

**BASE DE DATOS DE Norma DEF.-**

Referencia: NCJ063619

**TRIBUNAL SUPREMO**

Sentencia 509/2018, de 26 de octubre de 2018

Sala de lo Penal

Rec. n.º 2894/2017

**SUMARIO:**

**Estafa informática. Principio acusatorio.** Extracciones bancarias de cajeros automáticos no consentidas por el titular, a través de la utilización del número secreto. No pueden calificarse como un delito de hurto y aunque sea utilizada una "librera de ahorros", instrumento no mencionado en el art. 248.2.c), conforme a la jurisprudencia de la Sala Segunda, nada impide su calificación a través del art. 248.2.a) como delito de estafa. La actuación de la acusada descrita reúne todos los elementos del delito de estafa, pues en los mismos se relata la forma en que la acusada obtuvo la cartilla de ahorros y la clave de su propietario, y su actuación efectuando reintegros y una transferencia (empleando en cajeros automáticos los documentos y clave identificativa del titular de la Cuenta de Ahorros) en su propio beneficio, sin conocimiento ni autorización de quien resultó perjudicado al imputarse a su cuenta el importe de las operaciones, ya que las mismas se realizaron engañando a la entidad financiera sobre la legitimidad de quien las realizaba. Para operar en los cajeros automáticos, hubo de utilizar un número secreto o si se prefiere, clave de acceso o pin. Pero esa consecución del número pin, que el relato fáctico recoge, no determina por sí sola, desplazamiento patrimonial alguno. Su utilización indebida en el momento de consecución del dinero, aunque no sea equiparable a engaño desde una consideración psicológica intersubjetiva, integra al artificio que permite que los activos patrimoniales, en principio virtuales, se materialicen en físico desplazamiento patrimonial, a través de los billetes que expide el cajero, o que opere un virtual aunque efectivo desplazamiento, con el mero apunte contable que genera la incontestada transferencia; donde resulta inviable predicar la existencia de aprehensión material de la cosa mueble con desplazamiento posesorio, que caracteriza al hurto; incluso cuando de extracciones en efectivo se trata, dista tal operación, de la acción "tomar" del artículo 234 CP, en la acepción de asir o coger, pues aquí, el uso del pin lo que propicia es 'recibir' el dinero que entrega o expide el cajero, que no lo coge el usuario de la tarjeta, sino que se lo entrega el cajero. Difícilmente, pueden, por tanto, calificarse los hechos de autos como hurto. Aunque recaiga condena por estafa informática, se respeta el relato fáctico de la acusación, tal cual lo ha recogido la sentencia recurrida y se mantiene la calificación de estafa del art. 248, que no concretaba el específico apartado de esa norma y ahora se especifica en el número segundo, apartado a), de modo que no mediaría apartamiento alguno de la calificación propuesta por la acusación particular, por lo que no se infringe el principio acusatorio

**PRECEPTOS:**

Ley Orgánica 10/1995 (CP), arts. 234, 237, 238, 239 y 248.  
Constitución española.

**PONENTE:**

*Don Andrés Palomo del Arco.*

Magistrados:

Don JULIAN ARTEMIO SANCHEZ MELGAR  
Don MIGUEL COLMENERO MENENDEZ DE LUARCA  
Don ALBERTO GUMERSINDO JORGE BARREIRO  
Don ANDRES PALOMO DEL ARCO  
Don VICENTE MAGRO SERVET

**RECURSO CASACION núm.: 2894/2017**

Ponente: Excmo. Sr. D. Andres Palomo Del Arco

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

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Penal

Sentencia núm. 509/2018

Excmos. Sres.

D. Julian Sanchez Melgar

D. Miguel Colmenero Menendez de Luarca

D. Alberto Jorge Barreiro

D. Andres Palomo Del Arco

D. Vicente Magro Servet

En Madrid, a 26 de octubre de 2018.

Esta sala ha visto el recurso de casación por infracción de ley número 2894/2017, interpuesto por el MINISTERIO FISCAL contra la sentencia absolutoria núm. 689/17 de fecha 3 de noviembre de 2017 dictada por la Audiencia Provincial de Madrid, Sección Sexta.

Interviene como parte recurrida, D.<sup>a</sup> Felicísima representada por la procuradora D.<sup>a</sup> Mónica de la Paloma Fente Delgado bajo dirección letrada de D. Fermín López Ruiz y la acusación particular ejercida por D.<sup>a</sup> Isabel , recurrente adhesiva, representada por el procurador D. Antonio Barreiro-Meiro Barbero bajo dirección letrada de D. Jesús Aguilar Tejedor.

Ha sido ponente el Excmo. Sr. D. Andres Palomo Del Arco.

**ANTECEDENTES DE HECHO****Primero.**

El Juzgado de Instrucción núm. 44 de Madrid incoó Diligencias Previas núm. 1973/2015, Procedimiento Abreviado nº 3466/2015 por delito continuado de estafa contra D.<sup>a</sup> Felicísima ; una vez concluso lo remitió a la Audiencia Provincial de Madrid cuya Sección Sexta (Rollo de P.A. núm. 1753/2016) dictó Sentencia en fecha 3 de noviembre de 2017 que contiene los siguientes hechos probados:

"SE DECLARA PROBADO: Que la acusada Felicísima, mayor de edad, con antecedentes penales no computables a la presente causa, en torno al mes de mayo de 2015, solía acompañar a Jose Augusto, quien contaba con 91 años de edad, al ser novia de un sobrino de aquel, a realizar diversas gestiones bancarias, ya que el citado apenas sabía leer ni escribir y carecía de conocimientos para realizar operaciones bancarias con la cartilla que tenía en la entidad BANKIA, sita en la calle Laguna, n.º 85 de esta capital, consiguiendo la acusada conocer el número secreto de la cartilla para poder operar en los cajeros automáticos, realizando, entre el 19 de mayo y el 16 de junio de 2015, diversos reintegros con dicha cartilla en los mismos, hasta un total de 19, con la cartilla en dichos cajeros, entre los que figura una transferencia realizada por la acusada desde un cajero automático el día 1 de junio de 2015, por importe de 3.000 euros, que efectuó desde la cuenta corriente de Jose Augusto a la suya propia, apoderándose, en total, de 16.520 euros".

**Segundo.**

La Audiencia de instancia dictó el siguiente pronunciamiento:

"Que debemos absolver y absolvemos a Felicísima, del delito de estafa de que era acusada por el Ministerio Fiscal y la acusación particular ejercitada en la presente causa, declarando de oficio las costas del presente juicio".

**Tercero.**

Notificada en forma la anterior resolución a las partes personadas, se preparó recurso de casación por el Ministerio Fiscal que se tuvo por anunciado, remitiéndose a esta Sala Segunda del Tribunal Supremo las certificaciones necesarias para su sustanciación y resolución, formándose el correspondiente rollo y formalizándose el recurso.

