

HURTO. ROBO CON FUERZA POR UTILIZACIÓN DE TARJETAS DE CRÉDITO HURTADAS

ÁNGEL MUÑOZ MARÍN
Fiscal

Palabras clave: hurto, robo con fuerza, tarjeta de crédito.

ENUNCIADO

El pasado 7 de junio de 2009, sobre las 12:30 horas, Ana María se encontraba en el interior del convoy del metro de la Línea 1, concretamente en la estación de Sol, existiendo en ese momento una gran cantidad de usuarios en el interior del referido convoy, lo cual fue aprovechado por Jesús para abrir el bolso de Ana María y sustraerle la cartera sin que la misma se apercibiera de nada. Una vez que Jesús salió a la calle se introdujo en un portal a fin de poder registrar la cartera, encontrando en su interior 55 euros de los que se apoderó, así como una tarjeta de crédito con un número apuntado en un papel en el reverso de la misma. Suponiendo que dicho número correspondía a la clave de la tarjeta, se dirigió inmediatamente, y antes de que Ana María pudiera percibir la sustracción de su cartera, a un cajero automático, al cual accedió pasando la barra magnética de la tarjeta por el cierre de la puerta. Una vez en el interior procedió a introducir la tarjeta de crédito en el cajero marcando el número secreto que constaba en el papel, si bien tras el tercer intento la tarjeta se bloqueó, por lo que abandonó el banco inmediatamente. Ana María en previsión de posibles robos había colocado en el reverso de la tarjeta de crédito el papel con un número que no correspondía a la clave de acceso, a fin de que al tratar de extraer dinero con la misma quedara bloqueada.

CUESTIONES PLANTEADAS:

¿Delitos cometidos por Jesús?

SOLUCIÓN

La acción o acciones delictivas cometidas por Jesús se muestran en dos momentos temporales distintos pero inmediatos. Los hechos que se desarrollan en el interior del convoy del metro se configuran como una falta de hurto tipificada en el **artículo 623.1 del Código Penal** que castiga con pena de localización permanente o multa a los que cometan hurto, si el valor de lo hurtado no excediera de 400 euros. Ello en contraposición con lo establecido en el **artículo 234 del Código Penal** que castiga «a los que con ánimo de lucro, tomare las cosas muebles ajenas sin la voluntad de su dueño... si la cuantía de lo sustraído excede de 400 euros». El relato fáctico nos describe cómo Jesús se apodera de 55 euros que hay en la cartera, así como de la tarjeta de crédito; todo ello supone que no se alcanzan los 400 euros que trazan la línea divisoria entre el delito y la falta, ya que la tarjeta de crédito no tiene más valor material que el que pueda costar la misma con independencia del uso posterior que se haga de la misma. En comparación con la definición que para los robos realiza el artículo 237 del Código Penal, en el hurto hay ausencia de fuerza en las cosas para acceder al lugar donde estas se encuentran o de violencia e intimidación en las personas. Es obvio que la forma en que Jesús accede a la cartera de Ana María, esto es, abriendo el bolso no puede considerarse como empleo de fuerza en las cosas. En tal sentido, la jurisprudencia del Tribunal Supremo ha venido caracterizando el hurto como aquella conducta desplegada por el sujeto activo del delito en la clandestinidad, esto es, en un actuar subrepticio, como es el que despliega Jesús en el interior del convoy del metro, hasta el punto de que Ana María no tiene conocimiento de la sustracción. Tan solo apuntar que la consumación del hurto se produce desde el mismo momento en que Jesús tiene la disponibilidad de la cartera, que viene a ser en el momento en que abandona el convoy del metro, sin que haya que esperar al momento posterior en que procede a la aprensión material de los 55 euros en el portal.

Obviamente, no es esta primera conducta la que puede presentarnos problemas jurídicos en cuanto a su calificación, sino la segunda. Una vez que Jesús se apodera de la cartera se dirige a un portal donde procede a abrir la cartera sustraída apoderándose de los 55 euros y de la tarjeta de crédito. La sucesión fáctica que se describe a continuación –el dirigirse al cajero automático, penetrar en el mismo tras utilizar la tarjeta para acceder al mismo, y el no poder apoderarse de dinero alguno al no corresponder el número que entendía que era el correcto con el auténtico– es la que nos plantea problemas.

