



DOCUMENTO ANALIZADO

Consulta n.º 2/1988, de 3 de noviembre, *sobre la tipicidad del apoderamiento de tarjetas de crédito y su posterior utilización para obtener dinero en los cajeros bancarios automáticos.*

1. NORMAS INTERPRETADAS POR LA INSTRUCCIÓN

Arts. 504, 4.º y 528 (1973) aprobados por el Decreto 3096/1973, de 14 de septiembre, por el que se publica el texto refundido del Código Penal.

2. AFECTADO POR:

2.1 LEGISLACIÓN: Art. 248.2 c), introducido mediante reforma de operada mediante L.O. 5/2010, de 22 de junio.

2.2 JURISPRUDENCIA:

2.3 DOCTRINA FG:

3. EXPLICACIÓN DE LA AFECTACIÓN

El objeto de esta consulta fue el tratamiento jurídico-penal de la extracción de dinero de cajeros automáticos a través de la utilización de tarjetas ajenas obtenidas mediante sustracción y uso indebido del pin. Se entendió que era constitutivo de robo con fuerza, así fue también entendido por la jurisprudencia y por el Código Penal de 1995 que mantuvo, hasta la reforma de 22 de junio de 2010, la consideración como llave falsa a las tarjetas magnéticas, equiparando la tarjeta a la llave, dando a ésta un concepto funcional y no meramente semántico o literal (SSTS. 21.3.88, 6.3.89, 27.2.90, 21.9.90, 21.11.91, 8.5.92, 21.4.93 y 25.4.96) y teniendo en cuenta los artículos 238 y 239, que consideraban la tarjeta magnética como llave y además reputaban como fuerza en las cosas el descubrimiento de la clave de los objetos muebles cerrados para sustraer su contenido, el uso de tarjetas encajaba con mayor claridad en el robo con fuerza en las cosas. Tesis que fue respaldada por las SSTS 427/99 de 16 de marzo, 669/99 de 24 de abril, 257/2000 de 18 de febrero, 2016/2000 de 28 de diciembre, 1313/2001 de 25 de junio y 35/2004, de 22 de enero.

Sin embargo, desde la citada reforma operada por LO 5/2010, de 22 de junio esta conducta queda incardinada en la figura de la estafa informática del art. 248.2 c), y ha sido consecuencia de la evolución jurisprudencial. Así, la STS de 24 de febrero de 2006 vino a sostener que el uso abusivo de una tarjeta que permite operar en un cajero automático puede ser subsumido en dicho precepto, dado que tal uso abusivo por quien no es su titular constituye

"un artificio semejante" a una maquinación informática, pues permite lograr un funcionamiento del aparato informático contrario al fin de sus programadores. Tras ello, la STS de 9 de mayo de 2007 vino a concluir que la identificación a través del número secreto genera una presunción de uso del sistema por parte de su titular, y por ello, debe incluirse como una modalidad de manipulación informática, a los efectos de aplicar el art. 248.2 el mero hecho de utilizar el número secreto de otro para identificarse ante el sistema, aunque incluso dicho número hubiese sido obtenido al margen de cualquier actividad delictiva. En definitiva, identificarse ante el sistema informático mendazmente, introducir datos en el sistema que no se corresponden con la realidad, ha de ser considerado bajo la conducta de manipulación informática o que se refiere el tipo de la estafa del art. 248.2 CP

En la Exposición de Motivos de la LO 5/2010 se expresa que "entre las estafas descritas en el art. 248 del CP, cuyo catálogo en su momento ya se había acrecentado con los fraudes informáticos, ha sido preciso incorporar la cada vez más extendida modalidad consistente en defraudar utilizando las tarjetas ajenas o los datos obrantes en ellas, realizando con ello operaciones de cualquier clase de perjuicio de su titular o de un tercero", tipificándose tal conducta como un delito de estafa a través del nuevo art. 248.2 c) introducido por dicha reforma.