**Cuarto.**

Formado en este Tribunal el correspondiente rollo, el Ministerio Fiscal formalizó el recurso alegando el siguiente motivo de casación:

Motivo Único.- Por infracción de ley, al amparo del artículo 849.1 LECr., al haberse inaplicado indebidamente el artículo 248 CP.

**Quinto.**

Conferido traslado para instrucción, la representación procesal de D.<sup>a</sup> Felicísima impugnó el recurso solicitando su inadmisión y de manera subsidiaria la desestimación del mismo; la acusación particular, D.<sup>a</sup> Isabel, mostró su adhesión al recurso de casación interpuesto por el Ministerio Fiscal, al entender que la resolución recurrida incurre en infracción de ley al amparo de lo dispuesto en el art. 849.1 LECr., derivada de la indebida aplicación del art. 248 CP; la Sala los admitió a trámite, acordándose suspender el señalamiento para votación y fallo del día 25 de septiembre y conferir traslado de dicha adhesión a las partes por plazo de tres días para alegaciones.

**Sexto.**

Evacuado el traslado conferido, se celebró la votación y deliberación prevenida el día 23 de octubre de 2018.

**FUNDAMENTOS DE DERECHO****Primero.**

La sentencia recurrida absuelve a la acusada, pese a tener por probado que al acompañar a Jose Augusto, de 91 años que apenas sabía leer y escribir, tío de su pareja, a realizar diversas gestiones bancarias, se procura la obtención de número secreto de la cartilla para operar en los cajeros automáticos y así realiza diversos reintegros además de una transferencia a su propia cuenta, operaciones que ascendieron en total, a 16.520 euros.

Ello, porque concluye la Audiencia, la falta de concurrencia de engaño, que entendió necesario para subsumir estos hechos en el delito de estafa, como hicieron las acusaciones, y califica la conducta de la acusada como un delito de hurto; tipicidades que considera heterogéneas.

1. El Ministerio Fiscal recurre dicha absolución y la acusación particular se adhiere, con la formulación de un único motivo por infracción de ley, al amparo del artículo 849.1 LECr., al haberse inaplicado indebidamente el artículo 248 CP.

Argumenta que el dinero obtenido era propiedad de Bankia, que tenía un contrato bancario de depósito de dinero a la vista con el titular de la cuenta; depósito irregular por tanto, donde el depositario adquiere la propiedad del dinero, obligándose a devolver otro tanto o parte del mismo, cuando le fuera requerido.

El reintegro de las cantidades depositadas en la cuenta, exige la presentación de la libreta o cartilla; o si se realiza por cajero automático debe introducirse la cartilla y un número pin o clave numérica secreta, que sirve para acreditar que quien realiza la operación es el titular de la cuenta o persona autorizada por el mismo.

Precisa que el engaño tiene en este caso como sujeto pasivo, la entidad financiera; que la forma como el autor consigue la cartilla y el número secreto (mediante violencia, fuerza en las cosas, engaño o aprovechando un descuido) del titular de la Cuenta de Ahorros, si no tiene entidad relevante, es absorbida por el engaño a la entidad financiera, pero muestra que quien efectúa los reintegros o las operaciones financieras con los documentos y las claves del titular de la cuenta no lo hace con su autorización o consentimiento.

En definitiva, que la actuación de la acusada descrita en los hechos probados reúne todos los elementos del delito de estafa, pues en los mismos se relata la forma en que la acusada obtuvo la cartilla de ahorros y la clave de D. Jose Augusto, y su actuación efectuando reintegros y una transferencia (empleando en cajeros automáticos los documentos y clave identificativa del titular de la Cuenta de Ahorros) en su propio beneficio, sin conocimiento ni autorización de quien resultó perjudicado al imputarse a su cuenta el importe de las operaciones, ya que las mismas se realizaron engañando a la entidad financiera sobre la legitimidad de quien las realizaba.

Por su parte, la acusación particular, que nunca especificó apartado alguno del art. 248 por el que calificaba los hechos, en su recurso adhesivo, reproduce de manera extensa su acta de acusación definitiva, acomodada en argumentativo intento de rebatir la motivación de la sentencia recurrida.

2. La sentencia, efectivamente, niega la existencia de la estafa, por entender que no concurre engaño:

El requisito fundamental de la estafa es, pues, el engaño, es su elemento más significativo, que marca la diferencia con la apropiación indebida, y que tendrá que ser necesariamente como se ha expuesto, antecedente, causante y bastante.

Pues bien, en los escritos de acusación formulados por el Ministerio Fiscal y la acusación particular no se describe ninguna conducta engañosa realizada por la acusada para realizar reintegros realizados en cajeros automáticos con la cartilla del perjudicado, esto es, ninguna desposesión del bien ajeno precedida de una conducta engañosa determinante de una voluntad viciada, sino, simple y llanamente, un desapoderamiento subrepticio de un bien de ajena pertenencia.

Indica que el resultado probado deriva de la prueba documental integrada por los extractos bancarios sobre los reintegros efectuados en la cartilla del perjudicado sin su consentimiento, la propia declaración de la acusada, la testifical de Aurelia y singularmente, la declaración prestada por Constantino, empleado de la sucursal de BANKIA donde el perjudicado, ya fallecido, tenía la cartilla con la que se efectuaron diversos reintegros por la acusada, manifestando que el citado apenas sabía leer y escribir y que no sabía utilizar los cajeros y que en una ocasión le pidió el número secreto de la cartilla y se lo dio, estando presente Felicísima, manifestándole, igualmente, que Felicísima se había quedado con la libreta .

3. Sin embargo, la argumentación de la Audiencia, obvia un dato esencial no obstante recogido en el relato probado, que para operar en los cajeros automáticos, hubo de utilizar un número secreto o si se prefiere, clave de acceso o pin (de las siglas en inglés, Personal Identification Number) que la acusada "consigue", al acompañar a realizar diversas gestiones bancarias a Jose Augusto, quien contaba con 91 años de edad, al ser novia de un sobrino de aquel, ya que el citado apenas sabía leer ni escribir y carecía de conocimientos para realizar operaciones bancarias con la cartilla que tenía en la entidad Bankia.

Conseguir, conforme el Diccionario de la Lengua Española, significa, alcanzar, lograr u obtener lo que se pretende o desea.

Pero esa consecución del número pin, que el relato fáctico recoge, no determina por sí sola, desplazamiento patrimonial alguno. Su utilización indebida en el momento de consecución del dinero, aunque no sea equiparable a engaño desde una consideración psicológica intersubjetiva, integra al artificio que permite que los activos patrimoniales, en principio virtuales, se materialicen en físico desplazamiento patrimonial, a través de los billetes que expide el cajero, o que opere un virtual aunque efectivo desplazamiento, con el mero apunte contable que genera la in consentida transferencia; donde resulta inviable predicar la existencia de aprehensión material de la cosa mueble con desplazamiento posesorio, que caracteriza al hurto; incluso cuando de extracciones en efectivo se trata, dista tal operación, de la acción "tomar" del artículo 234 CP, en la acepción de asir o coger, pues aquí, el uso del pin lo que propicia es 'recibir' el dinero que entrega o expide el cajero, que no lo coge el usuario de la tarjeta, sino que se lo entrega el cajero.

