

ARTICLE

Ús il·lícit i falsificació de targetes bancàries

Luis Ramón Ruiz

Resum

Les targetes bancàries, de crèdit i de dèbit, han constituït tradicionalment l'objecte central dels atacs no violents a patrimonis de les entitats bancàries i dels seus clients, a partir de la utilització de tecnologies basades en el desenvolupament de la informàtica i de les telecomunicacions. Si bé altres frauds i atacs patrimonials s'han sumat a aquestes pràctiques, el frau de targetes continua constituint una realitat criminològica de primer ordre.

La resposta del dret penal a aquestes pràctiques ha anat mantenint una notable falta de sistemàtica, que en certa manera ha estat substituïda per l'actuació dels tribunals, els quals han anat distribuint la variada fenomenologia delictiva en els diferents tipus penals en els quals han encaixat millor. L'absència d'un delictes de frau amb targetes, la possibilitat d'actuar il·lícitament amb targetes reals o de confecció falsa, l'ús d'aquestes en caixers automàtics, en comerços o la seva numeració per Internet dificulten notablement la qualificació jurídica de les conductes. Els tribunals han anat aplicant els delictes de robatori amb força, estafa i estafa informàtica segons l'execució concreta de la conducta delictiva derivada de l'ús il·lícit de la targeta, si bé la voluntat de reduir al màxim els espais d'impunitat ha portat en algunes resolucions judicials a forçar la interpretació dels tipus penals més enllà de l'exigible.

A això cal sumar-hi el tractament incongruent que el legislador ha donat a la falsificació de targetes bancàries, assimilant-la de forma genèrica a la falsificació de moneda, provocant una interpretació novament extensiva del Tribunal Suprem i assignant-li una penalitat sens dubte desorbitada.

El recurs al principi de legalitat i al de protecció exclusiva de béns jurídics s'imposa en una matèria normativa confusa i amb un tractament judicial erràtic.

Abstract

Bank cards –credit and direct debit cards– have traditionally been the main target for non-violent attacks on the patrimony of banking entities and their clients, through the use of technology based on the development of computer science and telecommunications. Although other instances of patrimonial attacks and fraud have emerged, bank card fraud remains a criminological reality of the first order.

In the face of such practices, criminal law has so far displayed a distinct lack of systematics, which has been replaced to a certain degree by the actions of the courts, who have distributed the varied criminal phenomenology into the different penal types that best suit each case. The absence of a specific law that recognises bank card fraud, combined with the possibility of using real or forged cards illicitly to withdraw money from cash points or make purchases in shops or on the Internet, makes it very difficult to judicially classify such behaviour. The courts have been applying the crimes of aggravated theft, fraud and computer fraud depending on the specific execution of the criminal behaviour derived from the illicit use of a bank card and, in some judicial resolutions, the will to reduce the areas of impunity as much as possible has led to a forced interpretation of the penal types beyond that which is enforceable.

We must also consider the incongruent treatment that the legislators have given to the falsification of bank cards, generically assimilating it to currency counterfeiting, leading to another broad interpretation by the Supreme Court and assigning it a penalty that is excessive from any viewpoint.

The recourse to the principle of legality and to that of exclusive protection of judicial goods is imposed on a subject matter that remains highly confused as regards rules and regulations and is treated erratically by the courts.

Paraules clau

falsificació, Internet, targetes, delictes

Tema

Dret penal i societat de la informació

Keywords

falsification, Internet, cards, crime

Topic

Penal law and information society

Introducció

Des del moment en què es va universalitzar el coneixement de les potencialitats de les tecnologies associades a l'ús de la informàtica, es van identificar ràpidament a tots els nivells dues classes de riscos per als seus usuaris voluntaris i involuntaris.

El primer estava associat a la intromissió en les esferes més privades dels ciutadans i en l'increment del control sobre aquests per organismes públics o per entitats o grups l'estructura i el funcionament dels quals són incomprensibles per a la majoria.

El segon risc estava vinculat al manteniment de la integritat patrimonial, especialment en els elements amb uns nivells d'immaterialitat elevats, és a dir, els ubicats en el sistema financer, en general, i en els mercats bancaris i de valors, en particular.

Amb el temps, s'han incrementat les esferes de la vida social en les quals les noves tecnologies adquireixen més presència, amb l'increment consegüent dels riscos i la necessitat d'articular mecanismes de prevenció i control d'aquests,¹ aquests últims només admissibles amb la intervenció de les institucions democràtiques.²

Era clar que el dret penal hi tindria un paper rellevant, i que alguns desenvolupaments de les noves tecnologies anirien de la mà de la regulació penal. Els grans beneficis de la informàtica com a instrument per al desenvolupament econòmic, professional, social i cultural, també feien preveure la seva enorme utilitat per a la comissió d'infraccions penals.

La realitat s'ha encarregat, en efecte, de demostrar que aquests riscos eren reals i el dret penal ha hagut d'adaptar-s'hi, per bé que han sorgit dubtes relatius tant a la incorporació de noves conductes al Codi penal com a la seva ubicació dins del text legal. Crear un apartat relatiu als delictes informàtics va ser una de les primeres propostes, però el legislador finalment va optar per fer adaptacions tècniques en les infraccions penals en què la utilització de les noves tecnologies podien representar un mitjà comissiu rellevant amb un desvalor d'acció propi.