En conclusión, la Consulta n.º 2/88, de 3 de noviembre, *sobre la tipicidad del apoderamiento de tarjetas de crédito y su posterior utilización para obtener dinero en los cajeros bancarios automáticos* ha perdido su vigencia.

FICHA ELABORADA POR LA SECRETARÍA TÉCNICA DE LA FGE

TEXTO DE LA CONSULTA ANALIZADA

Consulta n.º 2/1988, de 3 de noviembre, sobre la *tipicidad del apoderamiento de tarjetas de crédito y su posterior utilización para obtener dinero en los cajeros bancarios automáticos.*

I

El hecho concreto sometido a Consulta es el siguiente:

Una persona encontró en la calle una cartera que contenía, entre otras cosas, dinero, en cantidad que no se ha precisado, del que se apropió en su exclusivo beneficio, y una tarjeta de crédito "Telebanco" con su correspondiente número secreto. El imputado utilizó en repetidas ocasiones la tarjeta hallada y el número de su clave, obteniendo de esta manera más de un millón de pesetas, hasta que la Policía, por haber denunciado el extravío su titular, le sorprendió cuando intentaba una nueva extracción de dinero.

Las manipulaciones precisas para conseguir el dinero son éstas: se introduce la tarjeta de crédito en la ranura de máquinas o cajeros automáticos instalados en la vía pública y pulsando seguidamente el número-clave el cajero saca por otra ranura la cantidad de dinero que se pide. Las referidas máquinas están colocadas en una especie de homacina y cerradas con un cristal irrompible, de modo que nadie puede pulsar los botones o teclas para marcar el número de la clave y pedir dinero, sin que antes se abra esa persianilla o puerta de cristal imprescindible para introducir la tarjeta.

El Fiscal encargado de la causa planteó en Junta de Fiscalía las dudas que le ofrecía la tipicidad del hecho de

conseguir dinero de cajeros automáticos por persona que ha sustraído a su titular la tarjeta de crédito y el número de la combinación. Su alternativa la centró en si los hechos constituían delito de estafa o de robo con fuerza, siempre, claro es, en cuanto a las extracciones de dinero del cajero automático, ya que por el hallazgo de la cartera y apoderamiento de su contenido, era evidente la apropiación indebida del artículo 535, párrafo segundo, del Código Penal.

Estos criterios mantenidos también en el seno de la Junta de Fiscales, el del robo con fuerza en las cosas —éste minoritario- y el de la estafa, contaron con los siguientes argumentos:

1. La tesis del robo con fuerza emplea dos razonamientos.

a) En primer lugar se niega la existencia en los hechos dados del engaño, pues al ser éste persuasión que se hace a otro mediante ardides, debe siempre operar de hombre a hombre por medio de palabras o maquinaciones insidiosas; esto se obtiene de la propia dicción del artículo 528 del Código Penal, al expresar que «cometen estafa los que con ánimo de lucro utilizan engaño bastante para producir error *en otro*, induciéndole a realizar un acto de disposición». De aquí se desprende que en la estafa el sujeto pasivo de la acción participa en la dinámica comisiva de modo necesario; opera, pues, la voluntad del titular del bien jurídico o de su administrador de forma real, aunque viciada por el engaño, con lo que la víctima se convierte en colaborador necesario, si bien involuntario, del acto. La jurisprudencia del Tribunal Supremo aún no ha tratado la cuestión. Si la del apoderamiento de tarjetas de crédito para el pago de compras efectuadas, que, lógicamente, se considera estafa (Sentencias de 8-5- 1985 y 25-6-1985) porque, en esta hipótesis, el que da lugar al acto dispositivo en perjuicio del titular es siempre una persona: el empleado de la empresa comercial que toma los datos y cree, viciado por el engaño, que quien le muestra la tarjeta es el titular.

b) En segundo término, se afirma que al no ser posible construir el engaño al modo como previene el artículo 528 del Código Penal, la única solución es acudir, en casos como el expuesto, al delito de robo con fuerza en las cosas del artículo 504, 4.º; viene a decirse que si ésta es la tipificación ajustada cuando alguien con la llave de una caja de caudales llegada a él por alguno de los medios señalados en el artículo 510, la abre tras manipular en la combinación con los números adecuados que ha podido averiguar, el caso no puede ser distinto al aquí debatido, en el que actúa la tarjeta como llave falsa y la máquina o cajero como mueble cerrado. Esto es así, a mayor abundamiento, porque los cajeros referidos en este caso concreto están cerrados con un cristal irrompible. Se consigue pues abrir la puerta de un espacio cerrado, utilizándose la tarjeta a modo de llave.