El **artículo 237 del Código Penal** entiende que son reos de robo con fuerza en las cosas los que, con ánimo de lucro, se apoderaren de las cosas muebles ajenas empleando fuerza en las cosas para acceder al lugar donde estas se encuentran; y en el **artículo 238.4 del Código Penal** nos dice que son reos del delito de robo con fuerza en las cosas los que ejecuten el hecho mediante el uso de llaves falsas; finalmente, el **artículo 239 in fine** entiende como llaves falsas a los efectos del citado precepto «las tarjetas, magnéticas o perforadas, y los mandos de apertura a distancia». Pues bien, el estudio, análisis y aplicación de estos tres preceptos debe de llevarnos a la solución correcta del problema planteado.

Si observamos la dicción del artículo 237 del Código Penal, la fuerza en las cosas que ha de aplicar el sujeto activo deberá serlo para «acceder al lugar donde las cosas que van a ser objeto de

sustracción se encuentran». La palabra acceder, según el diccionario de la Real Academia de la Lengua, tiene como uno de sus significados el de «entrar en un lugar o pasar a él»; por tanto, la interpretación gramatical del precepto, la cual es la primera a la que hay que acudir (art. 3.º 1 CC), nos dice que basta que la fuerza en las cosas, en este caso la utilización de unas llaves falsas, se emplee para entrar en el lugar donde se encuentran las cosas para que se configure el tipo contemplado en el artículo 237 del Código Penal. Jesús accedió al cajero utilizando la tarjeta que previamente había sustraído a Ana María, con lo que no cabe duda de que el origen de la posesión de la «llave» por parte de aquel, tiene un claro matiz ilícito. Con todo lo dicho hasta ahora parece que no hay duda de que nos encontramos ante un delito con fuerza en las cosas; sin embargo, la acción no ha finalizado con la entrada de Jesús en el cajero, sino que continúa.

A continuación, nos dice el relato fáctico, Jesús utiliza el número que él cree como auténtico para extraer dinero del cajero, sin embargo, dicho número que venía escrito en un papel pegado al dorso de la tarjeta no era sino una argucia de Ana María para evitar que en una hipotética sustracción o pérdida de la misma se pudiera utilizar, y así lograr el bloqueo de la misma. Por tanto, en ningún caso se podría haber producido la sustracción del dinero ya que Jesús en ningún momento tuvo en su poder la clave de acceso de la tarjeta. Es en este punto donde hay que plantearse la posibilidad de que nos encontremos ante una tentativa inidónea, y que según la praxis judicial deviene atípica. En efecto, el **artículo 16 del Código Penal** dice que hay tentativa «cuando el sujeto da principio a la ejecución del delito directamente por hechos exteriores, practicando todos o parte de los actos que objetivamente deberían producir el resultado, y sin embargo este no se produce por causas independientes de la voluntad del autor». La clave para apreciar la existencia de tentativa inidónea la encontramos en que los actos desplegados por el sujeto activo del delito deben ser «aquellos que objetivamente deberían producir el resultado», por lo cual cabe distinguir entre una tentativa inidónea absoluta o relativa. Sin embargo, y a pesar de que entiendo que es fundamental el distinguir entre ambas clases de inidoneidades para alcanzar una solución al problema planteado, no parece ser en muchos casos la postura de algunas Audiencias Provinciales. Así, por ejemplo, la **Sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona (Secc. 8.ª), de 26 de septiembre de 2006**, se refiere de forma genérica a la tentativa inidónea, y poniendo el acento en la expresión «actos que objetivamente deberían de producir el resultado»; entendiendo que para discernir si la conducta del agente es potencialmente lesiva para el bien jurídico protegido, habrá que acudir a parámetros de un observador objetivo. Con este planteamiento, entiendo la citada sentencia que partiendo de las máximas de experiencia y si el sujeto activo del delito no poseyera unos especiales conocimientos que le permitieran acceder al número secreto, las posibilidades de llegar a conocer el número son tan insignificantes, que la posibilidad de lesión del bien jurídico es insignificante y por ello nos encontraríamos ante una tentativa inidónea y, por tanto, atípica.