Entre d'altres, els comportaments relacionats amb l'ús il·lícit de les targetes magnètiques són els que més discussió van suscitar.

El comerç amb aquests instruments, generalitzat en els bancs a partir dels anys setanta del segle XX,³ ha assolit en l'actualitat un enorme nivell en el conjunt de l'activi-

1. MORALES PRATS, F.; MORALES GARCÍA, O. (coord.) (2002). *Contenidos ilícitos y responsabilidad de los prestadores de servicios de Internet*. Cizur Menor: Aranzadi.

2. MORALES GARCIA, O. (2002). «Criterios de atribución de responsabilidad penal a los prestadores de servicios e intermediarios de la sociedad de la información». A: F. MORALES PRATS; O. MORALES GARCÍA (coord.) (2002). *Contenidos ilícitos y responsabilidad de los prestadores de servicios de Internet*. Cizur Menor: Aranzadi. Pàg. 170.

3. BATUECAS CALETRIO, A. (2005). Pago con tarjeta de crédito. Naturaleza y régimen jurídico. Cizur Menor: Aranzadi. Pàg. 37-41.

tat econòmic. Tanmateix, la seva extensió no ha comportat un tractament legal autònom d'aquest. No hi ha, en l'àmbit estatal o comunitari, una norma general reguladora d'aquests mètodes de pagament, sinó que la regulació es distribueix entre normes heterogènies destinades a dotar de seguretat jurídica els actes econòmics que es desenvolupen per mitjà d'aquestes. Entre aquestes normes són especialment importants la Llei 7/1996, de 15 de gener, d'ordenació del comerç minorista, la Llei 7/1995, de crèdit al consum, o la Recomanació 97/489/CE, totes dictades a l'empara del criteri de la flexibilitat normativa.

Probablement, el fet que la targeta bancària tan sols sigui un instrument modern per a la materialització de negocis jurídics tradicionals ja regulats és a la base d'aquesta dispersió.

Entre els aspectes juridicoprivats de més interès per al tractament penal dels usos il·lícits de les targetes bancàries hi ha la seva naturalesa jurídica. Es tracta d'una forma especialitzada que preveu l'ordenament jurídic civil per transmetre deutes. El titular de la targeta transmet a l'entitat bancària el deute adquirit amb l'establiment comercial i amb això s'estableixen relacions jurídiques bilaterals (titular-banc; titular-comerç; comerç-banc); tanmateix, el més característic del sistema és que no es tracta d'una relació *intuitu personae*, ja que el deute neix i produeix efectes jurídics plens encara que qui usi la targeta no en sigui el titular.⁴

Aquesta classe de relacions obliga a establir sistemes eficaços de seguretat en la transmissió de les dades i de les operacions que es fan per a mantenir la confiança dels usuaris en el sistema.

Com a derivació de la necessitat de mantenir aquests nivells de seguretat hi ha, per exemple, l'informe A4-0028/98 de

la Comissió Europea, que proposa incrementar la seguretat en aquestes operacions per mitjà d'Internet fomentant l'autoregulació dels operadors: millorant la informació a l'usuari sobre errors i responsabilitats, fixant normes clares i justes sobre responsabilitat davant del robatori o la pèrdua de la targeta i establint normes sobre la càrrega de la prova que no col·loquin el titular de la targeta en una situació d'indefensió.

Pel que fa a la possibilitat de rebuig de les operacions pel titular a causa de pèrdua, robatori o frau, l'article 46 de la Llei d'ordenació del comerç minorista preveu que el titular pugui exigir l'anul·lació immediata del càrrec. Tanmateix, es mantenen dubtes sobre qui decideix si el càrrec és indegut o fraudulent, o sobre quant de temps pot trigar l'entitat financera a fer el reabonament.

En aquests casos, la Llei 7/1998, de 13 d'abril, sobre condicions generals de contractació, assigna la responsabilitat al titular o beneficiari de la targeta quan hi ha la utilització fraudulenta de la targeta amb un ús del número d'identificació personal o PIN. Aquesta és una previsió legal abusiva que vol abordar els supòsits més clars de negligència en la custòdia del número esmentat però que, amb la generalitat amb què està redactada, és aplicable a qualsevol ús del PIN, al marge dels nivells de seguretat utilitzats per a protegir-lo.

1. La resposta penal a la falsificació i utilització fraudulenta de targetes bancàries

Encara que inicialment es va plantejar la necessitat de crear un espai propi dins del Codi penal per als delictes informàtics, el cert és que han estat nombroses les dificultats per a identificar elements comuns que transcendissin els aspectes purament instrumentals de

4. BATUECAS CALETRIO, A., *Op. cit.*, pàg. 185 i seg.

l'ús de la informàtica o l'electrònica per a cometre delictes.

