

<http://idp.uoc.edu>

Monográfico «III Congreso Internet, Derecho y Política (IDP). Nuevas perspectivas»

ARTÍCULO

La reforma penal de la falsificación, tráfico y uso ilícito de tarjetas bancarias*

Isabel García Noguera

Fecha de presentación: abril de 2007

Fecha de aceptación: junio de 2007

Fecha de publicación: septiembre 2007

Resumen

El presente trabajo pretende exponer algunas de las novedades previstas en el Proyecto de Ley Orgánica por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código penal, presentado en el Congreso el pasado 15 de enero de 2007.¹ Concretamente, se analizarán las propuestas de reforma relacionadas con la falsificación, el tráfico y el uso ilícito de las tarjetas de crédito y débito, cuyo tratamiento jurídico-penal provoca algunas dificultades interpretativas. En efecto, el panorama actual obliga, en ocasiones, a elegir entre la impunidad que deriva de la estricta aplicación del principio de legalidad y la adaptación forzada de los tipos tradicionales a situaciones nuevas para los que no estaban realmente pensados, con el consiguiente riesgo para los principios de legalidad penal y proporcionalidad que ello puede suponer. Teniendo en cuenta que estos principios constituyen no sólo el límite extrínseco, sino también, y sobre todo, el fundamento intrínseco de la intervención penal, debe evitarse que los cambios que implican las formas emergentes de delincuencia desarrolladas en el contexto de la sociedad de la información se traduzcan en una interpretación excesivamente extensiva del tipo penal. Así, toda vez que existe un proyecto de reforma que podría aliviar estas tensiones, corresponde plantearse si la misma otorga cobertura suficiente a los supuestos de falsificación, tráfico y uso ilícito de tarjetas y si las futuras disposiciones pueden afectar a la calificación jurídico-penal de conductas como la manipulación de tarjetas auténticas o la extracción ilícita de dinero metálico en cajeros automáticos.

Palabras clave

tarjetas bancarias, estafa, falsificación, robo con fuerza, reforma penal, TIC

Tema

Derecho penal y TIC

* El contenido de este artículo coincide, en lo fundamental, con la comunicación presentada en el III Congreso de Internet, Derecho y Política (IDP). Nuevas perspectivas, organizado por los Estudios de Derecho y Ciencias Políticas de la Universitat Oberta de Catalunya (UOC). La comunicación obtuvo el primer premio *ex aequo* junto a la presentada por Elisenda Bru Cuadrada. El presente trabajo se inscribe en la actividad del Grupo de Investigación del IN3 DEUSETIC (Derecho Europeo de la Seguridad y TIC).

1. Puede accederse al documento del proyecto, que actualmente se encuentra en la última fase de su tramitación, a través de la página web del Congreso: <http://www.congreso.es/>.

Penal reform regarding the falsification, trafficking and illegal use of bank cards

Abstract

This work aims to disclose some of the new additions envisaged within the Draft Organic Law that is set to amend Organic Law 10/1995, dated 23 November, of the Penal Code, presented to Congress on 15 January 2007.² Specifically, an analysis will be carried out of the proposed reforms relating to the falsification, trafficking and illegal use of credit and debit cards, the legal-penal handling of which gives rise to certain interpretive difficulties. Indeed, the current panorama sometimes obliges us to choose between the impunity derived from the strict application of the principle of legality and the forced adaptation of traditional models to new situations for which they were never truly designed, with the subsequent risk to the principles of penal legality and proportionality that this may entail. Bearing in mind that these principles constitute not only the extrinsic limit, but also, and most importantly, the intrinsic foundation of penal intervention, the changes implied by the emerging criminal methods developed within the context of the information society must not be allowed to translate into an overly-broad interpretation of the penal type. So, whenever draft reform measures arise that may reduce such tensions, it should be considered whether the proposed measures provide sufficient protection against cases of falsification, trafficking and illegal use of bank cards, and whether future regulations may affect the legal-penal classification of such behaviour as the manipulation of authentic bank cards or the illegal withdraw of money from cash machines.

