



Roj: **STS 3231/2021 - ECLI:ES:TS:2021:3231**

Id Cendoj: **28079120012021100648**

Órgano: **Tribunal Supremo. Sala de lo Penal**

Sede: **Madrid**

Sección: **1**

Fecha: **19/07/2021**

Nº de Recurso: **10217/2021**

Nº de Resolución: **649/2021**

Procedimiento: **Recurso de casación penal**

Ponente: **EDUARDO DE PORRES ORTIZ DE URBINA**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Penal

Sentencia núm. 649/2021

Fecha de sentencia: 19/07/2021

Tipo de procedimiento: RECURSO CASACION (P)

Número del procedimiento: 10217/2021 P

Fallo/Acuerdo:

Fecha de Votación y Fallo: 29/06/2021

Ponente: Excmo. Sr. D. Eduardo de Porres Ortiz de Urbina

Procedencia: AUD.NACIONAL SALA PENAL SECCION 2

Letrada de la Administración de Justicia: Ilma. Sra. Dña. Sonsoles de la Cuesta y de Quero

Transcrito por: LMGP

Nota:

RECURSO CASACION (P) núm.: 10217/2021 P

Ponente: Excmo. Sr. D. Eduardo de Porres Ortiz de Urbina

Letrada de la Administración de Justicia: Ilma. Sra. Dña. Sonsoles de la Cuesta y de Quero

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Penal

Sentencia núm. 649/2021

Excmos. Sres. y Excma. Sra.

D. Andrés Martínez Arrieta

D. Andrés Palomo Del Arco

D^a. Ana María Ferrer García

D. Eduardo de Porres Ortiz de Urbina

D. Javier Hernández García

En Madrid, a 19 de julio de 2021.



Esta Sala ha visto el recurso de casación 10217/2021 interpuesto por Oscar , representado por la procuradora Doña Concepción HOYOS MOLINER bajo la dirección letrada de Doña Susana RIVERA ALONSO y Sergio , representando por el procurador Luis GÓMEZ LÓPEZ-LINARES bajo la dirección letrada don Tomás MARTÍN PÉREZ, de contra la sentencia dictada el 17/12/2020 por la Audiencia Nacional, Sala de lo Penal, Sección Segunda, en el Rollo de Sala Procedimiento Abreviado 10/2018, en el que se condenó a los recurrentes como autores penalmente responsable de un delito de falsificación de **tarjetas de crédito** y débito del artículo 399 bis 1 del Código Penal, en concurso ideal medial del artículo 77.3 del Código Penal con un delito de estafa continuado de los artículos 74. 248.2 c) y 249 del Código Penal, conforme a la redacción de la Lo 2/2015. Un delito de **uso de tarjetas** falsificadas del artículo 399 bis 3 del Código penal y un delito de grupo criminal del artículo 570 ter 1 del Código Penal. Ha sido parte recurrida el MINISTERIO FISCAL.

Ha sido ponente el Excmo. Sr. D. Eduardo de Porres Ortiz de Urbina.

ANTECEDENTES DE HECHO

1. El Juzgado Central de Instrucción número 3 de los de Audiencia Nacional incoó Diligencias Previas 119/2015 por delito de falsificación de **tarjetas de crédito** y débito en concurso ideal medial con un delito de estafa continuado y un delito de **uso de tarjetas** falsificadas y un delito de grupo criminal, que una vez concluido remitió para su enjuiciamiento a la Audiencia Nacional, Sala de lo Penal, Sección Segunda. Incoado el Procedimiento Abreviado 119/2015, con fecha 17/12/2020 dictó sentencia número 24/2020 en la que se contienen los siguientes HECHOS PROBADOS:

"Los acusados Sergio , alias " Gallina ", con NIE: NUM000 , nacido el día NUM001 /1981 en El Mercado (República Dominicana); Oscar , alias " Gamba ", con DNI NUM002 , nacido el NUM003 /1985, en Santo Domingo (República Dominicana); Loreto , con NIE NUM004 , nacida el NUM005 /1992, en Barahona (República Dominicana); Montserrat , con DNI NUM006 . nacida el NUM007 /1994, en Castañuelas (República Dominicana); y Flor alias " Rubia ", con DNI NUM008 , nacida el NUM009 /1984, en Sao Paulo (Brasil) participaron en los siguientes HECHOS:

Desde al menos el año 2014, de forma coordinada y puestos de acuerdo para ello, se dedicaban al clonado de **tarjetas de crédito** y/o débito bancarias mediante el copiado de las bandas magnéticas ("skimming"). Dicha actividad la conseguían mediante la compra de información en el "mercado negro" (carding) o facilitación de la información por estamentos superiores de la organización ("hacking"), o simplemente consiguiendo tales datos de personas que colaboran con ellos desde diversos establecimientos comerciales. Una vez obtenidos los datos de las **tarjetas** legítimas procedían a fabricar **tarjetas** falsas y utilizar las mismas, para adquirir bienes y servicios en los comercios.

En el presente caso, el montante total de la operativa fraudulenta de los diversos miembros de la organización criminal ascendió a 131.090,1€ intentados y 65.599,73€ obtenidos.

Concretamente, realizaron tal actividad en diversos establecimientos de la provincia de Madrid:

1. Sergio , alias " Gallina ", que ejercía las funciones de liderazgo y provisión de las numeraciones de **tarjetas**, encargándose dirigir las compras realizadas con las **tarjetas** falsificadas y ordenar la recogida del dinero procedente de las correspondientes ventas de los productos obtenidos. Además procedió a la utilización fraudulenta de **tarjetas** bancarias para él alquiler de vehículos en la Empresa Enterprise ATESA rent-a-car (sucursales de Plaza España y Estación Atocha de Madrid), entre meses de agosto y diciembre de 2014. Las tantas eran emitidas por la Entidad Bancaria Yapi Ve Kredi Bankasi AES, de Turquía, y con las mismas Se habían realizado operaciones fraudulentas intentadas por 6.701,61€ y conseguidas por un total de 5.449,51€. Además, procedió a realizar directamente una operación fraudulenta con la **tarjeta** n NUM010 de Citibank en el establecimiento E.SRIVELSA de la ç/Infanta Isabel no 2 de Madrid, el 4 de mayo de 2015 por importe de 50€.

2. Oscar , alias " Gamba ", se encargaba del volcado de la información de las bandas magnéticas obtenidas, principalmente por el anterior, aunque también tenía otras fuentes de obtención de la información necesaria, dando a los Soportes físicos de las **tarjetas** una apariencia de legítimas para poder ser usadas en los comercios. También se encargaba de controlar a las "pasadoras" O personas encargadas de la utilización fraudulenta de **tarjetas** bancarias en los establecimientos comerciales. Además, procedió a realizar directamente una Operación fraudulenta con la **tarjeta** nº NUM011 en el establecimiento Media Markt del Centro comercial Islazul de Madrid, el 13 de diciembre de 2014 por importe de 571,90€ Y con la **tarjeta** falsa Evo número NUM012 se realizaron compras el 26 de enero de 2015 en el Corte Inglés de Pozuelo por importe de 1.798€.

3. Una persona contra la que no se formulan conclusiones definitivas por hallarse en rebeldía, alias " Picon ", era el encargado del volcado de la información de las bandas magnéticas en los soportes idóneos para su **uso**



y en la reventa de los productos obtenidos de forma ilícita. Además, también utilizaba las **tarjetas** falsificadas, como el día 21 de enero de 2015, en que se realizaron tres operaciones asociadas al número de **tarjeta** NUM013 , por un montante total de 3.845,24 euros correspondiente al fraude intentado, llegando a obtener un total de 2.427,24€ en una operación confirmada. En el momento de su detención le fueron ocupados 145€ procedentes da su actividad delictiva.

4. Loreto era la encargada del **uso** fraudulento de **tarjetas** de **crédito**. El día 13 de noviembre de 2014, realizó cuatro operaciones asociadas al número de **tarjeta** NUM014 , por un mómdate total de 6.392€ correspondiente al fraude intentado, llegando a obtener un total de 3.196€ en dos operaciones confirmadas.

5. Otra persona contra la que no se formulan conclusiones definitivas por hallarse en rebeldía era otra las encargadas del **uso** fraudulento de **tarjetas** de **Crédito**. Entre los meses de Octubre y diciembre de 2014 realizó con **tarjetas** falsificadas compras en diversos establecimientos mercantiles por un fraude total 81.733745 euros, de los cuales 39.871,08€ pertenecen a operaciones fraudulentas confirmadas.

6. Montserrat era Otra de las personas encargadas del **uso** fraudulento de **tarjetas** bancarias bajo la supervisión de Oscar . Tenía al menos dos **tarjetas** a su nombre con una de las cuales intentó realizar una compra el 14 de mayo de 2015 por un total de

899€.

