es interpretable, pero también lo es que si aparecen pruebas de las que cabe deducir la participación del investigado o del acusado en el hecho que le es imputado en cada supuesto, la ausencia de explicación o justificación del comportamiento no le beneficia. En sentido inverso podríamos asumir que, habiendo propiciado la recogida de datos de sus ordenadores (facilitando las claves de acceso, lo que puede interpretarse como un modo de contribuir a esa investigación) y siendo el propio investigado quien las aporta, su silencio ante lo que sabe se ha obtenido de los datos por él facilitados, podría entenderse, en este supuesto, como una especie de confesión implícita, lo que unido a la asunción en juicio de los hechos (evitando así que declararan todas las personas afectadas por sus actos) y al abono (en el instante en que supo la cantidad que se le exigía en juicio) de la totalidad de la cuantía, permite dotar del efecto pretendido (rebaja en un grado) a esa especie de atenuante reforzada por la valoración conjunta de ese comportamiento (o si se quiere, por la aplicación de "*dos atenuantes simples*" analógicas: la de reparación del daño y la de la confesión tardía- al final- pero implícita al inicio de la investigación policial).

QUINTO.- En base a las consideraciones anteriores, imponemos a D.
la pena de DOS AÑOS DE PRISIÓN como autor responsable del delito de falsedad del que ha sido acusado.

Como pena accesoria (artículo 56 del C. Penal) le imponemos la pena accesoria de inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo (única pena accesoria pedida por las acusaciones) durante el tiempo de condena.

Procede el decomiso de todos los dispositivos electrónicos que le fueron incautados en su momento, que sirvieron para la perpetración del delito, petición

formulada por la Acusación en el acto de juicio oral, y a la que no se ha opuesto ni el acusado ni su defensa.

Igualmente deberá abonar las costas causadas (artículo 123 del C. penal) incluidas las relativas a las acusaciones particulares, aspecto en que también ha existido conformidad del acusado y su defensa.

La cantidad consignada, una vez realizadas las operaciones aritméticas relativas a la aplicación de los intereses, se entregarán a la entidad ZARA S.A.. en favor de quien se realizó la consignación.

SEXTO.- Dice el artículo 82 del C. Penal que, siempre que sea posible, se resolverá en sentencia sobre la aplicación del beneficio de la suspensión, y en el presente supuesto no consta la existencia de antecedentes penales en el momento en que el Sr. Sánchez , y no queda pendiente de abono la cantidad relativa a la responsabilidad civil.

La actual regulación de las diversas modalidades de ejecución y suspensión de las penas privativas de libertad establece un margen, amplio, en la consideración y valoración de todas y cada una de las circunstancias personales que aparezcan en la ejecución de la sentencia condenatoria, orientada esa valoración a las expectativas que ofrezcan de que, en el futuro, el penado ajustará su proceder a las normas en vigor, sin necesidad de que intervengamos los poderes públicos.

El artículo 80 del C. Penal parte de que uno de los presupuestos que han de guiar la resolución que, en materia de ejecución y/o suspensión de penas se adopte, es que *sea razonable esperar que la ejecución de la pena no sea necesaria para evitar la comisión futura de nuevos delitos por el penado...Para ello, habremos de examinar y valorar todas las circunstancias, tanto del delito cometido como las personales del penado, así como los efectos que puedan esperarse de la propia suspensión y de la ejecución de las medidas que se le impongan.* Y, si de manera constante se nos decía antes de la reforma operada por la L. O. 1/2015 es que habíamos de considerar “las circunstancias individuales del penado, así como de los valores y bienes jurídicos comprometidos en la decisión, teniendo en cuenta la finalidad principal de la institución, la reeducación y reinserción social, y las otras finalidades, de prevención general, que legitiman la pena privativa de libertad” (STC 163/2002, de 16 de septiembre, FJ 4, en sentido similar, SSTC 25/2000, de 31 de enero, FFJJ 3 y 7 8/2001, de 15 de enero, FFJJ 2 y 3 110/2003, de 16 de junio, FJ 4), esa exigencia se ha reforzado con la reforma.

Tanto la doctrina como las resoluciones judiciales consideran que el derecho penal y su aplicación se legitimará en la medida en que observe los principios de estricta necesidad, fragmentariedad y subsidiariedad, y no únicamente en la formulación de los tipos penales, sino en que ha de acudir a la prisión únicamente por necesidad, idoneidad y proporcionalidad en sentido estricto.