Keywords

bank cards, fraud, falsification, armed robbery, penal reform, ICT

Topic

Penal law and ICT

Introducción

Las tecnologías de la información y de la comunicación (en adelante, TIC) han abierto multiplicidad de caminos a la criminalidad³ que, fácilmente y antes que el derecho penal, se adapta exitosamente al cambio y muta con la misma rapidez que los avances tecnológicos, cuando no los provoca, para

mejorar sus técnicas criminales. Los bienes jurídicos (patrimonio, orden socioeconómico, fiabilidad del tráfico jurídico) se encuentran, pues, ante nuevos riesgos que el derecho penal debe afrontar. Ello le ocasiona numerosas tensiones, pues ultrapasar los límites trazados por el principio de legalidad con el recurso a interpretaciones extensivas o analógicas puede suponer la vulneración de la expresión máxima de la

2. You can access the project document, currently in its final processing phase, via the Congress website: <http://www.congreso.es/>.
3. Un amplio análisis general de las diferentes formas de criminalidad emergentes en la sociedad de la información se realiza en: VARIOS AUTORES (2003). *Delincuencia informática. Problemas de responsabilidad*. Consejo general del poder judicial. Centro de documentación.
O. MORALES GARCÍA (dir.) (2002). *Cuadernos de Derecho Judicial, et passim*.
O. MORALES GARCÍA (2005). «Derecho penal y Sociedad de la Información». En: M. PEGUERA POCH (coord.). *Derecho y nuevas tecnologías* (págs. 417-421). Ed. UOC.
C. M. ROMEO CASABONA (coord.) (2006). *El cibercrimen. Nuevos retos jurídico-penales, nuevas respuestas político-criminales*. Ed. Comares, et passim.
J. J. GONZÁLEZ RUS (1986). «Aproximación al tratamiento penal de los ilícitos patrimoniales relacionados con medios o procedimientos informáticos». En: *Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense*. N.º 12, págs. 107 y 108.

división de poderes en un Estado democrático de derecho y el despojo de toda justificación para la intervención penal. Ese precio será siempre más alto, incluso, que el de advertir, resignados, cómo determinadas conductas no obtienen una subsunción satisfactoria y logran deslizarse entre los espacios de impunidad. La resignación del estudioso del derecho penal deriva de la constatación de que todo proceso de adaptación del ordenamiento a nuevas realidades debe estar presidido por el dilema entre la acuciante necesidad de proteger los bienes jurídico-penales ante los nuevos ataques y el imperativo respeto al principio de legalidad penal, que impide la aplicación analógica de los tipos existentes a situaciones nuevas.⁴

Dentro de este ámbito tecnológico, la falsificación, el tráfico y uso ilícito de tarjetas de crédito y de débito sintetizan en buena medida los problemas esbozados.

1. Modalidades delictivas relacionadas con tarjetas bancarias

Desde mediados del siglo pasado, se ha ido incrementando progresivamente el uso de tarjetas bancarias, hasta convertir las hoy en día en un medio de pago habitual,⁵ lo que conlleva que también resulten uno de los objetivos preferidos de la delincuencia económica, ya sea como objeto del delito ya

sea como instrumento del mismo. Siguiendo esa dicotomía objeto-instrumento, las modalidades delictivas relacionadas con las tarjetas bancarias pueden describirse y clasificarse de la siguiente manera:⁶

1.1. Conductas que tienen como *objeto* la tarjeta

- Falsificación
- Clonación
- Tráfico

En el primer supuesto, la falsificación, nos encontraríamos en sentido estricto ante la creación *ex novo* de una tarjeta falsa. A diferencia de la clonación, el falsificador no se limita a duplicar el documento copiando los datos de la banda magnética, sino que logra crear propiamente una relación crediticia nueva a través de la confección de un nuevo documento íntegramente falso. La dificultad que supone la creación de una relación crediticia ficticia explica que en la mayoría de los casos la conducta afecte principalmente a entidades bancarias que son atacadas desde dentro.⁷

La clonación (o doblaje) de tarjetas auténticas podría entenderse incluida dentro de la misma conducta que se acaba de describir, pues, siguiendo un concepto amplio de falsificación, la copia resultará siempre una falsificación respecto de la tarjeta original. De hecho, la jurisprudencia