7. Flor , alias era Colaboradora de Sergio y con conocimiento de la fabricación de las **tarjetas** acudía a centros comerciales a adquirir fraudulentamente bienes con las mismas.

Por parte de personas no identificadas, pero relacionadas con el grupo criminal se utilizaron dos **tarjetas** tipo VISA, de la entidad bancaria "La Caixa", nombre de Leticia que después de la lectura de banda magnética se ha comprobado una discordancia entre la apariencia exterior y el contenido de la misma. Con ellas realizó un fraude intentado de 11.967,01€ y obteniendo autorización por un total de 7.371 ,01€.

Practicada entrada y registro autorizada judicialmente el día 25 de junio de 2015 en et domicilio de Sergio , sito en la CALLE000 NUM015 , de Madrid, se ocuparon:

- 620€ en efectivo procedentes de la actividad delictiva
- una **tarjeta** de VISA de la entidad EVO, nº de **tarjeta** NUM016 a nombre de Rubén , no habiendo correspondencia entre la apariencia externa e interna de la banda magnética.
- Relojes tasados pericialmente en \$26€ adquiridos mediante la actividad delictiva cometida.

Practicada entrada y registro autorizada judicialmente en el domicilio de Oscar , sito en la CALLE001 , número NUM017 , Madrid de 2015, se ocuparon:

- Una bolsa neceser con el anagrama "Alcalá de Henares" conteniendo aparato electrónico conocido como MSR 0 "gata", marca TYSSO MSE730, con sus correspondientes cables de conexión. Se trata de un lector-grabador de bandas magnéticas de que permite también clonarlas y modificarlas. Se encontraba perfecto estado de **uso** y funcionamiento

- Ocho (8) **tarjetas** de **crédito**. Las bandas magnéticas de dichas **tarjetas** han arrojado una discordancia entre la apariencia exterior y el contenida de la misma. Con dichas **tarjetas** se realizaron o intentaron realizar compras diversos establecimientos en el año 2015 por un total de importe solicitado de 12,271,90€, de los cuales han sido autorizados un total de 2.369,90€. De dichas **tarjetas** dos de ellas estaban a nombre de Montserrat y otras dos a nombre de otra persona.

- DOS trozos de aero-fix, utilizados para la planificación de las **tarjetas**. Doce plantillas de caracteres transferibles alfanuméricos con los Cuales Se rotulan los soportes los que Se va introducir la información.

- Una libreta con tapas de color roja, con anotaciones de números de **tarjeta**, fechas Caducidad y CVV Esta libreta era una herramienta mediante la que se llevaba una pequeña contabilidad de las numeraciones de las **tarjetas** que se iban usando.

- Un pen drive negro y verde TDK con un archivo conteniendo una numeración de banda magnética bancaria.

- Un ordenador portátil Packard Bell en Cuyo disco duro se encontró, dentro de la información eliminada. una numeración de **tarjeta** bancaria.

- Un mini Compact Disc con un programa de configuración de cableado compatible con el lector-grabador de bandas magnéticas.

- Un ordenador portátil Compac en cuyo disco duro había un programa de administración y gestión de lectores-grabadores, compatible con el lector-grabador hallado. Este programa capaz de gestionar el dispositivo



electrónico y crear una **tarjeta** bancaria operativa. También se localizaron múltiples numeraciones de **tarjetas** bancarias.

- Un ordenador de sobremesa con archivos de imagen de documentación personal.
- *Seis relojes de las marcas Arrnani (2), Vicerov. Guess Diesei(2J).*
- *Una Tablet marca Lenco.*
- *Un teléfono Samsung*

Practicada entrada y registro autorizada judicialmente en el domicilio de Flor , sito en la CALLE002 , número NUM018 de Madrid, el día 25 de junio de 2015, se ocuparon:

- Cuaderno verde con anotaciones de cuentas bancarias;
- un Cuaderno de tapas azules con anotaciones de **tarjetas** bancarias y bins con la fecha de caducidad y el CVVde las mismas;
- una caja conteniendo documentación de una play station 4 sin el aparato con la anotación de una **tarjeta** bancaria emitida por DEUTSHE KREDITBANK AKTIENGESELLSCHARF, de Alemania, con la fecha de caducidad y el CVV, para el pago a través de internet: y
- un Ordenador portátil Acer con documentación personal y múltiples numeraciones de **tarjetas** bancarias

Practicada entrada y registro autorizada judicialmente en el domicilio de Loreto , sito en la CALLE003 , número NUM019 puerta de Madrid, el día 25 de junio de 2015, se ocuparon:

- Ropa adquirida con **tarjetas** de forma fraudulenta.
- Una televisión con pantalla curva.
- Una PSP con número de serie NUM020 , en su caja con cargador.

Loreto con carácter previo al inicio del juicio del 7 de octubre de 2019, consignó judicialmente las cantidades defraudadas por la misma, 3.196€.

Sergio ha sido condenado por sentencia de 24/10/2008 por un delito de conducción sin permiso a 8 meses de multa y 22 días de t.b.c., habiéndose archivado la Ejecutoria el 22/10/2010; por sentencia de 8/6/2009 por un delito de conducción temeraria a 12 meses de multa y 42 días de t.b.c , habiéndose archivado la Ejecutoria el 3/9/2013," por sentencia de 11/1/2011, firme el 3/6/2011, de la Sección de la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional por un delito de estafa a 1 año de prisión, habiéndose cumplido el 19/7/2013; por Sentencia de 10/6/2011 firme el 11/8/2011, de la Sección de la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional por un delito de falsificación de moneda a 2 años de prisión, habiéndose suspendido la condena el 17/7/2013 por 5 años, y por un delito de estafa a 3 meses de prisión; y por Sentencia de 18/6/2014 por un delito de conducción sin permiso a 12 meses de

Oscar ha sido condenado por sentencia de 10/1/2007 por un delito de Conducción temeraria a 1 año de prisión, habiéndose archivado la Ejecutoria el 26/7/2012; por sentencia de 30/6/2011 por un delito de conducción sin permiso a 12 meses de multa, habiéndose archivado la Ejecutoria el 10/7/2012; por sentencia de 2/12/2011 por delito de conducción sin permiso a 12 meses de multa: y por sentencia de 1/7/2014 por un delito de conducción sin permiso a 14 meses de multa,".

2. La Audiencia de instancia emitió el siguiente pronunciamiento:

"Condenamos al acusado Sergio , como autor responsable de los siguientes delitos a:

- a) Por el delito de falsificación **tarjetas** de **crédito** y débito en concurso ideal con un delito de estafa continuado, la pena de 7 años y 6 meses de prisión: y
- b) Por el delito de grupo criminal la pena de 1 año y 6 meses de prisión. De conformidad con la redacción de la LO 2/2015 por ser más beneficiosa para el acusado.

Condenamos al acusado Oscar , como autor responsable de los siguientes delitos a:

- a) Por el delito de falsificación de **tarjetas** de **crédito** y débito en concurso ideal con un delito de estafa continuado, pena de 6 años y 3 meses de prisión: y
- b) Por el delito de grupo criminal, la pena de 1 año de prisión. De conformidad con la redacción de la LO 2/2015 por ser más beneficiosa para el acusado.

Condenamos a la acusada Loreto , como autora responsable de los siguientes delitos:



- a) Por el delito de **uso de tarjetas de crédito** y débito falsas, la pena de año de prisión; y
- b) Por el delito grupo criminal, la pena de 3 meses de prisión a sustituir conforme al art 38 del C. pen. por 6 meses de multa con una cuota diaria de 3€. De conformidad con la redacción de la LO 5/2010, vigente a la fecha de los hechos, por ser más beneficiosa para la acusada

Condenamos a las acusadas Montserrat y Flor , a cada una de ellas, como autoras responsables de los siguientes delitos:

- a) Por el delito de **uso de tarjetas de crédito** y débito falsas, la pena de 2 años de prisión; y
- b) Por el delito de grupo criminal, la pena de meses de prisión a sustituir conforme al art. 88 del C.pen. por 1 año de multa con una cuota diaria de 3€. De Conformidad con la redacción de la LO 5/2010, vigente a la fecha de los hechos, por ser más beneficiosa para las acusadas.

Se condena a todos los acusados a la pena accesoria legal de inhabilitación del derecho de sufragio pasivo durante la condena.

Por vía de responsabilidad Civil, se condena a los acusados a indemnizar conjunta y solidariamente a las entidades perjudicadas en las cantidades defraudadas mediante la utilización fraudulenta de las **tarjetas** clonadas y que se determinen en ejecución de sentencia.