D'aquesta manera, no ha quallat l'intent d'identificar un bé jurídic propi i prou expressiu per a justificar aquesta tenacitat legislativa,⁵ sinó que, al contrari, en gairebé tots els supòsits s'ha hagut de reconduir la tipicitat d'aquestes conductes als tipus tradicionals que protegien el patrimoni, la intimitat, la llibertat sexual, etc.⁶ Fins i tot s'afirma que, en el fons de la ciberdelinqüència, hi ha principalment una qüestió de jurisdicció.⁷

En el supòsit de les targetes bancàries, aquest procés encara ha estat més clar, ja que els tipus penals que hi poden intervenir són diversos i molt heterogenis.

Partint d'una tipologia no exhaustiva de conductes vinculades amb la targeta bancària, es podrien assenyalar les següents:

- Falsificació de targeta bancària
- Col·locació d'instruments electrònics en caixers automàtics que desxifrin les dades de targetes bancàries per a clonar-les
- Falsificació del document que converteix el subjecte en titular d'una targeta autèntica
- Falsificació de la signatura que incorpora una targeta autèntica
- Ús il·lícit d'una targeta obtinguda de manera legal
- Ús il·lícit d'una targeta falsificada
- Ús il·lícit d'una targeta aliena obtinguda per mitjà d'un delictes patrimonial
- Ús il·lícit d'una targeta obtinguda per mitjà d'engany fet a l'emissor
- Ús de les dades d'una targeta de crèdit o debit per mitjà d'Internet

Falsificació, estafa, apropiació indeguda, robatori, furt, administració deslleial, tots són tipus penals en els quals podrien encaixar la major part de les conductes descrites, i amb això es posa en evidència la naturalesa purament instrumental de la targeta bancària i la impossibilitat d'identificar un únic interès representat pel mitjà de pagament o per la integritat del sistema creditici.

2. La falsificació de targetes com a falsificació de moneda

La falsificació de la targeta confeccionant-la ha passat a ser considerada, amb caràcter general, una forma de comissió del delictes de falsificació de moneda. Des de l'aprovació del Codi penal vigent, l'article 387 considera moneda les targetes de crèdit, de debit o les altres que es puguin fer servir com a mitjans de pagament.

Tanmateix, en un primer moment es va entendre que això només es referia a la confecció de la targeta que creï una relació de crèdit entre un titular i una entitat bancària. El legislador no va precisar el 1995 si la falsificació de targeta com a moneda es limitava als supòsits de confecció d'una relació creditícia falsa, o si es podia incloure en l'àmbit de la seva tipicitat la duplicitat de la targeta lícita basada en una relació de crèdit real i legal. Han estat els tribunals els qui, finalment, han contestat l'interrogant en un sentit extensiu que ofereix dubtes importants de legalitat.

La formalització d'aquest canvi cap a la consideració de la clonació de targetes com a falsificació de moneda es

5. GALÁN MUÑOZ, A. (2005). *El fraude y la estafa mediante sistemas informáticos. Análisis del artículo 248.2 del Código penal*. València: Tirant lo Blanch. Pàg. 33 i seg. L'autor, tanmateix, manté un concepte de delictes informàtic de referència, no estrictament jurídic, que si bé al·ludiria a una pluralitat de delictes protectors de béns jurídics de naturalesa diversa i no només patrimonials, deixaria al marge d'aquesta denominació totes les conductes en les quals la utilització d'un sistema informàtic no representés cap problema a l'hora de qualificar el fet efectuat com a constitutiu d'algun dels delictes tradicionals.

6. DE SOUSA MENDES (2002) rebutja el valor científic d'una possible definició del concepte de criminalitat informàtica. «La responsabilidad penal de las personas jurídicas en el ámbito de la criminalidad informática en Portugal». A: F. MORALES PRATS; O. MORALES GARCÍA (coord.) (2002). *Contenidos ilícitos y responsabilidad de los prestadores de servicios de Internet*. Cizur Menor: Aranzadi. Pàg. 212.

7. SÁNCHEZ MAGRO, A. *Principios de Derecho de Internet*. Tirant On Line, TOL 719606, DJJA 1690, pàg. 5.

produeix per mitjà del recent Acord plenari de 28 de juny del 2002 del Tribunal Suprem, en què es recorda que la incorporació a la banda magnètica d'aquests instruments de pagament d'unes dades obtingudes fraudulentament constitueix un procés de fabricació o elaboració que s'ha d'incardinar en l'article 386 del Codi penal (Acord del Tribunal Suprem de 24 de gener del 2003). Considera que el sentit d'aquest acord és conforme i deriva de la Decisió marc del Consell de la Unió Europea de 28 de maig del 2001, en la qual ja s'adoptava una decisió en aquest mateix sentit.

Tanmateix, és precisament aquí on sorgeixen els primers dubtes sobre la utilització de la tècnica legislativa consistent a afegir a tipus tradicionals subapartats que donin cobertura a llacunes de punibilitat derivades de noves conductes de difícil encaix en els tipus originals. Això no es pot convertir en una coartada perquè el legislador i els tribunals s'esforcin per a cobrir espais d'impunitat sense atendre als elements essencials dels tipus de què deriven les noves conductes.⁸

Perquè la duplicació de targetes sigui falsificació de moneda cal que, a més de tractar-se d'una falsificació del suport plàstic, constitueixi, com en tota falsificació de moneda, una afectació al sistema de pagaments nacional i internacional, és a dir, ha de crear noves relacions creditícies o de debit no previstes o generades pel sistema financer, tenint, per tant, com a fenomen, capacitat per a alterar els sistemes de pagament,⁹ per a generar relacions creditícies inexistents o debits sobre comptes

no reals. Però la clonació o duplicació només comporta una afectació de la relació patrimonial trilateral que es creï entre el titular, l'establiment i l'entitat financera, introduint-hi un tercer no legitimat.