2. Al considerar la interpretación que conduce al robo con fuerza en las cosas como muy retorcida, otros entendieron que los hechos debían calificarse como estafa, porque aunque los datos se proporcionan a una máquina, ésta opera como está programada, y por ello usando los datos adecuados la persona que no está habilitada para hacerlo engaña a quien programó la máquina.

II

La utilización de tarjetas de crédito es un hecho sociológico que está adquiriendo en la sociedad actual extraordinarias dimensiones, pero sin que tenga un marco expreso en el ordenamiento jurídico penal el uso

indebido de las mismas por terceros. Unas veces se emplean como medio de pago de las mercaderías adquiridas o de los servicios prestados, casos en los que la doctrina jurisprudencial ha considerado el uso de las mismas, por quien no es titular como constitutivos de delitos de estafa. Otras veces -y es el tema que propiamente interesa a efectos de la Consulta- se utilizan como medio directo para la obtención de dinero a través de los cajeros automáticos bancarios. Si quien utiliza con estos fines la tarjeta de crédito lo hace ilegítimamente por ser efecto su tenencia irregular de la comisión de algún delito contra la propiedad, surge para el intérprete la cuestión de la exacta tipicidad de estas conductas, ajenas por supuesto en su estricta estructura interna a las clásicas figuras del delito reguladoras de las infracciones patrimoniales. Como tampoco se cuenta con el eventual apoyo de la jurisprudencia del Tribunal Supremo está justificada tanto la duda suscitada en la Fiscalía, de la que forman parte muy destacados funcionarios, como la formulación de la Consulta.

1. El primer tema que puede cuestionarse es el de si objeto material de la acción es tanto el que recae sobre el dinero obtenido merced a la utilización de la tarjeta de crédito, como el que incide sobre el acto previo de sustracción de la tarjeta y otros efectos; o si, por el contrario, en un orden jurídico, ha de valorarse exclusivamente una acción, aunque materialmente exista la doble conducta ilícita de apropiarse de la tarjeta y después utilizarla para obtener dinero.

Puede pensarse que el apoderamiento de la tarjeta de crédito y su posterior utilización lucrativa es objeto de un único delito. Es evidente, se dice por los partidarios de esta tesis, que la finalidad de quienes de modo principal o accesorio

se apoderan de tarjetas de crédito es hacer suyo el dinero que la entidad crediticia tiene a disposición del titular de la tarjeta; de ahí el que se considere como cuantía del delito no sólo el valor de la tarjeta y efectos sino la cantidad susceptible en abstracto de apropiación posterior con la tarjeta. Esto sería así porque la consumación se produce cuando el sujeto se apodera y tiene a su disposición la tarjeta de crédito, sin que sea necesario que llegue a su efectiva utilización haciendo suyos los fondos disponibles, pues si así sucediera se trataría de un acto de agotamiento del delito ya consumado y no punible independientemente del anterior.

Pero en supuestos análogos al presente, como son los apoderamientos de tarjetas de crédito para la adquisición de bienes al que ha seguido su utilización, el Tribunal Supremo (sentencias 19-12-1978 y 8-6-1(83)) ha aceptado la existencia de varias acciones autónomas configurando como hurto la sustracción de la tarjeta perdida (ahora, apropiación in debida), falsedad la perpetrada en los talones de compra fingiendo la firma del titular, y estafa al fingirse un crédito del que carecía al no ser propietario de la tarjeta.