Decrétese el decomiso del dinero y efectos ocupados y descritos en la conclusión 1, de conformidad con art, 127 del Código Penal.

Cada uno de los condenados deberá abonar 1/5 de las costas procesales.".

3. Notificada la sentencia a las partes, la representación procesal de Oscar y Sergio , anunciaron su propósito de interponer recurso de casación por vulneración de precepto constitucional, infracción de ley y quebrantamiento de forma, recursos que se tuvieron por preparados remitiéndose a esta Sala Segunda del Tribunal Supremo las actuaciones y certificaciones necesarias para su sustanciación y resolución, formándose el correspondiente rollo y formalizándose el recurso.

4. El recurso formalizado por Oscar , se basó en los siguientes MOTIVOS DE CASACIÓN,

1. Por vulneración de precepto constitucional, al amparo de lo dispuesto en el artículo 852 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal y del artículo 5.4 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, por infracción del derecho a la presunción de inocencia consagrado en el artículo 24. 1 y 2 de la Constitución así como en virtud de lo prevenido en el artículo 9, 14 y 18.3 del mismo texto legal, que establece la prohibición a los poderes públicos de actuar arbitrariamente en el ejercicio de sus funciones.

2. Por quebrantamiento de forma, al amparo del artículo 851.1 de Ley de Enjuiciamiento Criminal y los nº 1, 2 y 3 del artículo 851 del mismo texto legal, por entenderse no incluidos entre los hechos declarados probados, con la debida exactitud y precisión, los que luego así se consideran para su subsunción en el tipo penal por el que se condena al recurrente.

3. Por infracción de ley, en virtud del artículo 849.1 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, por indebida aplicación de lo dispuesto en los artículos 399 bis. 1, 248. 2. c) y 249 del Código Penal y lo prevenido en el artículo 570 ter del mismo texto legal y la Jurisprudencia que lo desarrolla.

4. Por infracción de ley, al amparo del artículo 849.1 y 2 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, por indebida aplicación del Tribunal de la instancia del artículo 66 y 74 del Código Penal.

5. Por infracción de ley, al amparo del artículo 849.1 y 2 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, por indebida aplicación de lo dispuesto en el artículo 66 del Código Penal y artículo 120 de la Constitución que en virtud del principio de proporcionalidad supone la adecuación de la pena al hecho por el que se impuso.

6. Por infracción de ley, al amparo del artículo 849.1 y 2 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, por incorrecta aplicación de lo dispuesto en el artículo 21.6 del Código Penal.

7. Por infracción de ley, al amparo del artículo 849.1 y 2 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, por indebida aplicación de lo dispuesto en los artículos 109, 110 y 116 del Código penal, así como los artículos 1.100, 1.101 y 1.108 del Código Civil y artículo 576 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal aplicado supletoriamente para el establecimiento de la Responsabilidad Civil e intereses legales por la Audiencia de instancia.

8. Por infracción de ley, al amparo del artículo 849.1 y 2 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, por indebida aplicación de lo dispuesto en el artículo 124 del Código Penal, en cuanto a las costas procesales.

El recurso formalizado por Sergio , se basó en los siguientes MOTIVOS DE CASACIÓN,



1. Por infracción de precepto constitucional, por la vía del artículo 852 en relación con el artículo 5.4 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, al estimar infringido el artículo 24.1 de la Constitución, por vulneración del derecho a la libre elección de abogado, generándose indefensión.
2. Por infracción de precepto constitucional, al amparo del artículo 852 en relación del artículo 5.4 de la Ley Orgánica del Poder Judicial y estimar infringido el artículo 24.1 de la Constitución, por vulneración del derecho a la presunción de inocencia e insuficiencia de la prueba practicada para sustentar la condena.
3. Por infracción de precepto constitucional, en virtud del artículo 852 en relación del artículo 5.4 de la Ley Orgánica del Poder Judicial y estimar infringido el artículo 24.1 de la Constitución, por vulneración del derecho a la presunción de inocencia.
5. La Procuradora doña Concepción HOYOS MOLINER, en nombre de Oscar , solicita, en escrito de fecha 16 de marzo de 2021, que se le tenga por adherido al recurso formalizado por Sergio .
6. Instruidas las partes del recurso interpuesto, el Ministerio Fiscal, en escrito de 26/04/2021, solicitó la inadmisión e impugnó de fondo los motivos del recurso e interesó su desestimación. Tras admitirse por la Sala, quedaron conclusos los autos para señalamiento del fallo cuando por turno correspondiera. Y hecho el señalamiento para el fallo, se celebró la votación prevenida el día 29/06/2021 que, dados los temas a tratar, se prolongó hasta el día de la fecha

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Recurso de Oscar

1. Intervenciones telefónicas

1.1 En el primer motivo de este recurso y a través del cauce casacional del artículo 852 de la LECrim se denuncia la vulneración de la presunción de inocencia en lo relativo a la legalidad de la prueba de cargo. Se afirma que los autos de intervención telefónica de 12 y 23 de febrero de 2015, 8 de abril de 2015, 29 de mayo de 2015 y 9 de junio de 2015 se dictaron sin la existencia de un sustrato objetivo que justificara la injerencia en las comunicaciones del recurrente y también que la motivación consignada en dichas resoluciones fue estereotipada y sin un contenido real. También se denuncia la ilegalidad del auto de entrada y registro de 25 de junio de 2015 ya que su justificación se encuentra en el contenido de las conversaciones intervenidas cuya ilegalidad determina la nulidad de la posterior intromisión en el domicilio del investigado.

1.2 El artículo 18.3 de la Constitución constituye uno de los pilares de nuestro sistema constitucional. El derecho al secreto de las comunicaciones se integra en la primera de las esferas de exclusión que cada ciudadano proclama frente a terceros y, lo que es más importante, frente a los poderes públicos. La posibilidad de que el caudal comunicativo surgido entre el investigado y las personas que con él contactan quede sometido a la escucha de un tercero -por más que se trate de un agente de la autoridad debidamente habilitado por autorización judicial-, convierte aquella diligencia en un verdadero instrumento de control de los poderes públicos frente a una de las más singulares manifestaciones de la privacidad.

La jurisprudencia de esta Sala y del Tribunal Constitucional ha reiterado los requisitos y presupuestos que deben seguirse en la restricción de este derecho fundamental como desarrollo del artículo 579 de la LECrim, vigente al tiempo en que se acordó la injerencia. Nuestra doctrina es constante y conocida y solo nos vamos a referir a dos de los presupuestos necesarios para autorizar la intervención de las comunicaciones telefónicas: La previa existencia de indicios y la motivación de la resolución judicial.

Toda intervención telefónica debe acordarse cuando del resultado de la investigación aparezcan indicios objetivados que permitan deducir que a través de la intervención telefónica se puede comprobar el hecho investigado y obtener informaciones de interés para el desarrollo de la investigación.

La Constitución prohíbe las investigaciones meramente prospectivas, porque el derecho al secreto de las comunicaciones no puede ser limitado para satisfacer la necesidad genérica de prevenir o descubrir delitos o para despejar las sospechas sin base objetiva. Por esa razón y de conformidad con la STC 167/2002, de 18 de septiembre, "[...] las sospechas han de fundarse en datos fácticos o indicios que permitan suponer que alguien intenta cometer, está cometiendo o ha cometido una infracción grave o en buenas razones o fuertes presunciones de que las infracciones están a punto de cometerse (Sentencias del Tribunal Europeo de Derechos Humanos de 6 de septiembre de 1978 -caso Klass - y de 15 de junio de 1992 - caso Ludí) o, en los términos en los que se expresa el (actual) art. 579 LECrim, en "indicios de obtener por estos medios el descubrimiento o la comprobación de algún hecho o circunstancia importante de la causa".



Generalmente las intervenciones telefónicas se acuerdan al inicio de una investigación, pero para adoptarlas es insuficiente la invocación de simples sospechas o la afirmación de hipótesis o meras suposiciones y conjeturas. Se exige que las sospechas estén objetivadas, en un doble sentido: Deben ser accesibles a terceros ya que, en otro caso, no serían susceptibles de control, y deben estar apoyadas o corroboradas por una base real de la que pueda inferirse que se ha cometido o que se va a cometer el delito. Los indicios que deben servir de base a una intervención telefónica han de ser entendidos, no como la misma constatación o expresión de la sospecha, sino como datos objetivos, que por su naturaleza han de ser susceptibles de verificación posterior, que permitan concebir sospechas que puedan considerarse razonablemente fundadas acerca de la existencia misma del hecho que se pretende investigar, y de la relación que tiene con él la persona que va a resultar directamente afectada por la medida (STS núm. 635/2012, de 17 de julio) .