Difícilmente, pueden, por tanto, calificarse los hechos de autos como hurto.



## Segundo.

La calificación de estos supuestos ha sido controvertida; ya desde los albores de la codificación penal, el comentarista por antonomasia del Código de 1848 señalaba: "los engaños análogos al hurto, los que caen bajo la idea general de la defraudación, puede decirse que son innumerables".

Incluso en Derecho romano, algunas de estas modalidades residuales de fraude, se catalogaron como crimen de stellionatus (que en la actualidad suele designar a las estafas impropias), es decir, crimen de la salamandra o salamanquesa, debido a su escurridiza dificultad de catalogación, pues eran tan variado e inagotable su modus operandi y sorpresivas sus continuas modalidades, que difícilmente se lograban delimitar.

En la actualidad, con la incursión de la informática en nuestra vida cotidiana, de nuevo surgen diferencias doctrinales, sobre su concreta ubicación e incluso la tipificación de alguna de estas conductas, a pesar de la previsión de la estafa informática en el Código Penal de 1995: también se consideran reos de estafa los que, con ánimo de lucro, y valiéndose de alguna manipulación informática o artificio semejante consiguen la transferencia no consentida de cualquier activo patrimonial en perjuicio de tercero; si bien, la sentencia de esta Sala núm. 369/2007, de 9 de mayo, en supuesto similar, ya marca las bases de una evolución jurisprudencial que opta por residenciar estas conductas en el ilícito de estafa, que la ulterior reforma de la LO 5/2010, apuntala.

Así esta resolución 369/2007, describe primeramente las soluciones dadas con anterioridad:

La extracción de dinero de cajeros automáticos mediante la utilización de tarjetas ajenas obtenidas mediante sustracción y uso indebido del PIN suscita desde siempre problemas de tipificación.

Ya con anterioridad a la vigencia del actual Código se cuestionó la tipificación de estas conductas como hurto, robo o estafa, y la consulta 2/88 de la Fiscalía General del Estado sostuvo, al desestimar la calificación como estafa ante la dificultad de apreciar los elementos engaño y error (solo posibles de persona a persona), la procedencia de la calificación como robo con fuerza en las cosas, por entender comprendida en el concepto legal de llave falsa la tarjeta, afirmando que así como la llave por la sola introducción en la cerradura no produce la apertura del objeto cerrado, sino que precisa después de ciertas maniobras, el hecho de que a la introducción de la tarjeta deba seguir la pulsación del número secreto no priva a aquélla de su carácter de llave.

No obstante ya un sector doctrinal, ante esta tesis de que el engaño causa del error debe proyectarse sobre una persona lo que no era posible en los supuestos considerados, argumentó, que aunque los datos se proporcionan a la 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.

Así se sostenía que cuando una persona, que ha sustraído una tarjeta y tiene conocimiento del número secreto, pone en funcionamiento el cajero, lo que está haciendo es situarse en el lugar del titular de la cuenta, simulando al operar su autorización para extraer fondos, logrando a través de la corrección de la identificación efectuada por el sistema, la disposición de fondos lo que indudablemente sería una maniobra fraudulenta y realmente no puede hablarse de máquina engañada sino de un Banco (como persona jurídica) engañado. Se aludía además al hecho incuestionable de que si por el no titular se transmite desde un terminal una orden de pago, adoptando o fingiendo una personalidad que no es la propia, y el terminal lo transmite a su vez al ordenador central, que autoriza la operación y dispensa el metálico, el autor consigue esta disposición patrimonial igual que si hubiera engañado directamente al programador o a un empleado de la sucursal, ya que lo que hace el proceso informático del cajero es comprobar la corrección del Código de identificación y la vigencia de la tarjeta, es decir, lo que pretende el terminal es cerciorarse de que ante el mismo, se halla una persona legitimada, que es el titular de la tarjeta, o alguien, que además de poseer la misma, conoce la clave personal, lo que en un porcentaje altísimo de ocasiones equivale a decir que es el propio titular el que está operando, según confirme la experiencia. En definitiva, se decía que 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, lo que en la práctica produce 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 perjudicar a ésta o al titular de la cuenta, según los casos. Además, se añadía que si con los mismos elementos como son la presentación de la tarjeta y el número secreto, se pudiera obtener metálico de un empleado de la entidad bancaria, no cabe duda que se consideraría tal presentación como engaño bastante, determinante de la entrega del dinero, por lo que la solución en estos casos debería ser la misma.

A ello se une la circunstancia de que no es posible asimilar el cajero automático a una caja fuerte en la que la tarjeta y la clave o número secreto fueran la llave de acceso directo al dinero, sino que a lo que en realidad se

accede con los mismos es al proceso informático concluyendo que en estos casos, es la propia entidad bancaria y no la maquina quien entrega el dinero, con un consentimiento viciado por la creencia errónea de estar operando con el titular de la tarjeta.

Sin embargo y pese a ser estos argumentos convincentes la aplicación de la estafa clásica era entonces problemática, dado que no era 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, por lo que técnicamente en estos casos no hay engaño, pues este elemento esencial de la estafa en el texto del art. 528 CP. 1973 , suponía una relación de persona a persona.

En este sentido se señaló que, partiendo de que el engaño como elemento esencial de la estafa, debe ocasionar el error en el sujeto pasivo, y el acto de disposición debe estar determinado o causado por ese error, en la actuación del sujeto ante el cajero automático integraría el engaño esencial del delito de estafa, y la disposición patrimonial sería la expulsión del dinero que tomaría el sujeto, pero entre uno y otro momento no hay intervención alguna de otras personas, de suerte que no cabe hablar de error y de engaño a la maquina y que la voluntad del dueño de la maquina de que no se desprende dinero al no titular, voluntad tendente a evitar que personas no autorizadas dispongan del dinero, esa voluntad existe con anterioridad a la actuación del culpable y no está determinada por ella.

De este modo se negaba en los hechos la existencia del engaño pues al ser éste persuasión que se hace a otro mediante ardid, debe siempre operar de hombre a hombre por medio de palabras o maquinaciones insidiosas, tal como se obtenía de la propia dicción del art. 528 CP. 1973 . De aquí se desprendía 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.

En este sentido la STS de 19 de abril de 1981 declaró que "mal puede concluirse la perpetración de un delito de estafa por parte del procesado, al impedirlo la concepción legal y jurisprudencial del engaño, ardid que se produce e incide por y sobre personas, surgiendo en el afectado un vicio de voluntad por mor de la alteración psicológica provocada. La "inducción" a un acto de disposición patrimonial sólo es realizable frente a una persona y no frente a una máquina, implica una dinámica comisiva con acusado substrato ideológico. Con razón se ha destacado que a las máquinas no se las puede engañar, a los ordenadores tampoco, por lo que los casos en los que el perjuicio se produce directamente por medio del sistema informático, con el que se realizan las operaciones de desplazamiento patrimonial, no se produce ni el engaño ni el error necesarios para el delito de estafa.