4. Una interesante aproximación a la llamada sociedad del riesgo y a la influencia que ésta ejerce sobre el Derecho penal puede consultarse en: J. M. SILVA SANCHEZ (1999). *La expansión del Derecho penal. Aspectos de la política criminal en las Sociedades post-industriales* (págs. 22 y sig.). Ed. Civitas. B. MENDOZA BUERGO (2001). *El Derecho penal en la Sociedad del Riesgo* (págs. 44-48). Ed. Civitas. Los cambios tecnológicos y su influencia en el derecho suelen englobarse en la noción «sociedad del riesgo». Algún autor, precisamente, ha visto en la revolución tecnológica «la gran excusa para aumentar la represión sin ataduras»: G. QUINTERO OLIVARES (2004). *Adonde va el Derecho Penal* (pág. 51). Cuadernos Civitas. A. GALÁN MUÑOZ (2006). «Expansión e intensificación del Derecho penal de las nuevas tecnologías: un análisis crítico de las últimas reformas legislativas en materia de criminalidad informática». En: *Revista Aranzadi de Derecho y Proceso Penal*. N.º 15, págs. 22 y sig. Por su parte, define el «derecho penal de la Informática» como parte integrante del «moderno derecho penal» o «derecho penal del riesgo». Dentro de este concepto, los riesgos generados por el desarrollo de las sociedades postindustriales estarían motivando una respuesta penal caracterizada por una paulatina relajación de las garantías individuales, la anticipación de la intervención penal, la protección de intereses difusos y la progresiva desconfiguración de las categorías dogmáticas, aspectos todos ellos no siempre justificables desde la perspectiva de la protección del bien jurídico.
5. Para una introducción más detallada del origen y evolución del tratamiento jurídico penal de las conductas delictivas relacionadas con las tarjetas bancarias, puede consultarse: O. MORALES GARCÍA. «Derecho penal y Sociedad de la Información». En: VARIOS AUTORES. *Derecho y nuevas tecnologías. Op. cit.*, págs. 417-421. E. M. FERNÁNDEZ GARCÍA; J. LÓPEZ MORENO (1997). «La utilización indebida de tarjetas con banda magnética en el Código Penal de 1995». En: *Revista del Poder judicial*. N.º 46, págs. 569 a 572.
6. La clasificación que se realiza en la presente comunicación pretende facilitar el análisis y adecuarlo a la reforma penal en curso. Pueden consultarse distintas tipologías de casos en: O. MORALES GARCÍA. «Derecho penal y Sociedad de la Información». En: VARIOS AUTORES. *Derecho y nuevas tecnologías. Op. cit.*, págs. 417-421. J. A. CHOCLAN MONTALVO. «Infracciones patrimoniales en el proceso de transferencia de datos». En: VARIOS AUTORES. *El cibercrimen. Nuevos retos jurídico-penales, nuevas respuestas político-criminales*. C. M. ROMEO CASABONA (dir.) (2006). *Estudios de Derecho penal y Criminología* (págs. 74 y sig.). Ed. Comares. E. M. FERNÁNDEZ GARCÍA; J. LÓPEZ MORENO. «La utilización indebida de tarjetas... ». *Op. cit.*, págs. 575 y sig. L. RAMÓN RUIZ. «Uso ilícito y falsificación de tarjetas bancarias». [Artículo en línea]. *IDP, Revista de Internet, Derecho y Política*. N.º 3. UOC [Fecha de consulta: 24/04/07] <<http://www.uoc.edu/idp/3/dt/esp/ruiz.pdf>>
7. A modo de ejemplo, la STS 146/2005, de 7 de febrero conoció vía casación de un caso en el que un empleado bancario «fabricaba» tarjetas para apoderarse de su crédito.

del Tribunal Supremo no ha dudado en asimilar ambas conductas,⁸ otorgando el mismo tratamiento a la clonación y a la falsificación en sentido estricto, para equiparar ambas a la falsificación de moneda del art. 286 CP. Sin embargo, es importante tener presente que la relación crediticia preexistente no se modifica, ya que sólo se ha clonado el soporte material que la contiene, por lo que no nos encontramos ante situaciones idénticas. Ello comporta importantes repercusiones para la calificación jurídico-penal como más adelante se tendrá ocasión de observar.⁹ Por lo demás, las tarjetas auténticas habrán sido normalmente sustraídas a su titular por la comisión de un hurto o robo o de cualquier otro modo ilícito, por lo que en la mayoría de casos se estará frente a un concurso de delitos, pero también puede suceder que se trate de tarjetas extraviadas.

Por lo que se refiere al tráfico de tarjetas bancarias, lo normal será que tal conducta se anude a la actividad de organizaciones criminales a media o gran escala. Éstas suelen actuar en distintos países aprovechando los espacios de impunidad que los llamados «paraísos jurídicos» les proporcionan a nivel internacional.¹⁰

1.2. Conductas que tienen la tarjeta como instrumento (uso ilícito de tarjetas o de los datos contenidos en ellas)

- Extracción ilegítima de dinero metálico en cajeros automáticos.
- Adquisición ilegítima de bienes o servicios por el uso de tarjetas en terminales de puntos de venta.