En consecuencia, no es suficiente que quien solicita la medida comunique, sobre la base de sus noticias o informaciones, que sabe o cree saber que el sospechoso ha cometido, está cometiendo, o va a cometer un delito; o que ha practicado una investigación y que exponga a continuación sus conclusiones. Por el contrario, es preciso que traslade al juez las razones de tal afirmación, o el contenido de aquella indagación, identificando las diligencias practicadas y los datos objetivos relevantes alcanzados como resultado de las mismas, pues precisamente esos elementos son los que deben ser valorados por el Juez para decidir acerca de la consistencia de los indicios y de la necesidad y proporcionalidad de la restricción del derecho fundamental que le es solicitada. En este sentido en la STC nº 197/2009, se decía que "(...) el Tribunal ha considerado insuficiente la mera afirmación de la existencia de una investigación previa, sin especificar en qué consiste, ni cuál ha sido su resultado por muy provisional que éste pueda ser (...)".

Ahora bien, conviene hacer dos precisiones:

De un lado, no es razonable confundir los indicios necesarios para irrumpir en el derecho al secreto de las comunicaciones, con los indicios que pueden servir de base a un auto de procesamiento o a una inculpación formal. Los que legitiman la autorización judicial de intervención telefónica han de representar algo más que simples conjeturas o suposiciones, más o menos aventuradas, pero no puede exigirse de ellos la solidez de una "provisional cuasi certeza" (STS 203/2015, de 23 de marzo).

De otro lado, el análisis de la información que sirva de base a la autorización judicial no puede hacerse de forma desagregada. Como recuerda la STS 646/2014, de 8 de octubre, "(...) la legitimidad constitucional de la interferencia de las comunicaciones no puede obtenerse a partir de un análisis artificialmente dividido de las distintas operaciones a las que se alude en la petición de la Guardia Civil. Ya hemos dicho en otros precedentes -cfr. SSTs 555/2014 de 10 de julio; 744/2013, de 14 de octubre; 593/2009, de 8 de junio y 527/2009, de 27 de mayo- que el análisis descompuesto y fraccionado de diferentes indicios puede conducir a conclusiones inaceptables desde el punto de vista del razonamiento impugnativo (...)".

Otro de los requisitos sobre los que la jurisprudencia se ha pronunciado con reiteración es la exigencia de motivación en la resolución judicial que autorice la intervención.

La resolución judicial debe expresar o exteriorizar las razones fácticas y jurídicas que apoyan la necesidad de tal intervención, esto es, cuáles son los indicios que existen acerca de la presunta comisión de un hecho delictivo grave por una determinada persona, así como concretar con precisión el número o números de teléfono y personas cuyas conversaciones han de ser intervenidas, el tiempo de duración de la intervención, quiénes han de llevarla a cabo y cómo, y los períodos en los que deba darse cuenta al Juez (por todas, SSTC 197/2009 y 26/2010), sin que resulte exigible una justificación fáctica exhaustiva, pues se trata de una medida adoptada, precisamente, para profundizar en una investigación no acabada (SSTs 1240/98, de 27 de noviembre, 1018/1999, de 30 de septiembre, 1060/2003, de 21 de julio, 248/2012, de 12 de abril y 492/2012, de 14 de junio , entre otras).

En la actualidad el contenido del auto habilitante viene descrito en el artículo 588 bis c), apartado 3º de la LECrim que, en buena medida, incorpora la doctrina jurisprudencial que sobre este particular habían establecido el Tribunal Constitucional y esta Sala.

1.3 En el caso sometido a nuestra consideración las intervenciones telefónicas se acordaron una vez iniciada la investigación policial y contando con indicios contrastados de la participación en los hechos de las personas cuyas terminales telefónicas se intervinieron. Haremos una breve reseña de estos indicios.

El proceso judicial se inició con el atestado policial NUM021 de la BPSC (Policía Nacional), de 10/01/2015, en el que se daba cuenta que Adelina había realizado 33 ventas de teléfonos móviles de alta gama en un espacio de dos meses. Se comprobó que la investigada había sido ya investigada por estafa y **falsedad** y con motivo de una detención anterior se había comprobado que había comprado dos terminales telefónicas con **tarjetas** falsificadas (folios 1 a 32).



En posterior oficio de 12/02/2015, se daba cuenta de que los teléfonos se habían vendido en la empresa Móvil Center y se habían comprado en distintos centros comerciales (Carrefour, el Corte Inglés, Mediamark, etc.) y se comprobó, a falta de recibir otras informaciones, que en Mediamark se habían comprado las terminales con dos **tarjetas** falsificadas del Banco de Sabadell y que en el Corte Inglés en el espacio de dos meses (01/11/14 a 31/12/14) las compras efectuadas ascendieron a 29.043 euros, utilizándose para las compras distintas **tarjetas de crédito** (folios 30-107).

Todos los datos contrastados se acompañaban de la correspondiente justificación documental, interesándose la intervención del teléfono del que era usuaria la investigada, Adelina, que fue autorizada mediante auto de 12/02/2015 (folios 108-109).

Como consecuencia de esta primera intervención y a la vista del contenido de las conversaciones se comprobó que la investigada discutía con un varón su porcentaje en las ventas, que utilizaba dos números de teléfono y que habló con otra mujer (Loreto) con quien se concertaba para realizar las compras, por lo que por auto de 23/02/15 se amplió la investigación a estos tres números de teléfono (folios 11-121).

El contenido de las intervenciones telefónicas y los seguimientos realizados por la policía permitieron identificar al varón al que antes hicimos referencia (Sergio), que se reunió en alguna ocasión con Adelina, y se interceptaron conversaciones muy explícitas sobre la actividad ilícita que estaban desarrollando, identificándose a otros partícipes. Esos nuevos datos justificaron la solicitud de prórroga de las intervenciones ya autorizadas y la solicitud de intervención de nuevos teléfonos, lo que se llevó a cabo mediante auto de 08/04/2015 (oficio 2929/15, de 07/04/2015-folios 122-283).

El 27/05/2015 se presentó el atestado ampliatorio NUM022 por la UDEF, que ya ha habido cargo de la investigación, dando cuenta del resultado de las diligencias practicadas. En dicho atestado se reseñan las conversaciones telefónicas más relevantes relacionadas con los hechos investigados, las **tarjetas** utilizadas y las compras realizadas con ellas, acompañando la documentación acreditativa de las mismas (folios 285-473), lo que justificó la intervención de teléfonos de nuevos investigados por auto de 29/05/2015 (folios 409 a 411). Por oficio de 05/06/15 se interesó la prórroga de los teléfonos intervenidos así como nuevas intervenciones, lo que se autorizó por auto de 09/06/15 (folios 431-433) y finalmente se dio cuenta del resultado de lo actuado mediante oficio de 19/06/2015 interesando la entrada y registro en los domicilios de los investigados, que fue autorizada por auto de 24/06/2016 (folios 474-476).

Como fácilmente puede advertirse de todo lo anterior, la primera de las intervenciones telefónicas no se adoptó en base a simples sospechas policiales sino en atención a datos contrastados que permitían suponer que la investigada se dedicaba, al menos, al **uso de tarjetas** falsificadas a gran escala, actividad por la que ya habías sido investigada con anterioridad.

Cuando se adoptó la injerencia ya se había comprobado un **uso** muy intenso de distintas **tarjetas** y la **falsedad** de algunas de ellas, por lo que había indicios consistentes que permitían afirmar la comisión de delitos de modo continuado. Por lo tanto, la injerencia no fue prospectiva. A partir de esta primera intervención se fueron sucediendo las siguientes, todas ellas basadas en las informaciones que se iban deduciendo del contenido de las conversaciones, que confirmaban las sospechas iniciales.

El lenguaje críptico utilizado por los distintos interlocutores y su propio contenido sugería la intervención de los investigados en las actividades ilícitas, razón por la que las posteriores prórrogas y la intervención de nuevos teléfonos tuvieron su justificación en la confirmación de las sospechas iniciales. Esas mismas evidencias, confirmadas siempre por el contenido de las conversaciones que se iban sucediendo, justificó la autorización de la entrada y registro en los domicilios, cuyo resultado confirmó, aún con mayor solidez, la realización de la actividad ilícita.

Por tanto, las injerencias autorizadas judicialmente, tanto en las comunicaciones como en los domicilios, tuvieron como fundamento la previa existencia de indicios suficientes y contrastados, mediante las comprobaciones realizadas por la policía.

En cuanto a la motivación de las resoluciones judiciales, siendo cierto que en los tres primeros autos la motivación es muy parca, su contenido debe ponerse en relación con los oficios policiales que le sirven de soporte y fundamento. En ellos se consigna de forma muy detallada, según hemos expuesto anteriormente, los indicios contrastados que justificaban la injerencia de ahí que no apreciemos razones de peso para acordar la nulidad interesada.