Es por todo ello, que, históricamente, se ha cuestionado la idoneidad y el efecto de las penas cortas de prisión, básicamente desde la perspectiva de la reinserción social. Así, la doctrina recuerda que la prisión corta es ineficaz, y que, además, genera criminalidad, por lo que el modo en que se reinserta socialmente a quien ha quebrantado

la norma, pero no de manera que le haga merecedor de un reproche que conlleve prisión por tiempo importante, no es la ejecución de esa pena en medio cerrado, sino de modo que se permita el tratamiento del penado, su observación y de que mantenga sus lazos familiares, sociales y laborales, tratando de evitar, de ese modo, el “contagio criminógeno” del delincuente primario. Existe un consenso generalizado de que la ejecución de la pena de prisión exige de una legitimación adicional: que sea estrictamente necesaria, también desde el punto de vista preventivo (general, pero sobre todo, especial).

También nos dice el artículo 83 del C. Penal que se podrá condicionar la suspensión al cumplimiento de determinadas condiciones, siempre relacionadas con la entidad del delito cometido y para sustentar la expectativa de que no será necesaria otra advertencia a quien ha delinquido, para que no ingrese en prisión. Y en similar sentido se pronuncia el artículo 84 del mismo cuerpo legal en lo que al cumplimiento de determinadas prestaciones se refiere. En concreto el apartado 3ª del número primero del citado artículo 84 prevé que el penado realice trabajos en beneficio de la comunidad, si se considera adecuado a las circunstancias del hecho, y en el presente supuesto, vista la entidad del perjuicio y la afectación de personas por la conducta de este penado, consideramos que la suspensión ha de condicionarse a que realice cuarenta días de trabajos en beneficio de la comunidad, y si fuera posible que estén relacionados con la simbólica reparación por su conducta. Igualmente deberá participar en un programa formativo relacionado con el tipo de delito cometido y sus consecuencias para el tráfico mercantil y la confianza de los consumidores.

El plazo de suspensión será de TRES Años, en el curso de los que, además de llevar a cabo las dos condiciones ya establecidas, no deberá delinquir, puesto que caso contrario puede alzarse el beneficio que se le otorga e ingresar en prisión de inmediato para cumplir esta pena (ahora suspendida) y la que resultare del nuevo delito (en su caso, obviamente).

Vistos los preceptos de pertinente y legal aplicación,

FALLAMOS

CONDENAMOS a D. como autor responsable del delito de falsedad del que ha sido acusado, a la pena de **DOS AÑOS DE PRISIÓN**, y la inhabilitación para el ejercicio del derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de condena.

Acordamos el decomiso de todos los aparatos y dispositivos electrónicos incautados al condenado D.

Abonará las costas causadas, incluyendo las del ejercicio de las acusaciones particulares.

La cantidad depositada será entregada a la entidad ZARA ESPAÑA S.A., una vez realizadas las operaciones aritméticas pertinentes.

SUSPENDEMOS POR TRES AÑOS la ejecución de la pena de prisión impuesta, siempre que cumpla las siguientes condiciones:

1.- No deberá delinquir en el período por el que se suspende la ejecución, y que comienza a computarse a partir del momento en que se le notifica la presente sentencia.

2.- Deberá cumplir cuarenta jornadas de trabajos en beneficio de la comunidad en relación con lo indicado en la presente sentencia.

3.- Deberá participar en un programa formativo, también en el modo indicado en la presente resolución.

El incumplimiento de cualquiera de estas condiciones podrá conllevar la revocación del beneficio que se le concede en esta sentencia.

Notifíquese esta resolución a las partes, haciéndole saber que contra la misma se puede interponer recurso de apelación ante la Sala de lo Civil y Penal del T.S.J.P.V en el plazo de diez días desde la última notificación.

Así, por esta nuestra Sentencia, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.

PUBLICACION: Dada y pronunciada fue la anterior sentencia por los Ilma/os. Ser/as. Magistrada/os que la firman y leída por la Ilma. Sra. Magistrada Ponente en el mismo día de su fecha, de lo que yo, la Letrada de la Administración de Justicia, certifico.