Por ello y en congruencia con esta postura se consolidó en la jurisprudencia el considerar estos hechos como robo con fuerza en las cosas, equiparando la tarjeta a la llave, dando a ésta un concepto funcional y no meramente semántico o literal.

Con la promulgación del CP. 1995, parte de la doctrina ha señalado que teniendo en cuenta los arts. 238 y 239 que consideran la tarjeta magnética como llave y además reputan como fuerza en las cosas el descubrimiento de las claves de los objetos muebles cerrados para sustraer su contenido, estos supuestos de uso de tarjetas encajan con mayor claridad en el robo con fuerza en las cosas.

Cita en este último sentido, la STS. 427/99 de 16 de marzo y la 35/2004 de 22 de enero, que citan a su vez otras varias; para a continuación cuestionar esta subsunción:

Ahora bien esta calificación de robo con fuerza en las cosas ha sido objeto de crítica por parte de la doctrina con apoyo en algunas resoluciones de esta propia Sala Segunda. Así se precisa que, aunque dentro del concepto de llave estén legalmente incluidas las tarjetas o instrumentos electrónicos que sirven para abrir cierres, tales como puertas o cajas, debe negarse la consideración como llaves de las tarjetas cuando se precisa la introducción de una clave digital, basándose en que lo que entonces realiza la función de apertura del cajero y el inicio de los procedimientos que permiten el acceso al dinero no es la tarjeta en sí, sino los elementos contenidos en la banda magnética, de naturaleza incorporal y ajenos por tanto al sentido "corporal" de las llaves en nuestro derecho.

Se recuerda (ver voto particular de la sentencia antes citada 35/2004 de 22 de enero ), que para hablar de robo en el ámbito normativo de referencia resulta condición típica imprescindible que el apoderamiento se haya producido mediante la entrada en el interior de algún "lugar". De un lugar en el que, por ejemplo, tratándose de dinero, se hallase éste o bien cualquier objeto que lo contenga. Pero siendo claro, en todo caso, que no habría robo con fuerza en las cosas cuando en la conducta inculpada no quepa identificar un segmento de acción que implique alguna forma de acceso de fuera adentro. Y en estos casos lo que realmente se produce es la expulsión de cierta cantidad de dinero por ese aparato, al ser utilizado de forma técnicamente correcta, aunque jurídicamente ilegítima.

Utilizado, por tanto, de una manera que no satisface las exigencias del tipo de robo con fuerza en las cosas tal como aparece descrito en el art. 237 CP .

En efecto no basta con que la tarjeta sea llave, es necesario que ésta haya sido empleada para acceder al lugar en el que las cosas se guardan. La fuerza en las cosas típica del robo es aquella precisa para "acceder al lugar donde éstas se encuentren", tal y como lo define legalmente el art. 237 CP . Y el dinero en los cajeros se halla en un cajetín en el interior del mismo al que en ningún momento se accede.

Al operar con la tarjeta en un cajero, lo esencial es que se introducen datos en el ordenador y que el sistema efectúa una disposición patrimonial no consentida con el titular que se llega a registrar contablemente. Es accesorio que se acceda con la tarjeta (lo que no siempre es así) al recinto donde se halla el cajero y no cabe afirmar que se acceda al lugar donde el dinero se guarda. Los arts. 238 y 239 no son aplicables a estos supuestos. El empleo de la tarjeta como llave permite calificar de robo cuando con la misma se accede al lugar donde están las cosas (v.gr.: la tarjeta es la llave de la habitación del hotel a la que se consigue entrar para robar algún objeto).

Igualmente el descubrimiento de las llaves a que se refiere el art. 238.3 ha de ser para acceder al interior de los objetos muebles cerrados (v .gr.: se descubre la llave y se accede al interior de la caja fuerte). En nuestro supuesto no se accede al interior del cajero, es decir, al depósito donde se conserva el total del dinero de la máquina, sino que el aparato entrega por sí una cantidad seleccionada de tal depósito de dinero y como acto de disposición deja incluso constancia contable de la operación.

Por tanto, lo esencial es que se produce una operación informática -introducir la tarjeta, teclear el número clave y seleccionar importe- que lleva al aparato a efectuar una "transferencia no consentida de un activo patrimonial". Pero la disposición de la máquina es voluntaria y por ello no es posible afirmar que existe el "apoderamiento" propio del robo que exige que se produzca contra la voluntad -o al menos sin la voluntad- del dueño. Apoderarse implica la ausencia de voluntad del tradens, y en la estafa el tradens (persona o cajero) entrega el dinero, ya sea por engaño en la estafa común o por la manipulación del sistema en la estafa informática.

Sobre el carácter voluntario de la entrega es particularmente significativo el voto particular emitido a la STS. 1025/92 de 8 de mayo , que, en parte, transcribimos: " En particular no cabe afirmar como lo hace la mayoría de la Sala, que "ese apoderamiento a través de manipulación normal sobre el cajero sito en la fachada de la entidad bancaria (...) constituye por lo menos un delito de hurto (...) porque siempre se estaría tomando una cosa sin la voluntad de su dueño". Precisamente el último elemento, la contrariedad a la voluntad de su dueño, no se puede afirmar aquí sin violentar el concepto de "voluntad" que esta Sala utiliza a diario. La programación del cajero electrónico para que entregue el dinero a cualquier persona que disponga de la tarjeta y conozca el número clave, implica que el titular del dinero, es decir el banco o la institución de crédito, quieren que el dinero sea entregado al que introduzca la tarjeta y señale el número clave secreto, cualquiera sea su identidad, pero también cualquiera sea su legitimación para hacerlo. Contra esta afirmación se afirma, sin embargo, que es evidente que la institución de crédito no quería entregar el dinero a una persona no legitimada, es decir, a una persona que carezca de autorización del titular de la tarjeta. Pero, este punto de vista se apoya en una confusión de la voluntad con el deseo. Por lo tanto, se expone a todas las críticas que se han formulado desde antiguo a tal identificación: un resultado indeseable no es por ello involuntario. De otra manera no sería posible admitir que el dolo eventual es una forma de los actos voluntarios. En este sentido no parece discutible que esta Sala no hubiera dudado en considerar como voluntaria la conducta del que predispone un arma de fuego para que se dispare cuando alguien pretenda abrir la puerta de la habitación, con el objeto de dar un escarmiento al que intente robar en su ausencia, aunque el que resulte muerto por el disparo no haya querido entrar a robar, p. ej. porque era su propio hijo ignorante del mecanismo de defensa predispuesto. Si se considera, por el contrario, que toda persona que obtiene dinero del cajero automático sin estar legitimado para ello realiza una conducta típica, habrá que sancionar como autor de hurto o de robo del dinero obtenido al titular legítimo de la tarjeta que extrae más dinero que el que tiene contractualmente autorizado. También en este caso habría que admitir que el banco "No quería" entregar la cantidad que supera el límite establecido en el contrato y que la tarjeta puede ser considerada llave falsa, pues como lo indican las SSTS de 15-7-88 , 3-7-89 y 23-12-89 , "lo que caracteriza al concepto de llave falsa es la falta de autorización del propietario para su utilización". Este supuesto, como la doctrina ha puesto de manifiesto, demuestra que en los casos de no autorizados no se puede negar que la institución de crédito quiere entregar el dinero al que lo requiere, aunque no lo desee. Dicho de otra manera: el que entrega una cosa a cualquiera que la requiera para apropiarse de ella lo hace voluntariamente, aunque lo haga mediante un dispositivo electrónico. Precisamente por estas consideraciones es que el hecho enjuiciado en esta causa sólo se debe sancionar como hurto de la tarjeta de crédito, mientras no exista un tipo penal específico como se ha introducido en otros derechos europeos. La situación actual de la legislación penal frente a las manipulaciones indeseadas de aparatos electrónicos es similar a la que se produjo a principios de siglo con la electricidad y que obligó a la creación de un tipo especial. En los casos de uso indebido de cajeros automáticos lo