- Pago no consentido a través de redes informáticas.

En realidad, todas estas conductas serían reconducibles a la categoría más amplia de «uso ilícito de tarjetas o de los datos contenidos en ellas». En esta categoría, donde la tarjeta es el instrumento y no el objeto de la acción, la casuística es más variada y compleja, por lo que se ha procedido a seleccionar para el presente análisis los supuestos más relevantes. Los más comunes son las extracciones de dinero en cajeros automáticos, en los que el sujeto activo utiliza la tarjeta para acceder a la máquina que, una vez tecleado el número secreto, pondrá a su disposición la cantidad de dinero solicitada.¹¹ El segundo supuesto lo constituye la adquisición de bienes o servicios simulando ser el titular de la tarjeta ante el terminal de un punto de venta comercial. Puede mediar engaño al dependiente del establecimiento comercial pero puede que éste actúe en connivencia con el sujeto activo.¹² El último de los supuestos que analizaremos contempla la utilización en Internet de los datos contenidos en la misma para la obtención a distancia de bienes o servicios.¹³

2. Regulación vigente

Para abordar el tratamiento jurídico-penal que reciben las conductas que se acaban de enumerar, se partirá de la clasificación anterior. Asimismo, se tomarán como referencia los tipos concurrentes aparentemente aplicables para ir descartándolos o no en función de su adecuación a las conductas objeto de análisis.

8. SSTS 948/2002 de 8 de julio y 1680/2003, de 11 de diciembre.

9. *Vid.* nota 17.

10. Sobre la denominación «paraísos informáticos» *vid.* D. K. PIGAROFF. «Presentation of the Draft United Nations Manual on Prosecution and Prevention of Computer Crime». En: U. SIEBER (ed.) (1994). *Information Technology Crime*. Pág. 609. Colonia, Bonn, Munich: V. Carl Heymanns. A. GALÁN MUÑOZ. «Expansión e intensificación del Derecho penal de las nuevas tecnologías...». *Op. cit.*, pág. 20.

11. La escasa probabilidad estadística de acertar la combinación numérica requerida, ha conducido a un intenso debate doctrinal acerca del carácter relativo o absolutamente inidóneo de la tentativa en los casos en los que se ha intentado hacer uso de la tarjeta sin conocer el número secreto. Los márgenes de este trabajo impiden abordar en profundidad tales aspectos, pero puede consultarse la siguiente bibliografía: SILVA; MORALES; CASABONA. Aunque resulte difícil negar la concurrencia *ex ante* de un cierto riesgo para el bien jurídico, podría cuestionarse el carácter de «suficiente» del riesgo generado para entender punibles estos supuestos de tentativa. A pesar de la impunidad que podría derivarse al considerar estos «intentos» como absolutamente inidóneos (pues, de hecho, es matemáticamente posible acertar, por azar, con la clave de acceso durante los tres intentos que habitualmente permite el cajero automático), parece conveniente diferenciar entre lo «matemáticamente posible» y lo que deba entenderse por «probabilidad de riesgo relevante» para el bien jurídico protegido. En todo caso, parece necesario examinar caso por caso para evaluar el nivel de riesgo desarrollado por la conducta *ex ante*, pues, en ocasiones, el sujeto activo podría no tener el conocimiento efectivo de la contraseña pero sí conocer otros datos de la víctima (su fecha de nacimiento, por ejemplo) que facilitasen el descubrimiento de la clave. En tales supuestos, como puede fácilmente inferirse, la probabilidad de acierto dejaría de ser remota y la tentativa, paralelamente, resultaría punible. En similares términos se pronunció la SAP de Las Palmas de 17 de enero del 2004 al entender que, pese a que el acierto del número secreto es «estadísticamente despreciable y prácticamente irrealizable», debía apreciarse la tentativa punible en el caso concreto, pues los sustractores de la tarjeta tenían acceso al número secreto guardado en el monedero que le habían sustraído a la víctima.

12. O incluso puede tratarse de la misma persona que simula las operaciones mercantiles. *Vid.*, por ejemplo, la STS de 26 de junio 2006.

