

Audiencia Provincial de Las Palmas, Sección 1ª, Sentencia 302/2021 de 28 Sep. 2021, Rec. 827/2021

Ponente: Herrera Puentes, Pedro Joaquín.

Nº de Sentencia: 302/2021

Nº de Recurso: 827/2021

Jurisdicción: PENAL

No es delito la utilización de una tarjeta bancaria ajena para extraer dinero del cajero al desconocer el número pin

Cabecera

TENTATIVA INIDÓNEA DE ESTAFA. Los acusados utilizaron una tarjeta bancaria perteneciente a otra persona e intentaron extraer dinero del cajero automático. Todas las operaciones resultaron denegadas por introducir un número PIN de cliente erróneo. Absolución. Tentativa inidónea no punible. La actuación de los acusados está muy lejos de producir la lesión patrimonial por ellos pretendida. Se acercan a un cajero de una entidad bancaria con el fin de hacer uso de la tarjeta que portan, pero los actos que ejecutan a tal fin resultan baldíos y exentos de la mínima fuerza ejecutiva que se precisa para atentar contra el bien jurídico que se pretende lesionar. Quieren causar un menoscabo patrimonial al titular de la tarjeta pero, al desconocer el pin de la misma y no tener medios para conocerlo, sus sucesivos intentos resultan exentos de ese mínimo de peligrosidad exigible para considerarlos punibles.

Resumen de antecedentes y Sentido del fallo

La AP Las Palmas de Gran Canaria estima el recurso de apelación interpuesto contra la sentencia del Juzgado de lo Penal núm. 1 de Las Palmas y absuelve del delito de tentativa inidónea de estafa.

SECCIÓN PRIMERA DE LA AUDIENCIA PROVINCIAL

C/ Málaga nº2 (Torre 3 - Planta 3ª)

Las Palmas de Gran Canaria Teléfono: 928 42 99 30

Fax: 928 42 97 76

Email: s01audprov.lpa@justiciaencanarias.org Rollo: Apelación sentencia delito

Nº Rollo: 0000827/2021

NIG: 3500641220190002050

Resolución: Sentencia 000302/2021

Proc. origen: Procedimiento abreviado Nº proc. origen: 0000061/2021-00

Jdo. origen: Juzgado de lo Penal Nº 1 de Las Palmas de Gran Canaria

SENTENCIA

Ilmos Sres:

Presidente:

Don Miguel Ángel Parramón i Bregolat

Magistrados

Don Pedro Joaquín Herrera Puentes, (Ponente)

Don Secundino Alemán Almeida

En Las Palmas de Gran Canaria, a 28 de septiembre de 2021.

Vistos en grado de apelación ante esta Audiencia Provincial, Sección Primera, los presentes autos de Procedimiento Abreviado 61/21, del que dimana el presente rollo, procedentes del Juzgado de lo Penal Número Uno de Las Palmas, por delito de Estafa, contra D. Aurelio, representado por la Procuradora Doña Adriana Domínguez Cabrera y Cabrera y defendido por la Abogada AA, y contra D. Federico, representado por la Procuradora BB y defendido por el Abogado CC, siendo parte acusadora el **MINISTERIO FISCAL**, pendientes ante esta Sala en virtud de los recursos de

apelación interpuestos por ambos acusados, siendo ponente el Ilmo. Sr. D. Pedro Joaquín Herrera Puentes.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Se aceptan los antecedentes de hecho de la sentencia apelada y, también, la DECLARACIÓN DE HECHOS PROBADOS, que se da aquí por reproducida y se corresponden con los siguen:

De la prueba practicada en el acto de la vista ha quedado acreditado que en horas de la madrugada del día 9 de Marzo de 2.019 los acusados, D. Aurelio, mayor de edad por cuanto nacido el día 00/00/00, con D.N.I. número NUM001 y sin antecedentes penales computables, y D. Federico, mayor de edad por cuanto nacido el día 00/00/00, con D.N.I. número NUM002 y sin antecedentes penales computables, puestos de común acuerdo en cuanto a la acción y el resultado, guiados por un ánimo de ilícito enriquecimiento, y utilizando una tarjeta bancaria que tenían en su poder y que estaba expedida a nombre de D. Ramiro, se dirigieron a un cajero automático sito en Arucas (Las Palmas) y realizaron las siguientes acciones:

- *A las 02:28:07 horas intentaron efectuar un reintegro de 600 euros.*
- *A las 02:28:48 horas intentaron efectuar un reintegro de 600 euros.*
- *A las 02:29:25 horas intentaron efectuar un reintegro de 600 euros.*
- *A las 02:30:08 horas intentaron efectuar un reintegro de 600 euros.*
- *A las 02:30:45 horas intentaron efectuar un reintegro de 600 euros.*
- *A las 02:31:26 horas intentaron efectuar un reintegro de 100 euros.*
- *A las 02:32:07 horas intentaron efectuar un reintegro de 100 euros.*
- *A las 02:32:48 horas intentaron efectuar un reintegro de 600 euros.*
- *A las 02:33:27 horas intentaron efectuar un reintegro de 600 euros.*

Todas las anteriores operaciones resultaron denegadas por introducir un número PIN de cliente erróneo.

