

DESCUBRIMIENTO DE SECRETOS PARA COMETER UNA ESTAFA

ÁNGEL MUÑOZ MARÍN
Fiscal

Palabras clave: descubrimiento de secretos, delitos contra el patrimonio, excusa absolutoria, estafa.

Antonio y David son hermanos, y ambos viven en el mismo domicilio desde hace varios años. David atraviesa por dificultades económicas, por lo que teniendo conocimiento de que su hermano acababa de abrir una cuenta corriente en el banco «xxx» y que se encontraba próximo a recibir mediante carta el número secreto de acceso a su cuenta bancaria, a fin de poder acceder y realizar operaciones bancarias con la misma, procede a recoger del buzón la citada carta. Una vez en poder de la carta, se dispone a abrir la misma y a copiar el número secreto, volviendo a cerrar cuidadosamente el sobre de forma que Antonio no sospeche nada. En poder del número secreto, durante el mes de noviembre de 2009 realiza diversas transferencias bancarias desde la cuenta de su hermano a una suya que se encuentra en la misma sucursal bancaria. En total realiza tres transferencias por un importe cada una de 600 euros. En el mes de enero de 2010, Antonio, al revisar su extracto bancario, descubre la falta de los 1.800 euros de su cuenta.

CUESTIONES PLANTEADAS:

Delitos cometidos por David.

SOLUCIÓN

La acción desplegada por David, aun cuando tiene como fin último el apoderarse de una determinada cantidad de dinero, va a atacar, al menos, a dos bienes jurídicos diferentes. Por un lado, la acción de apoderarse de la clave bancaria de su hermano, mediante la apertura de una carta que va a su nombre, ataca al bien jurídico de la intimidad de las personas, mientras que, por otro lado, el acto mismo de la disposición patrimonial afectará al orden socioeconómico. Dos son pues las conductas delictivas que apreciamos en la acción de David.

En primer lugar, el fin último de David, como ya hemos anunciado, va a ser el acceder a la cuenta bancaria de su hermano, con la finalidad de disponer de parte del dinero del mismo, en beneficio propio; pero para poder conseguir tal fin, David debe conseguir el número que le dé acceso a la cuenta bancaria de su hermano, por lo que la forma de conseguir dicha clave va, en este caso, a atacar a otro bien jurídico protegido. Establece el **artículo 197.1 del Código Penal** que «el que para descubrir los secretos o vulnerar la intimidad de otro, sin su consentimiento, se apodere de sus papeles, cartas, mensajes de correo electrónico o cualesquiera otros documentos o efectos personales, intercepte sus telecomunicaciones o utilice artificios técnicos de escucha, transmisión, grabación o reproducción del sonido o de la imagen, o de cualquier otra señal de comunicación será castigado con las penas de prisión de uno a cuatro años y multa de doce a veinticuatro meses». Como ya hemos apuntado, el bien jurídico tutelado por el precepto es la intimidad de las personas, y hunde sus raíces en lo establecido en el **artículo 18.1 de la Constitución**. Respecto a lo que debe entenderse por «secreto», la praxis judicial lo ha venido entendiendo como aquello que el sujeto activo del delito no conoce, o cree no conocer, y que el sujeto pasivo no quiere que se conozca. Por tanto, para que el delito definido en el artículo 197.1 del Código Penal se realice, el sujeto activo debe querer apoderarse de alguna información que no conoce del sujeto pasivo, información que éste quiere que permanezca fuera del alcance de aquél. Por tanto, el sujeto activo puede ser cualquier persona, y ello con independencia de los vínculos familiares que existan entre sujeto activo o pasivo. Los tribunales han manifestado de forma reiterada que, aun en los casos de estrechos lazos familiares, la esfera de intimidad de uno de sus miembros debe quedar protegida de las ilícitas intromisiones de otro de los miembros, cuando no tiene el consentimiento. Por último, resaltar, aun cuando no va a tener trascendencia en la resolución del supuesto planteado, que el delito de revelación de secretos es considerado como un delito de intención mutilado en dos actos, de tal forma que su consumación se produce desde el momento en que el sujeto activo accede a los datos secretos, sin que sea necesario que se produzca el real y efectivo descubrimiento del secreto buscado.