que en verdad existe es un "engaño" sobre la autorización para retirar dinero de esa manera. Pero, dado que el art. 528 requiere para la estafa que se haya engañado "a otro", no es posible aplicar dicha disposición, pues un aparato electrónico no es "otro", en el sentido de otra persona. Esta insuficiencia del tipo penal de la estafa no se puede compensar mediante la aplicación del delito de robo (...) ello vulnera el principio de legalidad del art. 25.1º CE, que prohíbe la extensión analógica de la ley en contra del acusado".

Tras ello, esta sentencia 369/2007, concluye su posición:

Llegados a este punto habrá de determinarse si estas operaciones pueden ser comprendidas en la actual estafa informática del art. 248.2 CP. de 1995, tal como se ha pretendido solucionar en otros derechos nacionales.

Así el derecho alemán con la entrada en vigor el 1.8.96 del parágrafo 263 a) del STGB que dispone "El que con la intención de obtener un beneficio patrimonial ilícito para sí o para un tercero, lesiona el patrimonio de otro interfiriendo en el resultado de un tratamiento de datos, mediante una estructuración incorrecta del programa, la utilización incorrecta o incompleta de datos, la utilización de datos sin autorización, o la intervención de cualquier otro modo no autorizado en el proceso, será castigado con la pena de privación de libertad de hasta cinco años o con multa...", pretende solucionar el problema de la obtención de dinero de los cajeros automáticos, previa sustracción de la tarjeta de otro, tipificando como supuesto de estafa una especie de intrusismo informático esto es, la utilización no autorizada de datos (sinbefugte verwendung). Debemos plantearnos si este supuesto puede ser reconducido al tipo del art. 248.2 del nuestro CP creado como consecuencia de la falta de tipicidad de los engaños a las máquinas y que requiere valerse "de alguna manipulación informática o artificio semejante" para conseguir una transferencia no consentida de cualquier activo patrimonial en perjuicio de tercero, y que algunos autores rechazan argumentando que no es posible hablar en estos casos de manipulación, sin hacer perder a esta expresión su verdadero sentido, cuando la máquina es utilizada correctamente solo que por una persona no autorizada a intervenir en ella con la tarjeta de otro y ello porque manipular el sistema informático se considera por este sector doctrina es algo más que actuar en él, equivale a la introducción de datos falsos o alteración de programas perturbando el funcionamiento debido del procesamiento, sin que resulte equivalente la acción de quien proporciona al ordenador datos correctos que son tratados adecuadamente por el programa, es decir, cuando el funcionamiento del software no sufre alteración, sino sólo la persona que no debe autorizarlo, no sería posible hablar de manipulación informática en el sentido del art. 248.2 CP.

Ahora bien, con independencia de que esa alteración de la persona supone un uso indebido de cajeros automáticos que podría ser subsumida en la alternativa típica del "artificio semejante" del art. 248.2 CP en estos casos de conducta voluntaria -pues como hemos dicho, el Banco entrega voluntariamente a quien use regularmente la tarjeta- pero no consentida, en el sentido de que el Banco no consiente que un sujeto obtenga el dinero sin autorización, lo cierto es que tanto en algunos pronunciamientos jurisprudenciales como en parte de la doctrina se va asentando la posibilidad de aplicar el tipo penal del art. 248.2 CP.

Así en la sentencia 1175/2001 de 20.11 en su caso la que el sustractor de la tarjeta en connivencia con el empleado de un establecimiento comercial introducen ésta en el lector para obtener una mercancía con cargo a dicha tarjeta, señaló que el Código penal de 1995 introdujo el párrafo 2º del art. 248 del Código penal una modalidad específica de estafa para tipificar los actos de acechanza a patrimonios ajenos realizados mediante la realización de manipulaciones y artificios que no se dirigen a otros, sino a máquinas en cuya virtud ésta, a consecuencia de una conducta artera, actúa en su automatismo en perjuicio de tercero. Estos supuestos no cabían en la anterior comprensión de la estafa pues el autor no engañaba a otro, sino a una máquina. En el supuesto enjuiciado, la utilización de una tarjeta de crédito aparentando ser su titular no podía ser integrado en el concepto clásico de la estafa en cuanto el "engaño" era realizado a la máquina que automáticamente efectuaba la disposición patrimonial. El engaño siempre presupone una relación personal que no es posible extenderlo a una máquina.

La actual redacción del art. 248.2 del Código penal permite incluir en la tipicidad de la estafa aquellos casos que mediante una manipulación informática o artificio semejante se efectúa una transferencia no consentida de activos en perjuicio de un tercero admitiendo diversas modalidades, bien mediante la creación de órdenes de pago o de transferencias, bien a través de manipulaciones de entrada o salida de datos, en virtud de los que la máquina actúa en su función mecánica propia.

Como en la estafa debe existir un ánimo de lucro; debe existir la manipulación informática o artificio semejante que es la modalidad comisiva mediante la que torticeramente se hace que la máquina actúe; y también un acto de disposición económica en perjuicio de tercero que se concreta en una transferencia no consentida. Subsiste la defraudación y el engaño, propio de la relación personal, es sustituido como medio comisivo defraudatorio por la manipulación informática o artificio semejante en el que lo relevante es que la máquina,



informática o mecánica, actúe a impulsos de una actuación ilegítima que bien puede consistir en la alteración de los elementos físicos, de aquéllos que permite su programación, o por la introducción de datos falsos.

Cuando la conducta que desapodera a otro de forma no consentida de su patrimonio se realiza mediante manipulaciones del sistema informático, bien del equipo, bien del programa, se incurre en la tipicidad del art. 248.2 del Código penal. También cuando se emplea un artificio semejante. Una de las acepciones del término artificio hace que este signifique artimaña, doblez, enredo o truco. La conducta de quien aparenta ser titular de una tarjeta de crédito cuya posesión detenta de forma ilegítima y actúa en connivencia con quien introduce los datos en una máquina posibilitando que ésta actúe mecánicamente está empleando un artificio para aparecer como su titular ante el terminal bancario a quien suministra los datos requeridos para la obtención de fondos de forma no consentida por el perjudicado.