Altrament, qualsevol alteració del suport material, incloent-hi la signatura falsa sobre una targeta autèntica, s'hauria de considerar una falsificació de moneda amb una interpretació literal del precepte legal.

Aquestes conductes només constitueixen falsedat per confecció de document mercantil. No s'ha de deixar de banda la circumstància que en resolucions judicials reiterades les targetes bancàries s'han considerat títols valors impropis i objecte de l'acció de les falsedats documentals.¹⁰

No és acceptable pensar que la declaració de l'article 387 del Codi penal permet aplicar automàticament totes les conductes típiques de l'article 386 sense més ni més. Així, el penúltim paràgraf de l'article 386 castiga l'expedició o distribució de moneda falsa rebuda de bona fe. És clar que si es distribueixen targetes falses es compleix el tipus, però ens hem de preguntar si és possible l'expedició d'aquesta i, a més, de bona fe. Això no genera dubtes en el cas de la moneda metàl·lica o el paper moneda. Si es gasta, és a dir, si s'expèn la moneda falsa, es fa el tipus. Això voldria dir que usar una targeta falsa sense haver-la falsificada seria falsificació de moneda d'acord amb aquest tipus. Tanmateix, fins ara la doctrina majoritària i la jurisprudència consideren que

8. DEL ROSAL BLASCO, B. *Criminalidad organizada y nuevas tecnologías: algunas consideraciones fenomenológicas y político-criminales*. Tirant On Line, TOL 163240, DJDC 241, pàg. 2.

9. FERNÁNDEZ GARCÍA, E. M.; LÓPEZ MORENO, J. (2001). «La Word Wide Web como vehículo de delincuencia: supuestos frecuentes». A: Diversos autors (2001). *Internet y Derecho penal*. Madrid: CGPJ. Pàg. 441. (Cuadernos de derecho judicial; 2001/10); ORTS BERENGUER (2004) considera afectat el trànsit monetari. «Falsedades». A: Diversos autors. (2004). *Derecho penal. Parte especial*. Valencia: Tirant lo Blanch. Pàg. 837.

10. Aquesta consideració de la targeta com a títol valor impropis no permet, com afirma CHOCLÁN MONTALVO, estendre els actes il·lícits d'apoderament de les targetes al valor que la cosa corporeïtza, mentre que la targeta no representa un dret del titular contra l'entitat financera. «Fraude informático y estafa por computación». A: Diversos autors (2001). *Internet y Derecho penal*. Madrid: CGPJ. Pàg. 339. (Cuadernos de derecho judicial; 2001/10); FERNÁNDEZ GARCÍA, E. M.; LÓPEZ MORENO, J. (1997). «La utilización indebida de tarjetas de crédito en el Código Penal de 1995». *Revista del Poder Judicial*, Núm. 46. 3a. època, pàg. 203. SAP de Castelló de 26 d'octubre de 1998: «en efecte, s'ha d'entendre que les targetes VISA (a part de la seva naturalesa jurídica com a títols impropis o documents de legitimació) són, considerades per elles mateixes, un producte, un mitjà de pagament emparat sota una marca (VISA, i n'hi ha d'altres d'anàlogues), per a l'emissió de les quals es troben facultades, en règim de franquícia, una sèrie d'entitats mercantils»; SAP de Madrid de 5 de novembre del 2004.

ens trobem davant d'una estafa i les raons per a indicar-ho són que la moneda que es gasta amb la targeta falsa no és la de plàstic, sinó la que representa el paper moneda mitjançant apunts comptables.

En definitiva, cal fer una interpretació d'acord amb el sentit intern del capítol I del títol XVIII i es pot deduir que l'àmbit de la tipicitat d'ambdues classes de moneda no coincideix, per la qual cosa no són acceptables interpretacions que es basin en una analogia prohibida en perjudici del reu.

3. Conductes defraudatòries relacionades amb l'ús de targetes bancàries

La naturalesa de la relació negocial que s'estableix entre el titular de la targeta i l'entitat financera amb els tercers que poden intervenir en la relació creditícia, i els aspectes materials de l'ús d'aquelles, especialment quan es fa per mitjà de caixers automàtics, aporten aspectes singulars suficients perquè el legislador i, de manera indirecta la jurisprudència, s'hagi vist obligat a conferir un tractament autònom a l'ús d'aquests instruments associats a les noves tecnologies i a la informàtica.

La targeta és un document mercantil nominal per a la utilització del qual només està autoritzat el titular, encara que no sigui així de manera estricta (per exemple, en l'ús de targetes en caixers automàtics per tercers autoritzats). Això comporta que els actes de frau apareixeran normalment de la mà de tercers que s'apropien de la targeta i la fan servir de manera il·lícita. Tanmateix hi ha algunes oportunitats perquè els titulars de les targetes bancàries en facin un ús irregular, o fins i tot delictiu.