Aplicando estos conceptos al caso que nos ocupa, nos encontramos con que David se apodera de una carta dirigida por el banco a su hermano, en la que se contiene el número de acceso secreto a su cuenta bancaria. Es obvio que ese número o clave de acceso bancaria tiene la consideración de «secreto» en los términos que hemos expuesto anteriormente. Se trata, sin duda, de un dato que Antonio quiere que permanezca oculto al resto de personas, por las implicaciones que el conocimiento del mismo pudiera tener. El acto mismo de apertura de la carta, de acceso a la clave, de la toma de conocimiento de la misma, sin duda, perfecciona el delito descrito. Lo que hiciera o vaya a hacer

David con dicha clave no va a incidir en esta consumación, sino que, posteriormente y dependiendo del uso que haga de la misma, podrá dar lugar a la aplicación del párrafo tercero del artículo 197, o bien a la comisión de otro ilícito. Finalmente, como ya hemos apuntado, la circunstancia de que David sea el hermano de Antonio, y que convivan en el mismo domicilio, en nada va a incidir respecto a la responsabilidad.

Se podría alegar que la finalidad última de David va a ser el posterior acceso a la cuenta bancaria de su hermano y que, por tanto, faltaría el dolo que conlleva el tipo descrito en el artículo 197 del Código Penal. Dicha alegación no puede tener sustento jurídico. David, en todo momento, ha tenido conocimiento de que para su fin último de acceder a la cuenta de su hermano va a tener que apoderarse de la clave de acceso a la misma y, por ello, aun bajo el paraguas del dolo indirecto o de segundo grado, es palmario que la intención de David ha sido en todo momento el acceder a la clave bancaria de su hermano.

La segunda acción realizada por David, una vez que conoce la clave de acceso a la cuenta bancaria de su hermano, es la de acceder en tres ocasiones a la cuenta corriente de éste y realizar tres extracciones bancarias por importe cada una de ella de 600 euros. La conducta que acabamos de describir parece tener encaje en lo establecido en el **artículo 248.2 del Código Penal** que señala, «también se consideran reos de estafa los que, con ánimo de lucro, y valiéndose de alguna manipulación informática o artificio semejante, consigan la transferencia no consentida de cualquier activo patrimonial en perjuicio de tercero». Analizando los requisitos descritos por el tipo observamos los siguientes:

- **Ánimo de lucro:** el ánimo (valga la redundancia) que guía a David es el apoderamiento de cierta cantidad de dinero, con lo que la existencia del mismo es clara.
- **Utilizando alguna manipulación informática o artificio semejante:** habrá que decidir si el hecho de introducirse en el programa informático del banco utilizando una clave obtenida por un medio ilícito, y para la cual no está autorizado, dando las oportunas órdenes para que el referido programa informático realice una transferencia no consentida de un activo patrimonial, tiene la consideración de «manipulación informática o artificio semejante».
- **Que se consiga la transferencia no consentida de cualquier activo patrimonial en perjuicio de tercero.**

Los requisitos primero y tercero se nos presentan diáfanos en el relato de hechos y no dejan lugar a la duda respecto a su existencia. Mayor dificultad de interpretación conlleva el segundo, sobre todo por la existencia de algunas voces discordantes sobre su consideración como estafa informática. La *Sentencia del Tribunal Supremo de 21 de diciembre de 2004* establece que se entiende por artificio semejante el determinado por la aptitud del medio informático empleado para producir el daño patrimonial, siendo equivalente que el autor modifique materialmente el programa informático indebidamente o que lo utilice sin la debida autorización o en forma contraria al deber. Entiendo que el hecho de que David oculte su identidad al operador informático, suplantando la identidad de su hermano Antonio, supone una utilización indebida del programa informático y, por ende, la utilización

del referido «artificio semejante». No olvidemos que la forma en que David ha tenido acceso a la clave ha sido ya catalogada de ilícita, pero a mayor abundamiento, aun cuando la forma de llegada de la referida clave a David no hubiera sido catalogada de ilícita, el resultado a la hora de ser catalogada su actividad como estafa informática no ofrece a nuestro entender duda alguna.