2.1. Calificación jurídico-penal de la falsificación de tarjetas

Como ya se tuvo ocasión de aclarar, tanto la tarjeta falsa creada *ex novo* como la tarjeta fruto de la clonación de otra auténtica pueden ser entendidas como resultados de la misma acción de falsificación. Lo mismo cabe decir de la manipulación de alguno de los elementos (nombre, firma, etc.) de una tarjeta auténtica con el fin de adecuarlos a su nuevo e ilegítimo poseedor. Por esta razón se utilizará el término *falsificación* en un sentido amplio para aludir a todos estos supuestos, aunque no sean idénticos y, por lo tanto, no tengan por qué recibir el mismo tratamiento jurídico-penal.

2.1.1. La falsificación de tarjetas y los delitos de falsedad en documento mercantil y de falsificación de moneda

Con anterioridad al Código penal de 1995, la falsificación de tarjeta se reconducía generalmente a la falsedad en documento mercantil,¹⁴ si bien resultaba complicado incluir las bandas magnéticas en el concepto de documento del Código penal de 1973.¹⁵

El Código penal de 1995 contribuyó a la solución de algunos problemas que afectaban a esta materia, pero también, paradójicamente, a complicar el problema de su subsunción. Este doble efecto se entiende por la introducción, por una parte, de un concepto amplio de documento en la redacción del actual art. 26 CP, que hizo menos conflictiva la inclusión de las bandas magnéticas en el concepto de documento. Pero, junto a esta previsión, se introdujo como novedad en el art. 287 CP la asimilación de las tarjetas bancarias a la moneda, a los efectos del delito de falsificación de moneda (art. 286 CP).¹⁶

La primera cuestión, en relación con dicha asimilación, fue dilucidar, dentro de todas las modalidades posibles de manipulación de tarjetas bancarias, qué conductas debían circunscribirse dentro de la acción de falsificar, y ser por ello calificadas de falsificación de moneda, y cuáles debían seguir siendo calificadas como falsedad en documento mercantil. No es asunto baladí, pues, la inclusión de cualquier manipulación falsaria dentro del art. 286 CP comporta una pena de 8 a 12 años de prisión, frente a la de 6 meses a 3 años que se prevé para la falsedad en documento mercantil (arts. 390 y 392 CP). La Sala Segunda del Tribunal Supremo zanjó la cuestión por medio del Acuerdo no jurisdiccional de 28 de junio de 2001, en el que se

13. Se dejan fuera del presente análisis varias conductas: el abuso de crédito por parte del titular legítimo de la tarjeta, la simulación de solvencia para obtener crédito de entidades bancarias, colocación de instrumentos de clonación informática de tarjetas en los cajeros automáticos, etc. Estos supuestos son convenientemente analizados por otros trabajos: J. A. CHOCLAN MONTALVO, «Infracciones patrimoniales...». *Op. cit.*, págs. 87 y 88. E. M. FERNÁNDEZ GARCÍA; J. LÓPEZ MORENO, «La utilización indebida de tarjetas...». *Op. cit.*, págs. 575 y sig. L. RAMÓN RUIZ, «Uso ilícito y falsificación...». *Op. cit.*, págs. 6 y 7. Baste aquí indicar que los dos primeros supuestos no parecen plantear problemas de subsunción en la estafa básica del art. 248.1 CP, siempre y cuando se emplee un engaño suficiente para crear el error en la entidad bancaria, pues de lo contrario habría de acudir al incumplimiento contractual por vía civil. El último supuesto, por su parte, podría constituir una tentativa de las modalidades falsarias que se analizan más adelante en el presente trabajo.
14. En ese sentido: E. BACIGALUPO ZAPATER. «Documentos electrónicos y delitos de falsedad documental». En: VARIOS AUTORES. *Delincuencia informática. Problemas de responsabilidad*. O. MORALES GARCÍA (dir.) (2002). *Servicio de Formación Continuada, Escuela Judicial*. Pág. 3. Alude también a la problemática: E. M. FERNÁNDEZ GARCÍA; J. LÓPEZ MORENO. «La utilización indebida de tarjetas...». *Op. cit.*, pág. 587. Secundan esta línea doctrinal: SSTS 3 de diciembre de 1991 y 15 de marzo de 1994.
15. En general, sobre el concepto de documento y otros aspectos relativos a la falsedad documental interesa consultar: C. VILLACAMPA ESTIARTE (1999). *La falsedad documental. Análisis jurídico-penal*. Cedecs, *et passim*. Con relación a las dificultades que tenían lugar con anterioridad al concepto amplio de documento introducido en el art. 26 por el CP de 1995, C. M. ROMEO CASABONA (1988). «Delitos cometidos con la utilización de tarjetas de crédito, en especial en cajeros automáticos». En: *Poder Judicial*. N.º 9 (esp.), pág. 123. Los datos, al estar cifrados informáticamente en las bandas magnéticas, no eran susceptibles de ser aprehendidos directamente por el ser humano, por lo que no podían integrar el concepto penal de documento anclado, con anterioridad al CP de 1995, en el paradigma cartáceo. También la perdurabilidad de los datos informáticos planteaba problemas en este sentido. En consecuencia, el último autor citado sostuvo que cuando la conducta falsaria recayese sobre la banda magnética, ésta debía entenderse atípica.
16. Por otro lado, la exclusión de los particulares de la órbita del sujeto activo en la comisión de las falsedades ideológicas ha venido a complicar el panorama de las falsedades documentales en general, lo que incrementa, de forma refleja, los problemas de calificación de la falsificación de tarjetas bancarias. G. QUINTERO OLIVARES. «De las falsedades documentales». En: VARIOS AUTORES. *Comentarios al Nuevo Código Penal*. G. QUINTERO OLIVARES (Dir.) (1975/1977). 3.ª ed., págs. 1975-1977.