.....

11. FERNÁNDEZ GARCÍA, E. M.; LÓPEZ MORENO, J. (1997). «La utilización indebida de tarjetas de crédito en el Código penal de 1995». *Revista del poder judicial*. Núm. 46, 3a. època, pàg. 149.

12. Sentència recollida a PEREZ PELLICER, A. (2005). «La estafa de crédito». A: J. BOIX REIG (dir.) (2005). *Estafas y falsedades: (análisis jurisprudencia)*. Madrid: Iustel. Pàg. 153.

13. BACIGALUPO, E. (1983). «Estafa y abuso de crédito». *La Ley*, núm. 3, pàg. 988 i seg.

3.1. Els fraus comesos pel titular de la targeta

Entre les conductes irregulars del titular de la targeta hi ha l'extralimitació en el crèdit o el saldo del compte o la utilització conscient de targetes caducades o de comptes bancaris ja anul·lats.

Els últims desenvolupaments tecnològics aplicats a aquest sector han convertit aquests exemples en supòsits de rara execució¹¹ a causa dels controls informàtics incorporats a aquests procediments en els quals normalment el mateix sistema de comunicacions impedirà que es faci l'operació seleccionada.

En qualsevol cas, si es produïssin aquestes situacions, caldria detenir-se sobre la seva possible tipicitat. Si bé una jurisprudència més antiga considerava aquestes conductes com a constitutives d'estafa (Sentència del Tribunal Suprem 21/6/1979),¹² el cert és que, com afirma Bacigalupo,¹³ el fet ha de ser considerat com a atípic perquè, quan algú ofereix pagar amb una targeta de crèdit, l'únic que es pot interpretar és que l'entitat financera que va emetre la targeta pagarà l'import degut al comerciant, per la qual cosa l'acció d'oferir pagament amb la targeta no porta implícita una afirmació sobre la pròpia solvència, sinó sobre la solvència del banc emissor.

Altrament, caldria sostenir que introduir en un caixer automàtic una targeta caducada o d'un compte cancel·lat ja constitueix una temptativa d'estafa o de robatori, segons el cas, encara que fos una temptativa inidònia. En els supòsits en què s'obtingui una prestació o servei, com ara petites quantitats a crèdit en els caixers d'altres entitats per error en la connexió o en el pas per autopistes de peatge, aquests abusos es mantindrien en el terreny de les relacions purament civils.

Al contrari, el supòsit de l'obtenció d'una targeta de crèdit fingint falsament solvència no deixa de constituir una estafa de crèdit típica el suport mercantil de la qual està constituït per una targeta bancària en lloc d'un compte corrent en el qual es disposa el préstec però, des de la perspectiva penal, no hi ha diferències (Sentència del Tribunal Suprem de 17 d'octubre de 2003).

3.2. Els fraus comesos per un tercer

A la casuística variada que ofereixen els usos il·lícits de targetes de crèdit o debit en comerços o en caixers automàtics, cal afegir-hi dos elements recents producte del desenvolupament tecnològic: la possibilitat que les targetes siguin falses per clonació o per nova confecció i l'ús de numeracions fraudulentas o obtingudes il·lícitament de targetes bancàries per mitjà de serveis d'Internet o de telefonia mòbil, sia per a l'adquisició de productes o serveis o per a la realització d'operacions pròpies de la banca en línia. La jurisprudència habitualment classifica aquests supòsits com una forma d'estafa (Sentència de l'Audiència Provincial de les Balears de 15 d'octubre del 2004, per bé que absol el processat atès que la víctima no ha establert prou mesures de protecció en el sistema de pagaments).

Això permet agrupar en tres categories les conductes classificables en els diferents tipus penals per a una exposició més sistemàtica.

3.2.1. Ús de targetes en caixers automàtics

L'accés al contingut dels caixers automàtics o a les operacions que s'hi poden fer es pot dur a terme tant amb targetes reals sostretes o utilitzades de manera il·legítima com amb targetes falses. Tot i que els resultats de l'ús d'aquests instruments poden coincidir des d'un punt de vista material, tant els modes d'accés com la posició jurí-

dica del subjecte que el realitza poden condicionar una qualificació jurídica substancialment diversa.

a) Supòsits d'utilització de targeta real

Quan es produeix la utilització en el caixer automàtic d'una targeta sostreta o apropiada il·lícitament, es podria recórrer, en primer terme, al tipus de l'estafa informàtica que castiga les transferències no consentides d'actius patrimonials mitjançant manipulació informàtica o un artifici semblant.