2. Por ello aceptando, como se dice en la Consulta, que el acto previo del hallazgo y apropiación de la cartera, la tarjeta y el dinero perdidos, se armoniza con la apropiación indebida del párrafo segundo del artículo 535, ahora nos interesa la calificación jurídica del hecho material de introducir en el cajero automático la tarjeta de crédito y pulsar el número secreto, con lo que se obtuvo el dinero deseado. Descartado que se trate de un acto de agotamiento de la conducta de sustracción de la tarjeta de crédito y aceptando que nos hallamos ante un hecho antijurídico autónomo, su tipicidad puede situarse, en la línea expuesta en la Consulta, bien en la estafa o en el robo con fuerza en las cosas. Ambos supuestos son problemáticos.

a) En contra de configurar como estafa hechos análogos al que forma el núcleo de la Consulta, puede argumentarse que no es el cajero automático sobre el que se manipula -sino el ordenador central- el que da las instrucciones de pago y entrega, y tanto el error como el engaño previo parecen previstos para actuar directa e inmediatamente y de modo especial sobre personas, no sobre ordenadores. Técnicamente en estos casos no hay engaño, pues este elemento esencial de la estafa en el texto del artículo 528 supone una relación de persona a persona. Pero lo cierto es que se ha transmitido por un no titular una orden de pago, asumiendo una personalidad que no es propia, primero al cajero automático y después al ordenador, consiguiendo una indebida disposición patrimonial por error. En la práctica nos hallamos ante el mismo resultado que si el engaño se hubiera proyectado sobre personas y no sobre máquinas. La actividad desarrollada ha servido como instrumento para engañar mediatamente a la entidad financiera y para perjudicar a ésta o al titular de la cuenta, según los casos.

b) Latente está, pues, la duda sobre la extensión del radio de la estafa a conductas semejantes a los hechos. No es tampoco fácil construir la tipicidad del robo con fuerza, pero al menos cuenta con una mayor aproximación que la estafa a las respectivas figuras en que han tratado de encuadrarse. En efecto, el hecho dado es más difícil inscribirlo en el artículo 528 que en el artículo 504, 4.º y concordantes, y ello aún partiendo de la interpretación estricta que debe darse siempre a las diversas modalidades del robo con fuerza que aquella norma prevé. Pero no debemos olvidar en el comportamiento con posibilidades de subsumirse teóricamente en la estafa o el robo con fuerza, un dato concreto que se nos ha proporcionado y que conduce directamente a acoger la tesis de que los hechos dados han de integrarse en un delito de robo: que los cajeros referidos en la Consulta están colocados en unas especies de homacinas y cerrados con un cristal irrompible, con lo que es acto previo al hecho de marcar el número de la clave y pedir dinero, el de abrir la puerta de un espacio cerrado para lo cual es imprescindible introducir la tarjeta de crédito a modo de llave. Pero ¿estas tarjetas son realmente llaves?

En un sentido rigurosamente literal, las tarjetas de crédito con banda magnética no son *llaves*, y si no son tales es imposible que encajen en el concepto de *llaves falsas*. Mas tampoco debe olvidarse que el concepto de llave es funcional en cuanto ha de servir y usarse para abrir algo cerrado. Y esto es lo que ocurre con las tarjetas con banda magnética, que pueden servir para abrir puertas de garajes o de establecimientos bancarios dando acceso al local en que se halla el cajero automático, sirviendo en estos casos la tarjeta tanto para abrir la puerta como para operar en el cajero; también se está imponiendo cada día en nuestra sociedad el uso de tarjetas magnéticas o perforadas que se entregan a los clientes de establecimientos hoteleros y que se destinan a abrir las puertas de sus habitaciones en sustitución de las antiguas llaves, tarjetas cuyas bandas o taladros son cambiadas por el hotel cada día; igualmente en los modernos modelos de automóviles se usan para abrir sus cerraduras cada día con mayor frecuencia, mandos de apertura desde el exterior accionados con pilas, iguales a los que se utilizan también para abrir las puertas de los garajes.