Una vez concluido que la conducta desplegada por David entra dentro de las llamadas estafas informáticas, y teniendo presente que David y Antonio son hermanos que conviven juntos, habrá de decidir si entra en juego la excusa absolutoria del **artículo 268 del Código Penal**, que establece que «están exentos de responsabilidad criminal y sujetos únicamente a la civil los cónyuges que no estuvieran separados legalmente o de hecho o en proceso judicial de separación, divorcio o nulidad de su matrimonio y los ascendientes, descendientes y hermanos por naturaleza o por adopción, así como los afines en primer grado si viviesen juntos, por los delitos patrimoniales que se causaren entre sí, siempre que no concurra violencia o intimidación». Y decimos que deberemos decidir si es de aplicación, porque para ello deberemos previamente aclarar quién ha sido el sujeto pasivo perjudicado por el delito, Antonio o el banco, y dependiendo de la respuesta que demos será o no de aplicación.

Hemos señalado que Antonio ha procedido a la apertura de una cuenta corriente en el banco, lo que viene a ser, a nuestro entender, un depósito irregular del dinero, lo que supone que los ingresos que realice Antonio en dicha cuenta corriente pasan a ser propiedad del banco, que adquiere por medio de dicho contrato la obligación de devolver o entregar las cantidades oportunas a las personas determinadas. Dos son los preceptos del Código Civil a que debemos acudir para dar una respuesta a la cuestión planteada. Por una parte, el **artículo 1.766 del Código Civil** señala que «el depositario está obligado a guardar la cosa y restituirla cuando le sea pedida al depositante, o a sus causahabientes, o a la persona que hubiese sido designada en el contrato. Su responsabilidad en cuanto a la guarda y la pérdida de la cosa se regirá por lo dispuesto en el Título Primero de este libro». Por su parte, el **artículo 1.162 del Código Civil** establece que «el pago deberá hacerse a la persona en cuyo favor estuviese constituida la obligación, o a otra autorizada para recibirla en su nombre». Por tanto, desde la perspectiva de las normas citadas del Código Civil sobre la extinción de la obligación del depositario, ésta no se producirá a menos que le entrega o devolución se haga a la persona a la que realmente deba hacer el pago. En el caso que nos ocupa, la entrega del dinero procedente de la cuenta de Antonio en ningún caso debería haberse realizado a favor de David, con lo cual la obligación no resulta extinguida y, por ende, la parte que ha resultado perjudicada es el propio banco. Más aún, si como hemos antes apuntado, las cantidades depositadas por Antonio pasan a engrosar el patrimonio del banco, Antonio lo que tiene es un derecho de crédito sobre las cantidades depositadas.

Por ello, a nuestro entender, no es de aplicación la excusa absolutoria del artículo 268 del Código Penal, ya que el verdadero perjudicado ha sido el banco.

Finalmente, aun cuando el supuesto de hecho no nos dice en qué fechas concretas se hicieron las tres disposiciones patrimoniales, las mismas tuvieron que realizarse forzosamente en el mes de noviembre de 2009, ello supone que, vista la dinámica comisiva de los hechos, nos encontramos ante un caso de delito continuado, ya que el sujeto activo ha actuado en «ejecución de un plan preconcebido», y el escaso lapso temporal en que los tres actos dispositivos se han realizado hace que tengan

dicha consideración. Los tres actos dispositivos superan los 400 euros, por lo que, de conformidad con lo establecido en el artículo 249, entran dentro de la cualificación de delito, y por tanto pueden ser castigados con penas de prisión de seis meses a tres años, y que por aplicación de lo establecido en el **artículo 74.2 del Código Penal**, la pena a aplicar se hará en función del perjuicio total causado.

SENTENCIAS, AUTOS Y DISPOSICIONES CONSULTADAS:

- Código Civil, arts. 1.162 y 1.766.
- Ley Orgánica 10/1995 (CP), arts. 74.2, 197, 248.2 y 268.
- STS de 21 de diciembre de 2004.