Tanmateix, en la utilització de targetes vertaderes en caixers no es pot afirmar que hi hagi manipulació informàtica, perquè la manipulació com a tal exigeix modificació dels sistemes de funcionament o control del sistema informàtic, i, en aquests supòsits, no es produeix aquest esdeveniment.¹⁴ Com afirma Choclán Montalvo, manipular el sistema informàtic és alguna cosa més que actuar-hi: equival a la introducció de dades falses o l'alteració de programes pertorbant el funcionament del processament, sense que resulti equivalent l'acció de qui proporciona a l'ordinador dades correctes que tracta adequadament el programa. És a dir, quan el funcionament del programari no sofreix alteració, sinó només la persona que l'ha de fer servir, no és possible parlar de *manipulació informàtica* en el sentit del tipus penal.¹⁵

Com que no hi ha manipulació, element típic autònom, no hi ha engany i, per tant, no es pot aplicar l'article 248.2 relatiu a l'estafa. L'autor que hem citat abans, per a evitar la impunitat que porta excloure la manipulació informàtica i la que entén inaplicable la reconducció als tipus patrimonials, deriva aquesta conducta a l'expressió legal «artifici semblant», de l'article 248.2 del Codi penal, que considera més àmplia i susceptible de fer encaixar aquestes conductes. Com l'autor reconeix, els dubtes sobre el respecte d'aquesta opció al principi de

14. ALONSO PÉREZ, F. (2003). *Delitos contra el patrimonio y el orden socioeconómico. Aspectos penales y criminológicos*. Madrid: Colex. Pàg. 97.

15. CHOCLÁN MONTALVO, J. A. *Op. cit.*, pàg. 345.

legalitat són importants,¹⁶ si bé opta per aquesta solució. En realitat, l'artifici no pot ser sinònim d'*ús per un altre titular*, sinó sinònim de *manipulació incorrecta del mateix sistema*, i la semblança no pot estar referida al resultat, sinó al mètode d'execució que, en aquest cas, tampoc no es produeix fora de la previsió tècnica de funcionament del sistema.

Sembla més adequada l'aplicació de l'article 237, en relació amb la definició de *clau falsa* de l'article 239, ja que l'obtenció de diners pel caixer és més pròxima al comportament d'apropiació de cosa moble¹⁷ (sentències del Tribunal Suprem de 16 de març de 1999 i 25 de juny del 2001) que no a la manipulació amb transferència d'actius patrimonials.¹⁸

En canvi, si per mitjà del caixer es fes una altra operació (per exemple, el pagament d'un deute amb el mateix banc des d'un compte tercer) no hi hauria apropiació, sinó transferència d'actius, però queda el dubte que s'hagi produït una manipulació informàtica. Quan s'equipara *manipulació* amb *un artifici semblant* s'està dient clarament que el procés informàtic seguit no és el correcte, cosa que no passa amb les targetes no falsificades, en què no es pot confondre *manipulació* amb *ús no autoritzat*. Per tant, la tipicitat d'aquesta última conducta és dubtosa, llevat que es vulgui reconduir al tipus bàsic de l'estafa al·legant que el caixer ha estat enganyat, la qual cosa no és menys dubtosa.

b) Supòsits d'utilització de targeta falsa

Si la targeta és falsa, l'obtenció de diners és igualment una forma d'apropiació, i s'ha de dirimir només si és un supòsit de robatori o de furt segons que s'entengui que hi ha força en les coses mitjançant ús de clau falsa. És

d'una altra opinió Conde-Pumpido Ferreiro, per a qui l'ús de targeta falsa constitueix una estafa informàtica, ja que es produeix tant una manipulació en la fase d'entrada, o d'aportació externa de dades com una transferència patrimonial, consistent en el trasllat de la cosa d'un patrimoni a un altre.¹⁹

Tanmateix, el segon criteri implica una interpretació extensiva dels elements típics que s'allunya de l'esperit del precepte. Resulta complex acceptar que extreure els diners del caixer es pugui considerar una transferència. Si, com afirma l'autor, l'extracció de diners amb una targeta real obtinguda de manera il·lícita és un apoderament constitutiu de robatori, fer-ho amb una targeta falsa no es pot transformar en una transferència d'actius patrimonials. Serà una conducta o l'altra, però no pas totes dues a triar segons la classe de targeta utilitzada. L'origen de l'article 248.2 es troba en les transferències comptables d'actius, no pas en el moviment físic dels diners metàl·lics, cosa que reconeix l'autor quan assegura que l'ús legislatiu del terme *actius patrimonials* intenta eludir les dificultats que resulten del fet que el sistema informàtic no maneja valors físics, això és, coses amb valor intrínsec o incorporat (diners, títols valor, etc.), sinó elements conceptuals que produeixen canvis en les anotacions representatives de valors patrimonials, això és, en actius [...] purament anotats o ideals.

En canvi, si el que es produeix és una transferència d'actius, llavors estem clarament davant d'una estafa de l'article 248.2 del Codi penal, perquè la manipulació informàtica no solament és la referida al suport informàtic del caixer, sinó que la de la targeta, com a acte executiu de l'estafa, també cobreix la tipicitat de la conducta. És cert que no es produeix una manipulació del sistema informàtic,²⁰ és a dir, del programa que sustenta el funci-

16. CHOCLÁN MONTALVO, J. A. *Op. cit.*, pàg. 346.

17. ALONSO PÉREZ es manifesta en aquest sentit, sense deixar d'advertir com és de forçada la interpretació que fa afirmar que s'accedeix a un lloc tancat amb la tarjeta bancària (*op. cit.*, pàg. 97); SÁNCHEZ MAGRO, A. *Op. cit.*, pàg. 9.