Doctrina esta reiterada en la STS. 692/2006 de 26 de junio que contempló un supuesto parecido castigando como estafa informática la utilización de tarjetas desde una terminal de punto de venta (TPV) para el uso de tarjetas de pago.

Igualmente la sentencia 1476/2004 de 21 de febrero que enjuiciaba unos hechos consistentes en que dos acusados desde la tienda de la madre de uno de ellos, manipularon el TPV que se encontraba en el interior del referido comercio, terminal propiedad del Banco Bilbao Vizcaya Argentaria SA., vinculado a la cuenta corriente de la que era titular la citada madre y utilizando la tarjeta Visa Electrón, titularidad de la acusada efectuaron doce operaciones de compras y otras tantas de "abono por devolución de compra", por un importe que lograron así se ingresara en la cuenta de la acusada. Posteriormente con la tarjeta extrajeron dinero de un cajero y obtuvieron servicios en establecimientos, declaró que "al texto del art. 248.2 CP considera aplicable la pena de la estafa cuando el autor se ha valido de "alguna manipulación informática" o de algún "artificio semejante". La cuestión de cuáles son los artificios semejantes debe ser determinada por la aptitud del medio informático empleado para producir el daño patrimonial. En este sentido es equivalente, a los efectos del contenido de la ilicitud, que el autor modifique materialmente el programa informático indebidamente o que lo utilice sin la debida autorización o en forma contraria al deber. En el presente caso, el recurrente carecía de autorización para utilizar el medio informático y, además, produjo efectos semejantes a la misma, sobre el patrimonio del Banco.

Dicha sentencia calificó por tanto los hechos como estafa informática del art. 248.2 CP añadiendo que dicho tipo penal "tiene la función de cubrir un ámbito al que no alcanzaba la definición de la estafa introducida en la reforma de 1983. La nueva figura tiene la finalidad de proteger el patrimonio contra acciones que no responden al esquema típico del art. 248.1 CP. pues no se dirigen contra un sujeto que pueda ser inducido a error. En efecto, los aparatos electrónicos no tienen errores como los exigidos por el tipo tradicional de la estafa, es decir, en el sentido de una representación falsa de la realidad. El aparato se comporta según el programa que lo gobierna y, en principio, "sin error....".

Por último, la STS. 185/2006 tras declarar que era claro que el delito de estafa genérico del art. 248.1 no era aplicable al uso de la tarjeta en cajero, dado que solo puede ser engañada una persona que, a su vez, pueda incurrir en error y por lo tanto, ni las máquinas pueden ser engañadas -es obvio que no es "otro", como reclama el texto legal-, ni el cajero automático ha incurrido en error, puesto que ha funcionado tal como estaba programado que lo hiciera, es decir, entregando el dinero al que introdujera la tarjeta y marcara el número clave, disienta la posibilidad en cambio, de aplicar el tipo del art. 248.2 para los casos de usos abusivos en cajeros automáticos, precisando: "sin embargo cabría pensar, sólo hipotéticamente -este segundo apartado no habría sido objeto de acusación- que el uso abusivo de tarjetas que permiten operar en un cajero automático, puede ser actualmente subsumido bajo el tipo del art. 248.2 CP, dado que tal uso abusivo constituye un "artificio semejante" o una manipulación informática pues permite lograr un funcionamiento del aparato informático contrario al fin de sus programadores..."

Esta postura es compartida por aquellos que consideran que en tales casos se están ocultando datos reales e introduciendo datos falsos en el sistema: se oculta la identidad real del operador y se suplanta la del verdadero titular. Tal identificación, a través de la introducción del número secreto obtenido indebidamente, tiene una relevancia o eficacia jurídica que constituye el dato clave para estimar que si estamos ante una manipulación informática. Dicha relevancia se pone de manifiesto a través de la consideración de que teclear el password ante el sistema es tanto como identificarse.

La Decisión Marco del Consejo de Ministros de la Unión Europea sobre "la lucha contra el fraude y la falsificación de medios de pago distintos del efectivo", de fecha 28 de Mayo de 2001", dispone en su art. 3º que "Cada estado miembro adoptará las medidas necesarias para garantizar que las siguientes conductas sean delitos penales cuando se produzcan de forma deliberada: realización o provocación de una transferencia de dinero o de valor monetario (...) mediante:

- la introducción, alteración, borrado o supresión indebidas de datos informáticos especialmente datos de identidad.

- la interferencia indebida en el funcionamiento de un programa o sistema informáticos.

De ahí -coincidimos con lo argumentado por el Ministerio Fiscal- se desprende que la identificación a través del número secreto o PIN es una de las conductas que enuncia la Decisión Marco entre las que caracterizan la manipulación informática.

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

Ahora esta interpretación, ciertamente problemática, el anteproyecto de 2006 de reforma del CP. que modifica el art. 248, alterando en buena medida la definición legal de estafa al introducir en el apartado 2º bajo la letra c) la modalidad de "los que utilizando tarjetas de crédito o débito, o cheques de viaje o los datos obrantes en ellos, realicen operaciones de cualquier clase en perjuicio de su titular con lo que el uso de tarjetas en cajeros se recogería ahora en este tipo especial del apartado c) del núm. 2 del art. 248, resolviendo así las dudas suscitadas acerca de su calificación, evidenciando la voluntad del legislador de calificar como estafa, los empleos fraudulentos de tarjeta en todo caso (operaciones en "cualquier clase" indica la Exposición de Motivos), ya en establecimientos comerciales y por ello ante personas o directamente ante terminales informáticos aún cuando en ellas se utilizare una clave o número PIN.

En idéntico sentido y contenido, la 663/2009, de 30 de mayo; y así como en el abundante casuismo del denominado "phising", donde por diversos fraudes, que van desde la simple petición de los datos hasta las maquinaciones y alteraciones informáticas a través de la red, se logra el conocimiento de los datos relativos a tarjeta de bancarias (o asimilados), que posibilitan con el indebido uso de los mismos, el ulterior desplazamiento patrimonial, pacíficamente se califican de estafa informática.

### Tercero.

El supuesto de autos, de conformidad con la jurisprudencia expuesta, debería ser integrado en el art. 248.2.a) CP, como estafa informática, y si bien el supuesto de autos, guarda obvias equivalencias con la modalidad introducida por la LO 5/2010, al considerar también en el apartado c) del art. 248.2, reos de estafa, a los que utilizando tarjetas de crédito o débito, o cheques de viaje, o los datos obrantes en cualquiera de ellos, realicen operaciones de cualquier clase en perjuicio de su titular o de un tercero, resulta que el listado casuista de los instrumentos de 'pago' incluidos en el tipo no menciona el utilizado en autos, una libreta de ahorros, lo que impide su inclusión en esta nueva modalidad, permaneciendo por ende tipificada la conducta de autos, en el art. 248.2.a).