El acusado D. Aurelio ha estado privado de libertad por esta causa el día 21 Octubre de 2.019.

El acusado D. Federico ha estado privado de libertad por esta causa el día 22 de Octubre de 2.019:

SEGUNDO.- Por el Juzgado de lo Penal se dictó sentencia en los referidos autos con fecha 31 de Mayo de 2021, con el siguiente fallo: *QUE DEBO CONDENAR Y CONDENO A D. AURELIO Y D. FEDERICO como autores penalmente responsables de un delito continuado de estafa en grado de tentativa, sin que concurren circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal, a la pena cada uno de cuatro meses y quince días de prisión, accesoria de inhabilitación especial para el ejercicio del derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena, y al abono de las costas.*

TERCERO.- Contra la mencionada sentencia se interpuso por ambos acusados sendos recursos de apelación, con las alegaciones que constan en los escritos presentados, sin proponer nuevas pruebas, y, dado trasladó a las demás partes, se presentó por el Ministerio Fiscal escritos de impugnación con las alegaciones que constan en el mismo.

Elevados los autos a esta Audiencia, se dio traslado de los mismos al Magistrado Ponente a los efectos de acordar sobre la celebración de vista y, en su caso, sobre admisión de prueba propuesta.

No estimándose necesaria la práctica de prueba en esta segunda instancia, ni la celebración de vista, quedaron los autos vistos para deliberación y dictar la correspondiente sentencia.

CUARTO.- En la tramitación de esta alzada se han observado todas las prescripciones legales.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Los acusados apoyan en esencia su recurso de apelación en base a que la actuación de ellos, conforme a lo que se relata en los hechos probados, quedaría dentro de la tentativa inidónea y por lo tanto su actuar no sería punible. Y así, interesan su absolución.

En su defecto, consideran que no existe continuidad delictiva.

El Ministerio fiscal, por su parte, comparte los argumentos esgrimidos en la sentencia y solicita su confirmación.

SEGUNDO.- Conforme a la pacífica doctrina jurisprudencial recogida entre otras en la sentencia del TS de 22 de marzo de 2018 *sólo está excluida de la penalidad la tentativa inidónea, con idoneidad absoluta, o sea la irreal o imaginaria, que pretende matar al enemigo con conjuros o prácticas mágicas, pero no la de idoneidad relativa, que puede revelar la ineficacia temporal o momentánea en atención a las circunstancias, pero que no empecé que acredite su virtualidad en otras condiciones.*

Se sostiene que el fundamento de la punibilidad de la tentativa consiste en que, a través de su intento, el autor expresa su desobediencia a una norma realmente existente. El mayor o menor peligro que genera su ánimo será evaluado penológicamente a través del *artículo 62 del Código Penal* vigente "atendiendo al peligro inherente al intento". Así, el juez deberá atender al peligro introducido por la acción inacabada y al grado de ejecución alcanzado, pudiéndose afirmar que en caso de que ambos indicadores "marquen" un bajo nivel, se impone como solución más acorde con los principios de culpabilidad y de proporcionalidad la rebaja del reproche en dos grados.

Criterio que ha sido reiterado en *STS 630/2004, 1329/2004, de 24-11; 289/2007, de 4-4; 861/2007, de 24-10; 822/2008, de 4-12, y 963/2009, de 7-10*, de modo que "solamente quedarían excluidos los casos en los que el autor, según su plan, hubiere acudido para realizarlo a medios absolutamente irreales o supersticiosos". La STS 1100/2011 de 27 de octubre, insiste ***la tentativa para ser punible ha de revelar un mínimo de peligrosidad***. La tentativa no puede fundamentarse en criterios objetivos y subjetivos puros, sino que se impone una tesis ecléctica. Lo esencial es que la tentativa exprese una voluntad del autor hostil al Derecho, pero, además, en cuanto la acción debe mostrarse como peligrosas ex ante, cabe fundamentar la tentativa también objetivamente en la concurrencia de un peligro, al menos abstracto para el bien jurídico. Esta peligrosidad de la acción es el mínimo requerido para la punibilidad de la tentativa (quedando excluida por la tentativa irreal).

Por tanto, *para la punibilidad de la tentativa, basta haber ejecutado una acción abstractamente peligrosa para el bien jurídico*. Este es el sentido de la exigencia contenida en el art. 16 de que la acción objetivamente deba producir el resultado, esto es, basta con que en una perspectiva ex ante la acción aparezca como idónea o adecuada para producir lesión del bien jurídico a los ojos de un observador objetivo,

esto es **se acogerá en el ámbito de la tentativa toda actividad, que a un juicio de un observador objetivo, que conozca el plan concreto del autor, se muestre, según una concepción natural y normal de los hechos ("ut, quod prelumque accidit"), como parte integrante y necesaria del comportamiento típico enjuiciado.** Por ello, no es necesario un peligro concreto, esto es, que el bien jurídico contacte efectivamente con la acción peligrosa.