Otras sentencias sí hablan de tentativa inidónea absoluta o relativa [**SAP de Almería (Secc. 1.ª) de 27 de marzo de 1999, y de Asturias (Secc. 2.ª) de 18 de julio de 2002**], pero en todos los casos llegan a la conclusión de que se trata de conductas no punibles dada la práctica imposibilidad de llegar a conocer por una persona media el número secreto de la tarjeta. Sin embargo, parece, que siguiendo la tesis que establece el **Tribunal Supremo en Sentencia de 20 de enero de 2003**, solo en el caso de inidoneidad absoluta se podría entender como atípica la conducta desarrollada por el sujeto activo. En este sentido, dicha sentencia señala, refiriéndose a las **Sentencias del Tribunal Supremo de**

21 de junio de 1999 y 13 de marzo de 2000, que la tentativa inidónea es punible en el Código Penal de 1995, pues la introducción del término «objetivamente» en la definición de la tentativa, no limita los casos de las tentativas punibles a las idóneas. Concluye dicha sentencia, que existe una consolidada doctrina jurisprudencial sobre la punición de la tentativa inidónea relativa. En definitiva, solo aquella tentativa inidónea absoluta que se deba a planes imaginarios o irreales del sujeto activo podría dar lugar a la atipicidad de la tentativa.

Una vez dicho lo anterior, entendemos que para el caso que nos ocupa habría de acudir a la solución que da la **Sentencia de la Audiencia Provincial de Cuenca (Secc. 1.ª) de 4 de noviembre de 2004**, que entiende que las tarjetas magnéticas o perforadas tienen la condición de llaves falsas y que se ha consolidado una doctrina jurisprudencial para atribuir la condición de llaves a las tarjetas que sirven para accionar el cierre del local que da acceso al cajero automático o para abrir el receptáculo del mismo cuando se haya instalado en el exterior del establecimiento bancario, sin que, dicho carácter de llave sea desvirtuado por el hecho de que la tarjeta tenga atribuida una segunda función, la de servir para extraer dinero pulsando el número secreto, ya que la acción típica está cumplida con la simple apertura del espacio cerrado. Compartimos totalmente dicho criterio ya que desde antiguo la praxis del Tribunal Supremo venía atribuyendo a las tarjetas magnéticas una doble finalidad y que entendía que la apertura de la puerta del habitáculo sería siempre robo si se realizara con una tarjeta obtenida ilícitamente.

En definitiva, desde el momento en que Jesús deviene en la posesión de la tarjeta de crédito de Ana María de una manera ilícita (mediante su sustracción, ya dijimos que nos encontrábamos ante una falta de hurto) y emplea la misma para acceder al cajero automático, el delito de robo con fuerza en las cosas queda iniciado, sin que el mismo se haya consumado por causas ajenas a la voluntad de aquel, ya que el número que creía que era la clave, resultó erróneo. Por tanto, nos encontramos ante un robo con fuerza en las cosas en grado de tentativa, que por aplicación de la teoría de la progresión delictiva absorbería la primigenia falta de hurto consumada.

SENTENCIAS, AUTOS Y DISPOSICIONES CONSULTADAS:

- Código Civil, art. 3.º 1.
- Ley Orgánica 10/1995 (CP), arts. 16, 234, 237, 238 y 239.
- SSTS de 21 de junio de 1999, 13 de marzo de 2000 y 20 de enero de 2003.
- SSAP de Almería (Secc. 1.ª), de 27 de marzo de 1999, Asturias (Secc. 2.ª), de 18 de julio de 2002, Cuenca (Secc. 1.ª), de 4 de noviembre de 2004 y de Barcelona (Secc. 8.ª), de 26 de septiembre de 2006.