Sobre este particular conviene recordar que aun reconociendo que no se trata de una técnica modélica, tanto la doctrina de esta Sala como la del Tribunal Constitucional vienen reconociendo como suficiente la motivación por remisión, si la solicitud policial, o el informe del Ministerio Fiscal en el que solicita la intervención, contiene todos los elementos necesarios para llevar a cabo el juicio de proporcionalidad (SSTC 72/2010, de 18 de



octubre, y 492/2012, de 14 de junio y STS 248/2012, de 12 de abril, entre otras) y es lo cierto que en este caso en los oficios policiales se precisan los indicios que justifican la injerencia y los delitos investigados, lo que permitió al juez autorizante realizar el juicio de ponderación necesario para autorizar las injerencias.

El motivo se desestima.

2. Vulneración del derecho a la presunción de inocencia

2.1 En el segundo motivo del recurso, con cita del artículo 851.1 de la LECrim, se censura nominalmente la sentencia por no determinar con exactitud y precisión los hechos que se estiman probados. Sin embargo, en el desarrollo argumental del motivo la queja discurre por otro camino diferente. Se alega que en la sentencia no se han consignado los elementos fácticos practicados en el juicio (se refiere a las pruebas), de los que se infiere que el recurrente es autor de los delitos de **falsedad de tarjetas de crédito**, estaba y pertenencia a grupo criminal. Y después de hacer una larga cita jurisprudencial sobre el principio de presunción de inocencia, cuestiona la suficiencia de la prueba de cargo. Es más, afirma la ausencia absoluta de prueba que justifique la condena del recurrente.

A la vista del desarrollo argumental del motivo, nuestra respuesta a esta queja no vendrá referida a la falta de claridad de los hechos probados, ya que ni se argumenta esta deficiencia formal ni apreciamos que exista. Nuestra contestación ha de circunscribirse a determinar si la prueba de cargo es de suficiente consistencia para justificar un pronunciamiento de condena.

2.2 A tal fin conviene recordar que el control casacional del respeto al derecho a la presunción de inocencia no consiste en realizar una nueva valoración de las pruebas practicadas ante el Tribunal de instancia porque a él y solo a él corresponde esta función valorativa, sino que únicamente autoriza a esta Sala de Casación a valorar, de una parte, la existencia de prueba de cargo adecuada y, de otra, su suficiencia. La prueba es adecuada cuando ha sido obtenida con respeto a los principios estructurales que informan el desarrollo de la actividad probatoria ante los órganos jurisdiccionales. Y la prueba es bastante cuando su contenido es netamente incriminatorio.

Además, la Sala de instancia ha de construir el juicio de autoría con arreglo a un discurso argumental lógico, coherente, expresivo del grado de certeza exigido para fundamentar cualquier condena en el ámbito de la jurisdicción criminal. Está también fuera de dudas que el control de racionalidad de la inferencia no implica la sustitución del criterio valorativo del Tribunal sentenciador por el del Tribunal casacional, el juicio de inferencia del Tribunal "a quo" sólo puede ser impugnado si fuese contrario a las reglas de la lógica o a las máximas de la experiencia (entre otras muchas, SSTS 330/2016, de 20 de abril; 328/2016), de 20 de abril; 156/2016, de 29 de febrero; 137/2016, de 24 de febrero y 78/2016, de 10 de febrero).

Despejadas las dudas sobre la validez de las pruebas de cargo, conforme hemos argumentado en el fundamento jurídico anterior, nuestro análisis ha de limitarse a comprobar la suficiencia de la prueba de cargo y la razonabilidad en su valoración.

2.3 En relación con este recurrente la prueba que el tribunal de instancia ha tenido en consideración ha sido la siguiente:

(i) Las conversaciones telefónicas con Sergio el día 27/02/15, de cuyo contenido deduce el tribunal que su función era la de realizar el volcado de la información de las bandas magnéticas de las **tarjetas** originales y el control de las "pasadoras", habiéndosele detectado una compra en Media Mark (Islazul) por importe de 571,9 euros.

(ii) Además y de forma genérica, se hace referencia como prueba de cargo a las declaraciones testimoniales de los agentes que dirigieron la investigación (PN NUM023 y NUM024), a un agente que intervino en las primeras diligencias (PN NUM025) y a los peritos policiales de documentoscopia (NUM026 y NUM027) y de Informática forense (PN NUM028).

Hemos revisado la grabación del juicio para comprobar los datos aportados por los agentes policiales que depusieron en el juicio como testigos, el Instructor y el Secretario de los atestados principales. El Instructor señaló que la implicación del recurrente se estableció por el contenido de las conversaciones que tuvo con Sergio y por los objetos hallados en su domicilio, aptos para proceder al volcado de la información obtenida ilícitamente de las **tarjetas** originales. El Secretario, por su parte, manifestó con absoluta imprecisión que la implicación del Sr. Oscar derivada del contenido de las conversaciones y de alguna vigilancia en la que se le vio con Sergio, si bien sobre este último dato manifestó su falta de seguridad.

Pese a tales manifestaciones y según argumenta la defensa y con toda razón, no hay ninguna evidencia de que el recurrente fuera el titular del teléfono cuyo **uso** se le atribuye (NUM029), ni que se apodara Gamba



, ni que usara ese teléfono o que interviniera en las conversaciones telefónicas del día 27/02/15, que son las que identifica la sentencia como fundamento principal de su condena.

El cuerpo policial que inicialmente llevó las diligencias (Brigada Móvil de Metro Sol de Policía Nacional) identificó al tal Picon (Rubén) como el usuario del teléfono antes aludido (folios 204 a 214 y 241-254) e incluso, cuando bosquejó el organigrama del grupo investigado, situó a Picon en la función de grabación de los datos de las **tarjetas** originales (folio 135), omitiendo toda mención del recurrente.

Sin embargo y sin explicación alguna, cuando se hizo cargo la UDEF del desarrollo de la investigación, atribuyó al recurrente el **uso** del teléfono antes reseñado y el **uso** del apodo de "Gamba".

Hemos examinado las diligencias y a partir del atestado presentado el 27/05/2015 se cambia esa atribución sin que conste la razón de ese cambio. En las conversaciones telefónicas, una vez revisado su contenido, los interlocutores nunca utilizaron el nombre del recurrente, lo que hubiera sido un elemento de identificación fundamental. No consta que el teléfono fuera de su propiedad y tampoco se le ocupó esa terminal cuando fue detenido (folio 692). Y en el juicio a los policías no se les preguntó por esta cuestión. En efecto, al policía Instructor no se le preguntó por este dato y el policía que ejerció las funciones de Secretario manifestó vagamente que creía que el recurrente había sido visto en los seguimientos realizados pero, comprobado este dato, no es cierto porque no hay seguimiento alguno del recurrente sino de Picon (folios 444 y 452). Por último, hemos procedido a la audición de los informes finales y la defensa insistió en esta cuestión a pesar de lo cual la sentencia no ha dado tampoco explicación alguna del cambio de identificación.

Por tanto, no hay base probatoria alguna para atribuir al recurrente su intervención en las conversaciones identificadas en la sentencia. Los únicos datos incriminatorios que restan son la compra con una **tarjeta** por importe de 571,9 euros y el hallazgo en su domicilio de útiles aptos para el clonado de **tarjetas**.

En relación con la compra hemos comprobado que el documento policial acreditativo de la misma atribuye la acción a "Gamba" y ya hemos declarado que no hay base probatoria suficiente para atribuir al recurrente el **uso** de ese apodo.

Y en cuanto al hallazgo de útiles aptos para la falsificación (trozos de aerofix para plastificar **tarjetas**, plantillas de caracteres transferibles alfanuméricos, libreta con anotaciones de números de **tarjetas**, fecha de caducidad y CVV, y aparato MSR, conocido como "gata" de la marca TYSSO) se da la circunstancia de que en el domicilio en que se ocuparon esos efectos vivían, además del recurrente, su novia (Brigida) y su padre.

En el análisis realizado sobre los efectos intervenidos no se ha identificado ninguna evidencia que acredite que los útiles encontrados fueran de él. A este respecto y a diferencia de otros investigados, los informes periciales sobre las evidencias no aportan dato alguno que permita vincularlas personalmente con el recurrente (folios 1507 y 1509).