Por otro lado, la no concurrencia de alguno de los elementos del tipo objetivo, que impide la consumación del hecho, debe deberse a causas distintas de la voluntad del autor, pues de acuerdo con lo prevenido en el art. 16, "quedará exento de responsabilidad penal por el delito intentado, quien evite voluntariamente la consumación del delito, bien desistiendo de la ejecución ya iniciada, bien impidiendo la producción del resultado, sin perjuicio de la responsabilidad en que pudiera haber incurrido por los actos ejecutados, si éstos fueran ya constitutivos de otro delito o falta". La esencia del desistimiento es, pues, la evitación voluntaria de la consumación del delito, esto es, la existencia de un *actus contrarius* del autor que comenzó la ejecución del delito que neutraliza la progresión del acontecer delictivo hacia la lesión del bien jurídico. La tentativa supone que falta alguno (cualquiera) de los elementos objetivos del tipo y no solo el resultado. Así, hay tentativa, tanto cuando falten en el autor las condiciones especiales requeridas por el tipo como cuando el resultado no es imputable a la acción, aunque fuese pretendido por el sujeto. No es atendible la teoría de la falta de tipo que reduce conceptualmente la tentativa a la ausencia de resultado, considerando que cuando falta cualquier otro elemento del tipo objetivo estamos ante un hecho atípico.

Aplicando tal doctrina al caso debatido, y partiendo del relato de hechos probados, es de observar que *el actuar de los acusados está muy lejos de producir la lesión patrimonial por ellos pretendida.* Ciertamente que se acercan a un cajero de una entidad bancaria con el fin de hacer uso de la tarjeta que portan, pero los actos que ejecutan a tal fin resultan baldíos y exentos de la mínima fuerza ejecutiva que se precisa para atentar contra el bien jurídico que se pretende lesionar. *Quieren causar un menoscabo patrimonial al titular de la tarjeta, pero, al desconocer el pin de la misma y no tener medios para conocerlo, sus sucesivos intentos resultan exentos de ese mínimo de peligrosidad exigible para considerarlos punibles.* Es prácticamente imposible atinar con la clave secreta de cuatro dígitos, salvo que la diosa fortuna se hubiese puesto de su parte y les hubiese iluminado, lo cual, como se infiere del relato fáctico, obviamente no

tuvo lugar. Su esfuerzo ha sido estéril e inidóneo para alcanzar ese deseado y quimérico objetivo. La acción no es que sea inacabada, es que ni siquiera supone un mínimo avance en el iter criminis imaginado e ideado. La introducción de la tarjeta en la correspondiente ranura y las sucesivas pulsaciones aleatorias de números ni siquiera son de utilidad para valorar una peligrosidad en abstracto. En definitiva, el actuar de ambos acusados carece de esa mínima suficiencia para revelarse como parte integrante y necesaria del comportamiento típico enjuiciado

Todo lo cual, determina que esta Sala considere que la base fáctica de la sentencia de instancia es *insuficiente para justificar la comisión de una tentativa de estafa* y conlleva que quede sin efecto el pronunciamiento condenatorio recurrido.

TERCERO.- Al derivarse de cuanto antecede, una estimación de los recursos de apelación interpuestos, procede la modificación de la sentencia en el sentido antes expuesto, es decir, se deja sin efecto el pronunciamiento condenatorio de la instancia y se sustituye por otro absolutorio, con todos los efectos favorables inherentes al mismo, lo que conlleva la declaración de oficio de las costas procesales causadas en la instancia:

Todo ello sin hacer expresa imposición de las costas derivadas de esta alzada, (arts. 239 y siguientes de la Ley de Enjuiciamiento Criminal).

Vistos los artículos citados y demás de pertinente y general aplicación, por la autoridad que nos confiere la Constitución Española,

FALLO

SE ESTIMA el recurso de apelación interpuesto contra la sentencia del Juzgado de lo Penal número Uno de los de Las Palmas de 31 de Mayo de 2021, a la que se contrae el presente Rollo. Y, en consonancia con ello, el fallo condenatorio de la instancia se sustituye por otro de contenido absolutorio, con todos los pronunciamientos favorables inherentes al mismo, significando que las costas procesales de la primera instancia se declaran de oficio.

No procede hacer expresa imposición de las costas derivadas de esta alzada.

Así por esta nuestra sentencia, contra la que solo cabe recurso de casación conforme a lo dispuesto en el art. 847.1 b en relación con el número 1º del art. 849 de la LECr, la pronunciamos, mandamos y firmamos.