Las tarjetas de crédito no son materialmente llaves – esto es obvio- pero cumplen funciones privativas de una llave al ser el único medio de apertura de algo que se halla cerrado - como es el cajero automático- y obtener dinero. Y serían falsas sin duda por tratarse de instrumentos legítimos para la apertura sustraídos a su titular. En apoyo de que debe considerarse funcionalmente llave la tarjeta de crédito, se encuentra una expresión del

artículo 504. 4.º, en cuanto equipara a las llaves “otros instrumentos semejantes”. Recientemente el Tribunal Supremo ha tenido ocasión de interpretar esta frase. La sentencia de 5-11-1987 analizó si encajaba en el artículo 504. 4.º el hecho probado declarativo de que el procesado abrió la puerta de la vivienda donde cometió la sustracción empleando «algún mecanismo que no ha sido determinado». Y ha establecido que la expresión del artículo 504. 4.º «u otro instrumento semejante» siendo seguramente criticable desde el punto de vista del principio de legalidad criminal, ha sido interpretado por la doctrina de esta Sala en el sentido de que el empleo de cualquier instrumento distinto de la llave legítima que resulte ser idóneo para abrir una puerta cerrada, se constituye en medio de fuerza que convierte en delito de robo la sustracción de cosa mueble ajena, lo que quiere decir que la semejanza exigible entre las llaves falsas y «cualquier otro instrumento» es de índole meramente funcional y no morfológico.

Basta con que el instrumento en cuestión sirva en la práctica para accionar el mecanismo de cierre de una puerta y dejar abierta y expedita la que previamente estaba cerrada, para que el mismo deba ser considerado a efectos jurídico-penales, semejante a una llave falsa.

No se aparta de esta tesis otra sentencia, ésta de 24 de noviembre de 1987. Expresaba el relato fáctico que el procesado verificó la apropiación del vehículo «mediante la utilización de instrumento que no consta, mas sin producir daños», y se cuestionaba en el recurso si faltaba la constancia de la fuerza típica prevista por el artículo 504. 4.º. El recurso se desestima aunque ostente una relevancia inicial que exige precisiones, pues es evidente, se dice, que el principio de legalidad, del que la tipicidad penal es concreción técnica y de garantía, impondría, en principio, la descripción concreta de la llave falsa que como fuerza típica describe el artículo 504. 4.º. No obstante, tal descripción típica no se agota en dicho precepto, sino que necesariamente ha de complementarse con la norma contenida en el artículo 510; la amplitud de los tres números de este precepto ha venido propiciando una jurisprudencia flexible, basada sobre todo en su número 3.º, y en la que destaca no tanto la concreta fijación del instrumento comisivo cuanto la precisión de la constancia de dos notas: que la cosa-continente se hallara cerrada por su propietario, y que se procedió a su apertura por medio diferente al normal utilizable para abrirla (llave legítima no sustraída a su propietario), pues con ello se ha quebrantado el reparo u obstáculo puesto por el propietario para evitar o dificultar la sustracción.

Resuelta la dificultad de equiparar funcionalmente llave y tarjeta de crédito, hallamos otra, y es que la tarjeta magnética por sí sola es inhábil para la apertura y obtención del dinero. Aunque sin ella no son posibles operaciones de extracción, precisa objetivamente de algo más. Contribuye, y de modo imprescindible, a la apertura y obtención del dinero, 1ª pulsación en el teclado del cajero del número secreto asignado exclusivamente a cada titular de tarjeta. Sólo con la utilización conjunta de la tarjeta y la pulsación del número exacto, se consigue el acceso total al cajero, en cuanto ambos son parte integrante del instrumento necesario para la apertura. Aisladamente son ineficaces. Sin embargo, tampoco la imprescindibilidad de la pulsación del número secreto nos separa del concepto funcional de llave, porque si la sola introducción de la llave en sentido propio en una cerradura no produce la apertura del objeto cerrado sino que después hay que realizar ciertas manipulaciones o movimientos, el hecho de que a la introducción de la tarjeta haya de seguir la pulsación del número no desvirtúa para ella el carácter de llave.