Resulta obligado destacar, también, que por auto de 27/02/2018 se sobreseyeron provisionalmente las actuaciones respecto de Brigida (novia del recurrente que también vivía en el mismo domicilio en el que se intervinieron los efectos) porque "si bien en el domicilio que compartían, aparecieron efectos derivados del delito, de las conversaciones telefónicas no que deduce que participara activamente en el delito, sino únicamente que podía saber que su pareja se dedicaba a la actividad delictiva". Es decir, la falta de confirmación de su intervención en las actividades ilícitas se estableció porque las conversaciones telefónicas no permitían establecer esa conclusión, por más que en su domicilio aparecieran útiles para la falsificación, situación idéntica a la del recurrente, una vez excluida su intervención en las conversaciones telefónicas examinadas.

Ante la ausencia de otros elementos de prueba que refuercen el valor indiciario del hallazgo, no puede determinarse con la seguridad necesaria que los útiles hallados en el domicilio del recurrente fueran de él, ni tampoco que fuera la persona que tuviera como función clonar las **tarjetas** y controlar a las pasadoras, función que la policía atribuyó inicialmente a Picon (folios 625 y 646).

La mera tenencia en el domicilio compartido de los útiles a que nos venimos refiriendo, sin otros elementos de prueba adicionales, no es base probatoria suficiente para afirmar más allá de toda duda razonable que el recurrente formara parte del grupo criminal investigado, tuviera como funciones realizar los volcados de datos de las **tarjetas** originales y controlar a las pasadoras o fuera personalmente el poseedor o dueño de los útiles encontrados en su domicilio, aptos para llevar a cabo las **falsedades**.

En consecuencia, procede la estimación del motivo y la libre absolución del recurrente, sin necesidad de dar respuesta a los restantes motivos del recurso.

Recurso de Sergio

3. Supuesta vulneración del derecho de defensa; Libre elección de abogado



En el primer motivo y con apoyo en el artículo 852 de la LECrim se denuncia la vulneración del derecho de defensa en su vertiente del derecho a la libre elección de abogado. Se alega que tal y como consta en el acta grabada del juicio, por discrepancias con la línea de defensa el recurrente renunció a la defensa del anterior Letrado y éste, ante la pérdida de confianza del cliente en él, también renunció, pero el Tribunal sentenciador no tuvo por hecha dicha renuncia (doble, del Letrado y de cliente) aduciendo que el abogado manifestó que estaba preparado para hacer el juicio. Se aduce que sin entrar a valorar la buena o mala fe del Letrado lo cierto es que no era de la confianza del acusado y se debía haber admitido la renuncia para que el acusado se defendiera con un abogado de su libre elección.

No es la primera vez que esta Sala se tiene que enfrentar al problema de analizar si la renuncia del acusado a su Letrado al inicio del acto del juicio y la renuncia adicional del Letrado a la defensa por falta de confianza de su cliente es admisible y si la negativa del tribunal a admitirla puede lesionar el derecho de defensa que, como es bien sabido, es uno de los derechos capitales para la consecución de un juicio justo.

Nuestra doctrina es constante y recientemente ha sido reiterada en la STS 287/2019, de 30 de mayo, en la que se citan dos precedentes que debemos citar.

En la STS 816/2018, de 2 de diciembre, dijo este tribunal que "(...) aceptar con naturalidad que toda petición de cambio de Letrado, sea cual sea el momento en el que aquélla se produce, forma parte del contenido material del derecho de defensa, supondría distanciarnos del verdadero significado constitucional de ese derecho. La capacidad de todo imputado de designar a un Abogado de su confianza no ampara estrategias dilatorias ni actuaciones que sean expresivas de una calculada desidia a la hora de hacer valer el propio derecho de defensa (...)". Esta Sala ha declarado (SSTS 173/2000, 10 de noviembre, 327/2005, 14 de marzo, y por auto 24 de abril de 2003) que la facultad de libre designación implica, a su vez, la de cambiar de Letrado cuando lo estime oportuno el interesado en defensa de sus intereses, si bien tal derecho no es ilimitado pues está modulado, entre otros supuestos, por la obligación legal del Tribunal a rechazar aquellas solicitudes que entrañen abuso de derecho, o fraude de ley procesal según el artículo 11.2 de la Ley Orgánica del Poder Judicial (SSTS 23 de abril de 2000; 23 de diciembre de 1996; 20 de enero de 1995). De ahí la improcedencia, por ejemplo, del cambio de letrado cuando suponga la necesidad de suspender la celebración de la vista y no conste una mínima base razonable que explique los motivos por los que el interesado ha demorado hasta ese momento su decisión de cambio de letrado. Fuera de estos supuestos de ejercicio abusivo del derecho en que se afectan otros valores y derechos como el de un proceso sin dilaciones indebidas, sin una justificación razonable basada en la proscripción de una efectiva y material indefensión, los cambios de letrado están amparados por el ejercicio del derecho a la defensa que incluye el de libre designación del abogado.

En esa misma dirección la STS 486/2008, de 11 de julio, argumentó que "(...) está fuera de duda que el derecho a la libre designación de Letrado constituye uno de los signos que identifican a un sistema procesal respetuoso con los principios constitucionales que definen la noción de un proceso justo. Sin embargo, ese derecho no puede considerarse ilimitado. En el proceso penal convergen intereses jurídicos de muy distinto signo. La necesidad de lograr un equilibrio entre todos esos derechos exige del órgano jurisdiccional ponderar, en función de cada caso concreto, qué grado de sacrificio es aceptable imponer al resto de las partes cuando alguna de ellas introduce una incidencia sorpresiva que puede perturbar el desarrollo ordinario del proceso. Aceptar con naturalidad que toda petición de cambio de Letrado, sea cual sea el momento en el que aquélla se produce, forma parte del contenido material del derecho de defensa, supondría distanciarnos del verdadero significado constitucional de ese derecho. La capacidad del imputado de designar a un Abogado de su confianza no ampara estrategias dilatorias ni actuaciones que sean expresivas de una calculada desidia a la hora de hacer valer el propio derecho de defensa (...)".

En el caso y una vez revisada la grabación del juicio hemos podido constatar que el acusado manifestó la pérdida de confianza en el Letrado porque le había propuesto un acuerdo con la acusación situando la pena en 3 años y medio de prisión, acuerdo que no compartía y que no aceptó, lo que dio lugar a que esa conformidad no tuviera finalmente lugar. El proceder del Letrado en modo alguno comprometió su posterior intervención en el juicio y fue una estrategia defensiva de todo punto admisible para una mejor protección de los derechos de su cliente ante una eventual condena a penas más graves, como finalmente ocurrió. En el juicio de ponderación que debe realizarse conforme a la doctrina que acabamos de exponer la causa invocada para la pérdida de confianza no resulta razonable y no apreciamos lesión alguna del derecho de defensa.

El motivo se desestima

4. Presunción de inocencia: Ilegalidad de las intervenciones telefónicas

4.1 En este motivo se denuncia la ilegalidad de las escuchas telefónicas autorizadas judicialmente en el presente procedimiento. Se alega que la nulidad arranca desde el inicio, ya desde el auto de 12 de febrero de 2012, en el que se puede observar, según la defensa, la precipitación de la policía a la hora de solicitar, y



del juez al conceder, unas intervenciones telefónicas si haber contrastado mínimamente la información que en ese momento manejaban, que además era muy escasa. Solamente tenían una detención de una persona en Alcobendas y unas supuestas compras con unas **tarjetas**, sin haberlas verificado. De ahí se pasa a una supuesta conversación (folio 114) que se atribuye al recurrente (recogiendo el acta partes ilegibles) y se asume la hipótesis de que el NUM030 es suyo. Y con eso se dicta el auto de 23 de febrero de 2015 y se interviene dicho teléfono y otros dos. La nulidad arrastra a los autos de 8 de abril de 2015, 29 de mayo de 2015, 5 de junio de 2015 y 9 de junio de 2015, que acuerdan intervenciones telefónicas o prórrogas de otras ya acordadas anteriormente.

El motivo se extiende en una larga cita de los presupuestos y las garantías de ejecución de las intervenciones telefónicas y, en lo que atañe a este caso, se afirma que los autos judiciales carecen de motivación y que las transcripciones aportadas por la policía para acordar las prórrogas se realizaron in audita parte y sin ninguna garantía, y que tampoco se procedió a la audición de las grabaciones para comprobar su contenido antes de proceder a autorizar las prórrogas.

En el primer fundamento jurídico ya hemos argumentado por qué razones entendemos que tanto la primera intervención telefónica, como las sucesivas y sus prórrogas se autorizaron legalmente. Las distintas decisiones judiciales tenían su justificación en la previa existencia de indicios contrastados objetivamente que justificaban la procedencia, necesidad y proporcionalidad de la injerencia y se adoptaron mediante resoluciones judiciales motivadas, si bien por remisión a los distintos oficios policiales en los que se precisaba con extensión la concurrencia de los presupuestos habilitantes para las autorizaciones interesadas.