18. CONDE-PUMPIDO FERREIRO, C. *Las estafas informáticas*. Tirant On Line, TOL 63401, DJDC 155, pàg. 1.

19. CONDE-PUMPIDO FERREIRO, C., *Op. cit.*, pàg. 3.

20. En aquest sentit, CHOCLÁN MONTALVO, J. A., *Op. cit.*, pàg. 349.

onament correcte d'aquest però, aquesta vegada sí, el concepte d'*artifici semblant* ha de cobrir totes les alteracions essencials produïdes en el sistema i en els instruments de naturalesa informàtica que cobreixen tot el tractament correcte de la informació telemàtica. La persona que fa servir la targeta no és un instrument informàtic, però la targeta bancària sí que ho és i la seva alteració comporta una alteració del procés. Altrament una transferència no consentida d'actius realitzada des d'un terminal amb l'ús de claus falses no seria manipulació informàtica, perquè el sistema es limitaria a operar correctament amb les dades facilitades per l'agent.

3.2.2. Ús de targetes en establiments comercials

En aquests supòsits, les relacions jurídiques entre els subjectes intervinents són més complexes, ja que sorgeix un tercer que fa d'intermediari entre el titular de la targeta i l'entitat financera que l'emet. Aquest tercer té una participació decisiva, tant en la perfecció del negoci jurídic en el terreny exclusivament privat com en la qualificació dels fets en el terreny jurídic penal.

Sobre el tercer recauen una sèrie d'obligacions de supervisió i control, tant sobre la mateixa targeta com sobre l'usuari d'aquesta, i depenent de com es realitzin aquestes funcions, la conducta de l'usuari de la targeta real o falsa pot rebre una qualificació jurídica diferent.

a) Supòsits d'utilització de targeta real

En els supòsits de targeta real, ens tornem a trobar davant d'una conducta en la qual no es produeix un acte de manipulació informàtica, per la qual cosa no és d'aplicació l'article 248.2 del Codi penal. La il·licitud del comportament deriva d'una utilització il·legítima dels mecanismes de pagament ja que l'usuari no és el titular de la targeta i representa una identitat que no es correspon amb la real. Al marge que el tercer que manipula el terminal de punt de venda executi o no correctament les

comprovacions obligades, els procediments realitzats per a la transacció comercial són els establerts legalment sense que el sistema informàtic que li serveix de suport sofreixi cap alteració.

Tampoc no es pot afirmar que es produeixi una apropiació no consentida, perquè l'establiment lliura voluntàriament el producte o servei sol·licitat davant de l'aparença de realitat que generen el titular i la targeta.

D'aquesta manera, només queda per analitzar si el tipus bàsic de l'estafa és aplicable. L'element clau és la qualitat de l'engany i la determinació del subjecte enganyat que fa la disposició patrimonial. Això és, si l'engany és suficient i si l'enganyat és el dependent de l'establiment o ho és el sistema informàtic que no detecta la identitat falsa de l'autor de la conducta.

Una gran part de la jurisprudència centra la idea de l'engany en la persona física que fa la disposició patrimonial amb el compliment o incompliment de les normes d'autoprotecció, fins al punt que la tipicitat de les conductes d'ús il·lícit de targetes bancàries per tercers és exclosa del tipus de les estafes depenent de l'ús que en faci el subjecte actiu i dels comportaments que s'observin en els subjectes en aquella relació trilateral a què es feia referència al principi.

En particular, és de rellevància l'actitud del personal de l'establiment on s'utilitza la targeta de crèdit, de manera que no n'hi ha prou per a estimar la presència de l'error amb la suplantació de personalitat, sinó la capacitat d'aquesta per a generar error en qui fa la disposició patrimonial, allò que s'anomena *error suficient* (Sentència del Tribunal Suprem de 2 de novembre del 2001).²¹

D'això sembla deduir-se que l'estafa no es pot cometre essent subjecte d'engany el sistema informàtic. Si s'observen les normes d'autoprotecció, hi ha estafa perquè l'enganyat és el dependent²² i, si no es compleixen

21. Citada a PÉREZ PELLICER, A., *Op. cit.*, pàg. 156.

22. És del parer contrari la STS de 3 de maig del 2000.

aquelles regles, la conducta és atípica, entre altres raons, perquè el sistema informàtic només pot detectar enganys relatius a la targeta però no sobre la identitat de la persona que la fa servir, per la qual cosa no hi hauria engany.²³

b) Supòsits d'utilització de targeta falsa

Tampoc no es poden considerar delictes d'apropiació aquells en els quals la targeta utilitzada és una falsificació d'una de real o és el suport d'una relació creditícia fictícia. Com en els usos de targetes reals, el tercer que lliura voluntàriament un objecte o presta un servei no fa una transferència sense consentiment, per la qual cosa les apropiacions queden igualment descartades.

En canvi, sí que s'ha produït una manipulació informàtica. Tanmateix, l'única manipulació informàtica típica és la que produeix transferència no consentida d'actius patrimonials. La transferència esmentada és diferent de la disposició patrimonial, per la qual cosa l'adquisició de productes o el pagament de serveis no es pot considerar una transferència d'actius.