Así la STS 172/2013, de 8 de febrero, señala que "es clásico el argumento que a una máquina no se la puede engañar, pero ha sido superado por las reformas legales que han ensanchado la estafa tradicional para dar cabida a otras modalidades en las que ya encajan claramente hechos como el aquí analizado. Las actuales tipicidades han arrumbado al baúl de los recuerdos ese debate y las argumentaciones, a veces artificiosas, que se esgrimieron para sortear esa objeción real. La Sala ha aplicado el actual artículo 248.2.a) que atrae al ámbito de la estafa la actividad de quienes "con ánimo de lucro y valiéndose de alguna manipulación informática o artificio semejante, consigan una transferencia no consentida de cualquier activo patrimonial en perjuicio de otro". Resolución esta que igualmente invoca como precedente la STS 369/2007, de 9 de mayo.

La STS 520/2015, de 16 de noviembre, contempla un supuesto muy similar al de autos: en el periodo comprendido entre el 16 de julio de 2011 y el 27 de julio, la acusada Sagrario, en ejecución de un plan preconcebido y con ánimo de obtener un beneficio económico, aprovechando que, por razón de su despeño laboral como cuidadora de María Consuelo, (de 78 años de edad y aquejada de parkinson) en el domicilio de esta última, tenía acceso a las cuentas bancarias de la Sra María Consuelo y conocía sus claves de acceso se apoderó de las libreta de ahorro sobre la cuenta núm... de la Caixa y realizó sin el consentimiento de su titular las siguientes extracciones... ; donde ninguna duda suscita su calificación de estafa informática.

Por su parte, la STS 288/2015, de 18 de mayo, donde los hechos en síntesis, se refieren a personas que integraban una organización que se dedicaba a obtener un enriquecimiento económico mediante transferencias

bancarias a través de internet sin conocimiento de los titulares de las cuentas disponiendo en su beneficio del dinero así obtenido; y el método consistía en la obtención por diversos procedimientos de los nombres, contraseñas y claves de los titulares de las cuentas, seguidamente solicitaban de las compañías telefónicas el bloqueo de las tarjetas SIM correspondientes a los números de teléfono de los titulares, simulando pérdida y adquirirían en una tienda de telefonía un duplicado de la tarjeta para recibir la contraseña y completar las órdenes de transferencias ordenadas fraudulentamente; mantiene la calificación de estafa informática, del art. 248.2, tipología de la que destaca que el engaño no puede ser exigido.

#### Cuarto.

Sin embargo, aunque hayamos concluido la calificación por estafa informática del art. 248.2.a) y no por hurto, la cuestión como sucedió en la instancia desde diverso ángulo, es determinar el alcance del principio acusatorio.

Ciertamente con la modalidad de estafa clásica presenta obvias similitudes y algún matiz diferencial, donde subsisten todos los elementos de aquella, salvo el engaño bastante para producir error en otro, siendo su función desempeñada por la manipulación informática o por artificio fraudulento semejante, que en definitiva origina el desplazamiento patrimonial que no ha consentido su titular.

Es decir, subsiste la defraudación mientras que el engaño, propio de la relación personal, es sustituido como medio comisivo defraudatorio, por la manipulación informática donde lo relevante es que la máquina, informática o mecánica, actúe a impulsos de una actuación ilegítima como la alteración de los elementos físicos, o la alteración de su programación, o bien por un artificio semejante, que concorde la jurisprudencia citada, comprende la utilización de los datos auténticos sin la debida autorización, pues no cabe olvidar que una de las acepciones del término artificio hace que éste signifique artimaña, doblez, enredo o truco.

Desde consideraciones procesales, existe un precedente previo al desarrollo consolidado de la anterior jurisprudencia, que contempla similar presupuesto fáctico, donde se concluye que hipotéticamente, el uso abusivo de tarjetas que permite operar en un cajero automático puede ser actualmente subsumido bajo el tipo del art. 248.2 CP, dado que tal uso abusivo constituye un "artificio semejante" a una manipulación informática, pues permite lograr un funcionamiento del aparato informático contrario al fin de sus programadores ( STS 185/2006, de 24 de febrero); pero en aquel procedimiento específico, niega homogeneidad y añade que no ha sido objeto de acusación.

Aquí en autos, ciertamente el Ministerio Fiscal, en sus conclusiones definitivas calificó los hechos como estafa del art. 248.1; mientras que la acusación particular lo hizo como delito del art. 248 sin mayor distingo. E incluso en su escrito en esta sede casacional, aunque menciona entre los requisitos del tipo el engaño bastante, lo proyecta sobre una primera fase, en la consecución del número PIN y como ya indicara en conclusiones definitivas, describe una segunda fase, una vez en disposición de aquella clave PIN, "comenzaron las actuaciones ilícitas"; y "sin ningún consentimiento del titular la acusada comenzó a extraer importantes cantidades de dinero de las cartillas".

Respecto al alcance del principio acusatorio, como refiere la STS 86/2018, de 19 febrero, comprende tanto la exigencia de que nadie puede ser condenado por cosa distinta de la que se le ha acusado y la que, por lo tanto, haya podido defenderse, habiendo precisado a este respecto que por "cosa" no puede entenderse únicamente un concreto devenir de acontecimientos, un factum, sino también la perspectiva jurídica que delimita de un cierto modo ese devenir y selecciona algunos de sus rasgos, pues el debate contradictorio recae no sólo sobre los hechos, sino también sobre su calificación jurídica" ( SSTC 4/2002, de 14 de enero; 228/2002, de 9 de diciembre; 35/2004, de 8 de marzo; 7/2005, de 4 de abril).

En autos y a diferencia de otros ejemplos o diversa casuística procesal, la calificación de estafa informática del art. 248.2.a) CP, se acomoda plenamente al relato contenido en las conclusiones definitivas de ambas acusaciones, así como a la declaración de hechos probados; ya en su intangibilidad aisladamente considerada o incluso también con la integración de los elementos factuales vertidos en los fundamentos; donde en definitiva se narra el desplazamiento patrimonial obtenido por la acusada, tras conseguir el número pin de la libreta de ahorros del perjudicado y utilizarlo diversas veces en cajeros automáticos, apoderándose así de un total, de 16.520 euros.

Y desde una perspectiva jurídica, la acusación particular calificó en conclusiones definitivas por estafa del art. 248, sin concreción ni especificación alguna, ni referencia al primer o segundo apartado, existentes ambos desde la inicial promulgación del actual Código Penal de 1995 y por ende comprensiva de cualesquiera de las tipologías recogidas en sus respectivos apartados.