Hay sin embargo, dos cuestiones que plantea este recurrente como novedad frente a lo alegado en el anterior recurso. Se aduce que no hubo control judicial en la autorización de las prórrogas, porque la autoridad judicial no procedió a comprobar la exactitud y veracidad de las transcripciones aportadas por la policía para cada solicitud de prórroga, y tampoco procedió a su audición. Por tanto, se sostiene en el escrito impugnatorio que no hubo control judicial alguno. También se alega que las intervenciones no fueron aportadas al proceso en legal forma ya que ni se aportaron las cintas originales ni se procedió a su transcripción.

4.2 En relación con la existencia de control judicial durante la ejecución de las intervenciones conviene recordar la doctrina del Tribunal Constitucional. En la STC167/2002, de 18 de septiembre se indica que "[...] el control judicial de la ejecución de la medida de intervención telefónica se integra en el contenido esencial del derecho ex art. 18.3 CE, en cuanto es preciso para su corrección y proporcionalidad (STC 49/1999, de 5 de abril, FJ 11). Ese control judicial puede resultar ausente o deficiente en caso de falta de fijación temporal de los períodos en que debe darse cuenta al Juez de los resultados de la restricción, así como en caso de su incumplimiento por la policía, e igualmente queda afectada la constitucionalidad de la medida, si por otras razones el Juez que la autorizó no efectúa un seguimiento de las vicisitudes del desarrollo y cese de la intervención telefónica, y si no conoce el resultado obtenido en la investigación [...]" [SSTC 49/1996, de 27 de marzo; 49/1999, de 5 de abril; 166/1999, de 27 de septiembre; 299/2000, de 11 de diciembre; 138/2001, de 18 de junio y 202/2001, de 15 de octubre,].

No ofrece duda, por tanto, que debe existir control judicial, pero como destacamos en nuestra STS 132/2019, de 12 de marzo, ese control está estrechamente relacionado con el primer esfuerzo policial en justificar la primera medida de injerencia. A partir de la inicial intervención, los indicios o datos de la investigación se pueden ir reforzando y alimentando, a través de sucesivos autos ampliatorios, que parten de la primera intervención. No cabe duda de que los autos de prórroga, al igual que el auto inicial deben ser motivados pero la motivación de los autos de prórroga no debe entenderse aisladamente sino en conexión con el primer auto habilitante y con los sucesivos. Y como paso previo de esa autorización motivada se precisa que el Juez conozca el estado de la investigación. Sólo ese conocimiento le permitirá efectuar nuevamente el juicio de proporcionalidad previamente a su decisión. Eso no significa que sea preceptivo que se haya procedido con anterioridad a la audición de todas las cintas relativas a las conversaciones ya grabadas, bastando con que la Policía que solicita la ampliación o mantenimiento de la medida, aporte datos suficientes acerca de lo que la investigación va permitiendo conocer, de modo que su decisión pueda ser suficientemente fundada en atención a tales datos. No es necesario, por tanto, que el juez proceda a la audición de las grabaciones ya que puede tomar conocimiento de ellas a través de las transcripciones que le remita la policía y no es imperativo tampoco que proceda a comprobar si esas transcripciones son o no correctas, porque no se puede partir de una sospecha general sobre la corrección de la actuación policial.

En esa misma dirección el actual artículo 588 bis f) de la LECrim sólo exige para la prórroga de las intervenciones telefónicas y para posibilitar el control judicial "un informe policial detallado y las razones que justifiquen la prórroga", sin perjuicio de que el juez pueda solicitar aclaraciones o mayor información si lo estima oportuno, antes de tomar su decisión.



Por tanto y como conclusión no hubo déficit alguno en el control judicial de la injerencia y las prórrogas se autorizaron previa información de los resultados de las intervenciones autorizadas y de las razones de su necesidad.

4.3 En relación con la segunda cuestión, la incorporación al proceso de las conversaciones intervenidas, es cierto que dada la complejidad de esta diligencia es posible y, ocurre en ocasiones, que no se proceda con plena corrección en la incorporación del resultado de la intervención al juicio y esa Sala ha dicho con reiteración que el quebrantamiento de los requisitos de legalidad ordinaria relativos a la incorporación de contenido de las conversaciones intervenidas no determina la nulidad de la prueba y solo tendrá como alcance el efecto impeditivo de que las cintas alcancen la condición de prueba de cargo, pero por ello mismo, nada obsta que sigan manteniendo el valor de medio de investigación y por tanto de fuente de prueba, que puede completarse con otros medios como la obtención de efectos y útiles relacionados con el delito investigado, pruebas testificales o de otra índole. La doctrina que avala esta posición jurisprudencial es reiterada y nos remitimos una vez más a la STS 82/2017, de 15 de febrero, donde se hace una cita extensa de multitud de precedentes jurisprudenciales.

Como punto de partida para analizar los modos de incorporación de las conversaciones intervenidas resulta imprescindible recordar que el Tribunal Constitucional viene declarando que la aportación de las grabaciones íntegras y disponibilidad efectiva por las partes es un presupuesto necesario para hacer posible los principios de oralidad y contradicción, ya que esa aportación permite que acusados y testigos puedan ser interrogados sobre el contenido de las conversaciones de interés y de muchos otros aspectos siempre problemáticos, sobre interpretación de las expresiones utilizadas, contexto de la conversación, identidad de los interlocutores, etc.

A partir de esta primera exigencia y dependiendo de las peticiones de las partes y del desarrollo del juicio, las conversaciones pueden ser incorporadas mediante su audición directa en el juicio, pero también mediante transcripción, si bien su autenticidad sólo será incontrovertible si han sido debidamente cotejadas bajo la fe del Letrado de la Administración de Justicia (SSTS 538/2001 de 21 de marzo, 650/2000 de 14 de septiembre y más recientemente STS 85/2017, de 15 de febrero). Pueden también ser aportadas como prueba documental, sin previo cotejo si nadie lo ha interesado, en cuyo caso pueden ser introducidas en el juicio mediante lectura o a través de los interrogatorios de los interlocutores o de los agentes que hayan intervenido en la diligencia.

En el caso, la policía aportó al proceso las grabaciones íntegras en formato digital y se procedió a su audición en el acto del juicio por lo que las transcripciones no son sino el reflejo documental de una prueba percibida directamente por el tribunal. Por tanto, es la audición y no las transcripciones la prueba valorada por el tribunal y, en todo caso, tampoco consta que las transcripciones sean inveraces o incorrectas. Ninguna alegación se ha hecho al respecto y no hay evidencia alguna de que la labor policial a la hora de reflejar documental el contenido de las conversaciones haya sido incorrecta.

El motivo, en consecuencia, se desestima.

5. Presunción de inocencia: Análisis de la suficiencia de la prueba de cargo

En el tercer y último motivo de este recurso se vuelve a reprochar a la sentencia la vulneración del principio de presunción de inocencia, esta vez en su vertiente de insuficiencia de la prueba de cargo. Transcribimos a continuación los pasajes más relevantes del motivo en los que se expresa la discrepancia sobre la valoración de la prueba. Dice el recurso:

"(...) No ha habido suficiente prueba de cargo puesto que la que se ha practicado en el juicio no es suficiente para enervar la presunción de inocencia. Así, por ejemplo, en el registro que se practicó en el domicilio de mi cliente, y sin perjuicio de las nulidades que se han denunciado en el motivo segundo de este recurso de casación, no se encontró absolutamente nada que pudiera vincular a mí cliente con los hechos objetos de acusación. No se encontró dinero, no se encontraron anotaciones con numeraciones de **tarjetas**, no se encontraron ordenadores, no se encontraron impresoras, no se encontraron lectores de **tarjetas**, no se encontraron **tarjetas** de residencia o carnet de identidad falsos. No se encontró absolutamente nada.

Tampoco puede entenderse que los seguimientos que obran en la causa y como declararon los policías en el plenario, aporten absolutamente nada a la posible culpabilidad de Sergio en ningún hecho delictivo. En ninguno de esos seguimientos se puede determinar que mi cliente utilizara ninguna **tarjeta** con los datos modificados, que se la entregará a ninguno de los otros acusados. Tampoco se contó con el testimonio de alguno de los encargados o empleados de los establecimientos comerciales en los que supuestamente se utilizaron las **tarjetas**, lo cual podría haber acreditado la participación de mi cliente en los hechos y además habría probado la realidad de las transacciones comerciales, si es que existieron.

Las conversaciones telefónicas que se oyeron en el juicio tampoco prueban la culpabilidad de Sergio, sin perjuicio de la anualidad denunciada de dichas escuchas en el motivo primero de este recurso de casación.