Només és possible, doncs, aplicar el tipus bàsic de l'estafa una altra vegada mitjançant l'engany del dependent, que disposa del patrimoni per l'aparença d'autenticitat de la targeta i per l'autorització de la transacció per part del sistema informàtic"

3.2.3. Ús de targetes per Internet

Entre les diferents possibilitats d'ús comercial d'Internet, el pagament mitjançant targeta de crèdit o de dèbit ha estat el mecanisme vàlid més estès de perfeccionament de les compravendes i altres negocis jurídics tancats per mitjà de la xarxa. Tanmateix, en els últims anys, el desenvolupament de la banca en línia ha sumat noves opcions de negoci amb la possibilitat de fer operacions bancàries de manera directa des de la xarxa.

23. CHOCLÁN MONTALVO, J. A., *Op. cit.*, pàg. 349.

D'aquesta manera, s'aporta una novetat substancial respecte de la utilització tradicional d'aquestes targetes. No hi ha el terminal de punt de venda i el tercer intermediari entre el client i l'entitat financera no té contacte directe amb el client ni pot visualitzar la targeta bancària.

a) Supòsits d'utilització de targeta real

Si la targeta és real –en aquest cas, la numeració i la signatura electrònica o la clau– la comunicació amb l'enganyat és més fútil que en els supòsits anteriors. Aquí no hi ha un control immediat del subjecte que manipula el terminal de venda que pugui comprovar el DNI i la signatura en el taló de càrrec. L'autorització i el control la fa directament el sistema informàtic i la comprovació de la persona física és posterior i més limitada que l'anterior, encara que cal reconèixer que malgrat la pruija d'inseguretat que s'atribueix a aquesta forma de contractació, el cert és que com que es retarda la disponibilitat de l'objecte o servei contractat per Internet, les possibilitats de control s'amplien més que en la venda directa.

Aquí també els tribunals opten per l'aplicació del tipus bàsic de l'estafa tradicional de l'article 248.1 del Codi penal, entenent que el subjecte enganyat és el mateix, la persona que fa la disposició de l'objecte o servei després de comprovar les autoritzacions del sistema informàtic (Sentència del Tribunal Suprem de 8 de juliol de 2002).

b) Supòsits d'utilització de targeta falsa

Si la targeta o la numeració és falsa, ens tornem a trobar amb una conducta de l'article 248.2 del Codi penal, i és vàlid el que hem dit anteriorment per al supòsit de targeta real. En tot cas, encara que aquest sigui més un problema processal de prova, cal destacar que els tribunals tendeixen a considerar responsable de l'estafa per mitjà d'Internet el beneficiari de l'objecte o servei quan no es pot identificar el subjecte que fa efectivament operacions des dels anomenats cibercafès. Encara que això sigui així

de vegades, no ho és menys que una gran part de les conductes delictives d'aquesta naturalesa, sobretot les que es fan amb targetes falses, són efectuades per grups organitzats que després venen productes o serveis a baix cost a usuaris d'Internet o a altres classes de col·lectius que els adquireixen amb conductes que seran majoritàriament de receptació, però no d'estafa, ni tan sols com a

cooperadors necessaris, ja que la seva intervenció serà molt sovint postdelictiva. Això no comporta en absolut espais d'impunitat, sinó una caracterització adequada de les conductes d'acord amb les regles generals de l'autoria i la participació (Sentència de l'Audiència Provincial de Sevilla de 28 de març del 2005).

Citació recomanada

RUIZ, Luis Ramón (2006). «Ús il·lícit i falsificació de targetes bancàries» [article en línia]. *IDP. Revista d'Internet, Dret i Política*. Núm. 3. UOC. [Data de consulta: dd/mm/aa].

<<http://www.uoc.edu/idp/3/dt/cat/ruiz.pdf>>

ISSN 1699-8154



Aquesta obra està subjecta a la llicència Reconeixement-NoComercial-SenseObraDerivada 2.5 Espanya de Creative Commons. Així doncs, se'n permet la còpia, distribució i comunicació pública sempre que se'n citi l'autor i la font (*IDP. Revista d'Internet, Dret i Política*), i l'ús concret no tingui finalitat comercial. No se'n poden fer usos comercials ni obres derivades. La llicència completa es pot consultar a: <<http://creativecommons.org/licenses/by-nc-nd/2.5/es/deed.ca>>

Luis Ramón Ruiz

ramon.ruiz@uca.es

Professor titular de Dret penal. Universitat de Cadis. Director de la Secció de Cadis de l'Institut Andalús Interuniversitari de Criminologia. Professor de Política criminal de l'IAIC.

Autor de les obres següents: *Protección penal del mercado de valores* (1977). València: Tirant lo Blanch; *Seguridad urbana, democracia y límites del sistema penal* (coord.) (2003). Cadis: Servicio de Publicaciones de la Universidad de Cádiz; «Delitos contra la propiedad industrial, la competencia y los consumidores». A: J. M. Terradillos Basoco (coord.) (2005) *Memento práctico penal de empresa 2004-2005*. Madrid: Francis Lefebvre; *Sistema penal y exclusión de extranjeros* (coord.) (2006). Albacete: Bomarzo.

Codirector I, II, III y IV Título de Experto en Dirección de Seguridad, homologat pel Ministeri de l'Interior. Universitat de Cadis.