Por otra parte, la consideración normativa del "engaño bastante para producir error en otro", es expresión más extensa y comprensiva del artificio similar a manipulación informática, donde la argucia, artimaña o ardid,

persiste pero sin interlocutor subjetivo, lo que posibilita concluir homogeneidad en el supuesto de autos, aunque lo impide lógicamente en sentido inverso. Hasta el extremo que en la STS 98/2017, de 20 de febrero, que contempla la conducta de quien siendo portera del inmueble, al disponer de las llaves de la vivienda del piso de la víctima, que le había entregado su hija tras haber ingresado en una Residencia Geriátrica, debido a su avanzada edad de 98 años y a su deterioro físico e intelectual, recoge del mismo una cartilla bancaria junto al número secreto y otra documentación bancaria, realiza diversas extracciones llegando a sacar seis mil euros hasta dejar la cuenta en saldo negativo, acude a otra entidad bancaria donde la víctima era titular de otra cuenta y haciendo entrega de un impreso de transferencia por importe de seis mil euros aparentemente firmado por el titular bancario, dio orden para que dicha cantidad fuese transferida a la cuenta de la que poseía la libreta con el pin para poder extraer el dinero, para una vez materializada la transferencia seguir sacando dinero tal y como lo había hecho con anterioridad; y al impugnarse en casación la calificación (además de falsedad en documento mercantil) como estafa continuada, cuestionando la suficiencia del engaño, se desestima sin realizar ninguna discriminación el engaño al empleado bancario y el artificio con el uso no autorizado del pin en el cajero.

En definitiva, aunque recaiga condena por estafa informática, se respeta el relato fáctico de la acusación, tal cual lo ha recogido la sentencia recurrida y se mantiene la calificación de estafa del art. 248, que no concretaba el específico apartado de esa norma y ahora se especifica en el número segundo, apartado a), de modo que no mediaría apartamiento alguno de la calificación propuesta por la acusación particular.

Nada obsta que dicha calificación de estafa genérica, mantenida por la acusación particular, que ahora actúa como recurrente adhesiva, pues no exige la norma que la pretensión adhesiva sea necesariamente convergente (Vd. STS 179/2016, de 3 de marzo).

La condena por estafa informática, además de la descrita sujeción formal al principio acusatorio, conlleva en todo caso una observancia material del mismo, pues ha mediado debate sobre todos los elementos fácticos y jurídicos de ambas tipologías, de modo que el alcance normativo del engaño -único elemento discriminador entre ambos tipos- en la conducta declarada probada en la consecución y utilización del pin (que normativamente se especifica ahora en artificio similar a manipulación informática), para poder ser calificada la conducta de la acusada como estafa del art. 248, ha sido el objeto constante del proceso, desde la calificación provisional hasta esta sede casacional.

#### Quinto.

Consecuentemente el motivo formulado por la acusación particular debe ser estimado, sin que a ello sea óbice que nos encontremos ante una sentencia absolutoria, pues no nos pronunciamos ni atendemos a elemento subjetivo propio del demandante, sino sobre la definición jurídica del delito analizado con carácter general; los aspectos que hemos analizado son de carácter estricta y puramente jurídico, sin que los hechos declarados probados en la resolución recurrida, hayan sido modificados de manera alguna, ni tampoco contradice la argumentación desplegada, cuestión factual alguna vertida en las fundamentaciones (vd STEDH de 25 de octubre de 2011, asunto Almenara Álvarez c. España, § 49), sino exclusivamente el alcance y calificación jurídica de los tipos de estafa contemplados (vd STEDH 22 de octubre de 2013, Naranjo Acevedo c. España, § 18; y STEDH 23 de febrero de 2016, Pérez Martínez c. España, § 37).

#### FALLO

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

Estimar el recurso adhesivo interpuesto por la representación procesal de la acusación particular y desestimar el formulado por el Ministerio Fiscal, contra la sentencia dictada en fecha 3 de noviembre de 2017 por la Audiencia Provincial de Madrid, Sección Sexta; y en su virtud casamos y anulamos la expresada sentencia, dictándose a continuación otra más ajustada a Derecho; ello, con declaración de oficio de las costas causadas.

Notifíquese esta resolución a las partes y la que seguidamente se dicta e insértese en la colección legislativa. Así se acuerda y firma.

RECURSO CASACION núm.: 2894/2017

Ponente: Excmo. Sr. D. Andres Palomo Del Arco

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.

D. Julian Sanchez Melgar

D. Miguel Colmenero Menendez de Luarca

D. Alberto Jorge Barreiro

D. Andres Palomo Del Arco

D. Vicente Magro Servet

En Madrid, a 26 de octubre de 2018.

Esta sala ha visto la causa seguida por la Sección Sexta de la Audiencia Provincial de Madrid, Procedimiento Abreviado núm. 1753/2016, proveniente del Juzgado de Instrucción núm. 44 de Madrid, que absolvió por sentencia de fecha 3 de noviembre de 2017 a la acusada D.<sup>a</sup> Felicísima de delito de estafa y que ha sido casada y anulada por la dictada en el día de la fecha por esta Sala Segunda del Tribunal Supremo, integrada por los Excmos Sres. anotados al margen.

Ha sido ponente el Excmo. Sr. D. Andres Palomo Del Arco.

ANTECEDENTES DE HECHO

**Único.**

Se aceptan los declarados probados por la Audiencia Provincial.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

**Único.**

De conformidad con lo establecido en nuestra sentencia casacional, a partir de los hechos declarados probados en la instancia, debemos declarar a la acusada como autora materialmente responsable de un delito continuado de estafa informática del art. 248.2.a) CP.

Ello sin concurrencia de circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal, pues en su escrito de conclusiones definitivas no lo solicitaba y tampoco el relato probado, indica cómo eran las relaciones previas al momento contemplado en autos cuando ya actúa para conseguir el PIN; lo que conlleva por interacción de los arts 74 CP y 249 CP que la pena a imponer haya de encontrarse entre el año y nueve meses y los tres años de prisión; y al umbral mínimo habremos de estar, al ponderarse el artificio y la reiteración de actuaciones en la calificación efectuada y no contar con datos significativos sobre la personalidad de la acusada; y en cuanto a la responsabilidad civil habrá de estarse a los 16,520 euros obtenidos, sin consideración alguna a los daños morales al no haber sido declarada su existencia en el relato probado de la sentencia de instancia.

F A L L O

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

Condenar a D.<sup>a</sup> Felicísima, como autora criminalmente responsable de un delito continuado de estafa informática del art. 248.2.a) CP, sin la concurrencia de circunstancias modificativas de responsabilidad criminal, a la pena de un año y nueve meses de prisión, con la accesoria de inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena; que indemnice a D. Jose Augusto (o a sus herederos, en caso de acreditarse su fallecimiento), en la cantidad de 16.520 euros; así como al abono de las costas causadas, entre las que se incluyen las de la acusación particular.

Notifíquese esta resolución a las partes e insértese en la colección legislativa.

Así se acuerda y firma.

Julian Sanchez Melgar Miguel Colmenero Menendez de Luarca

Alberto Jorge Barreiro Andres Palomo Del Arco Vicente Magro Servet

El contenido de la presente resolución respeta fielmente el suministrado de forma oficial por el Centro de Documentación Judicial (CENDOJ). La Editorial CEF, respetando lo anterior, introduce sus propios marcadores, traza vínculos a otros documentos y hace agregaciones análogas percibiéndose con claridad que estos elementos no forman parte de la información original remitida por el CENDOJ.