Las que se atribuyen a mí cliente son ciertamente difíciles de entender, los interlocutores en esas escuchas no hablan con claridad, no se les entiende. A modo de ejemplo, las conversaciones 195, 204 y 811. Y de lo poco que se entienden las demás no se concluye la comisión de ningún delito por parte de Sergio (...)"

5.2 Se cuestiona la suficiencia de la prueba de cargo. En el fundamento jurídico segundo de la sentencia impugnada se contiene la valoración probatoria que ha dado lugar a la declaración de responsabilidad penal del recurrente. Las pruebas tomadas en consideración por el tribunal de instancia han sido las siguientes:

- a) Relación existente entre Adelina, de quien se comprobó que había realizado 33 compras de teléfonos de alta gama con **tarjetas de crédito** falsificadas en un espacio de dos meses, con el recurrente (folios 1 a 107).
- b) Conversaciones intervenidas que acreditan que Adelina por indicación del recurrente compró un Ipad en Puerta del Sol y realizó un intento de compra en el Corte Inglés, todo ello el día 27/02/2015 y también llevó a cabo un intento de compra de un video en Appel Xanadú el 09/03/2015 (folios 134, 141, 154).
- c) Falsificación y utilización fraudulenta de **tarjetas de crédito** emitidas por la entidad bancaria YAPI VE KREDI BANKASI A.S. de Turquía, para alquiler de vehículos a la empresa ENTERPRISE ATESA en 9 ocasiones (folios 277 y siguientes y 371 y siguientes).
- d) Conversaciones telefónicas en los días 26 y 27 de febrero de 2015 en las que de modo recurrente y en lenguaje críptico se mantienen comunicaciones con los otros miembros del grupo y se habla de las distintas gestiones que habían de hacerse para el volcado de datos, confección y utilización posterior de las **tarjetas de crédito** falsificadas. Por más que el lenguaje sea cifrado, las conversaciones permiten inferir sin margen de duda, el contexto y contenido de lo que se habla.
- e) Como consecuencia de estas conversaciones en las que interviene el recurrente se consiguió identificar compras con **tarjetas** falsificadas. En concreto, la sentencia refiere las siguientes operaciones a) 4 compras efectuadas con **tarjetas** del establecimiento SOL AUT por Loreto ; B) 37 compras con **tarjetas** REDSYS y CECABANK por Adelina en distintos establecimientos de distintas localidades de Madrid (Media Mark, Superc Express, Los Reyes Video, El Corte Inglés e Hipercor).
- f) Declaraciones policiales de los agentes encargados de la investigación que ratificaron el contenido de las diligencias de investigación llevadas a cabo por la policía.
- g) Informes periciales de documentoscopia e informática forense, ratificados en el acto del juicio, acreditativos de las **falsedades** y **uso** de los documentos falsificados.
- h) Ocupación en su domicilio de una **tarjeta** falsificada de la entidad EVO
- i) Relación del recurrente con los ocupantes del domicilio en el que se aprehendieron los útiles para el clonado y confección de las **tarjetas** falsificadas como consecuencia de la entrada y registro autorizada judicialmente, según se deriva del contenido explícito de algunas conversaciones.

Frente a lo que se señala en el recurso, las pruebas aportadas por la acusación son de contenido netamente incriminatorio y evidencian el papel central del recurrente en el grupo criminal investigado. La valoración conjunta de todas las pruebas enunciadas pone de manifiesto la relación del recurrente con los restantes acusados, la dedicación permanente a la actividad ilícita, el conocimiento e intervención en las gestiones para las distintas compras que se iban realizando, la relación con la persona que se dedicaba al clonado y preparación de las **tarjetas** falsificadas, la realización de múltiples operaciones y la utilización también de numerosas **tarjetas** falsificadas.

La invocación de la presunción de inocencia permite suplantar la valoración realizada por el Tribunal sentenciador, a partir de pruebas apreciadas de manera directa, como las declaraciones testimoniales o peritos, ni realizar un nuevo análisis crítico del conjunto de la prueba practicada para sustituir la valoración del Tribunal sentenciador por la del recurrente o por la de esta Sala. Lo que debemos examinar es si la valoración del Tribunal sentenciador se ha producido a partir de unas pruebas de cargo constitucionalmente obtenidas y legalmente practicadas, y si dicha valoración es homologable por su propia lógica y razonabilidad, y en este caso el tribunal de instancia ha contado con prueba suficiente, válida y valorada con arreglo a criterios de razonabilidad y sentido común a los que ninguna tacha cabe hacer.

El motivo se desestima.

6. Costas procesales

De conformidad con el artículo 901 de la LECrim procede condenar en costas al recurrente cuyas pretensiones han sido desestimadas y declarar de oficio las costas del recurrente cuyo recurso ha sido acogido favorablemente.



FALLO

Por todo lo expuesto, en nombre del Gamba y por la autoridad que le confiere la Constitución, esta sala ha decidido

1º. **ESTIMAR** el recurso de casación interpuesto por la representación procesal de Oscar y **DESESTIMAR** el recurso de casación interpuesto por la representación procesal de Sergio , contra la sentencia número 24/2020, de 17 de diciembre de 2020, dictada por la Sección Segunda de la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional, anulando y casando dicha sentencia, que será sustituida por otra más conforme a derecho.

2º. **CONDENAR** en las costas derivadas de su recurso al recurrente cuyas pretensiones han sido desestimadas y **DECLARAR** de oficio las costas procesales causadas derivadas del recurso que ha sido plenamente estimado.

Notifíquese esta resolución a las partes haciéndoles saber que contra la misma no se podrá interponer recurso alguno e insértese en la colección legislativa.

Así se acuerda y firma.

Andrés Martínez Arrieta Andrés Palomo Del Arco

Ana María Ferrer García

Eduardo de Porres Ortiz de Urbina Javier Hernández García

RECURSO CASACION (P) núm.: 10217/2021 P

Ponente: Excmo. Sr. D. Eduardo de Porres Ortiz de Urbina

Letrada de la Administración de Justicia: Ilma. Sra. Dña. Sonsoles de la Cuesta y de Quero

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Penal

Segunda Sentencia

Excmos. Sres. y Excmo. Sra.

D. Andrés Martínez Arrieta

D. Andrés Palomo Del Arco

Dª. Ana María Ferrer García

D. Eduardo de Porres Ortiz de Urbina

D. Javier Hernández García

En Madrid, a 19 de julio de 2021.

Esta Sala ha visto la causa 10217/2021, seguida por la Sección Segunda de la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional, dimanante del Procedimiento Abreviado 10/2018, instruido por el Juzgado de Instrucción Central de Instrucción número 3 de los de la Audiencia Nacional, por un delito de falsificación de **tarjetas de crédito** y débito del, en concurso ideal medial de delito de estafa continuado de los artículos, acusados Sergio , alias Gallina ", con NIE: NUM000 , nacido el día NUM001 /1981 en El Mercado (República Dominicana) y Oscar , alias " Gamba ' , con DNI NUM002 , nacido el NUM003 /1985, en Santo Domingo (República Dominicana) en la que se dictó sentencia por la mencionada Audiencia el 17/11/2020, que ha sido recurrida en casación, y ha sido casada y anulada parcialmente por la sentencia dictada en el día de la fecha por esta Sala Segunda del Tribunal Supremo, integrada como se expresa.

Ha sido ponente el Excmo. Sr. D. Eduardo de Porres Ortiz de Urbina.

ANTECEDENTES DE HECHO

1. Se aceptan y se dan por reproducidos los Antecedentes de Hecho y Hechos Probados de la sentencia de instancia, que no fueren incompatibles con los de la sentencia rescindente y con esta segunda.

FUNDAMENTOS DE DERECHO



1. De conformidad con lo argumentado en la sentencia de casación, procede la libre absolución del acusado Oscar , por no existir prueba de cargo suficiente que acredite su participación en los hechos objeto de acusación, según lo razonado en el fundamento jurídico segundo de la sentencia de casación y procede confirmar los restantes pronunciamientos de la sentencia impugnada.

FALLO

Por todo lo expuesto, en nombre del Gamba y por la autoridad que le confiere la Constitución, esta sala ha decidido

1. ABSOLVEMOS a Oscar de los hechos por los que ha sido acusado y de las responsabilidades civiles a cuyo pago fue condenado en la sentencia impugnada, declarando de oficio 1/5 parte de las costas procesales de primera instancia.

2. Se mantienen los restantes pronunciamientos de la sentencia de primera instancia.

Notifíquese esta resolución a las partes haciéndoles saber que contra la misma no se podrá interponer recurso alguno e insértese en la colección legislativa.

Así se acuerda y firma.

Andrés Martínez Arrieta Andrés Palomo Del Arco

Ana María Ferrer García

Eduardo de Porres Ortiz de Urbina Javier Hernández García