declaró que «la incorporación a la «banda magnética» de uno de estos instrumentos de pago, de unos datos obtenidos fraudulentamente, constituye un proceso de fabricación o elaboración que debe ser incardinado en el art. 386 del Código penal». Una vez asentada tan categórica doctrina, ya no podría sólo asimilarse a la falsificación de moneda la creación de una tarjeta falsa, único supuesto comparable a la «creación de dinero nuevo»,¹⁷ sino que todas aquellas conductas que impliquen la introducción de datos fraudulentos en la tarjeta (falsa o auténtica) deberían reconducirse a la falsificación de moneda.

Como se ha encargado de poner de relieve gran parte de la doctrina, la asimilación que realiza la Sala Segunda implica graves consecuencias para el principio de proporcionalidad de las penas.¹⁸ Aunque en algún caso concreto la manipulación de tarjeta pudiera dar lugar a un desvalor equiparable al de falsificación de moneda, debe advertirse que generalmente (y en la abstracción de la norma es donde debe iniciarse el juicio de proporcionalidad) la pena resultará desproporcionada. Simplemente porque no tiene la misma repercusión en el tráfico la introducción de dinero falso, que el aprovechamiento fraudulento de una relación crediticia preexistente a la manipulación de la tarjeta.¹⁹ A mayor abundamiento, como la falsificación de tarjetas se acompaña normalmente de su uso ilícito, habrá de hacerse concursar el delito de falsificación de moneda con el delito patrimonial de que se trate, lo que lógicamente elevará la pena por aplicación de las reglas concursales.²⁰

Frente a los problemas de subsunción que, a continuación veremos, se suscitan con ocasión del uso ilegítimo de tarjetas, la falsificación de tarjetas no ofrecería, pues,

problemas desde la pura perspectiva de la seguridad jurídica. A tenor de lo dictado por la Sala Segunda, la calificación para todos los supuestos ha de ser la de falsificación de moneda. Sin embargo, la certeza puede resultar acaso más indeseable que la incertidumbre, cuando se cobra tan alto precio a costa del principio de proporcionalidad de las penas.

2.2. Calificación jurídico-penal del uso ilícito de tarjetas bancarias

El uso ilícito de tarjetas bancarias se caracteriza tanto por la variedad en sus modos de perpetración como en la pluralidad de sus posibles calificaciones jurídicas, lo que suele plantear problemas de seguridad jurídica. Vaya, pues, por delante el aviso de que no se va a llegar a soluciones consensuadas y que los tipos penales que se barajan como posibles calificaciones para estos supuestos son la estafa básica del art. 248.1 CP, el fraude informático del art. 248.2 CP y el robo con fuerza en las cosas de los arts. 237 y 239 CP. Aunque la proliferación de tipos a aplicar pudiera dar a entender que las conductas se encuentran contempladas desde varios flancos o sobreprotegidas, se trata de una torpe ilusión. La realidad es que pueden subsistir importantes espacios de impunidad y que los bienes jurídicos en juego también pueden sufrir una correlativa desprotección.

2.2.1. Uso ilícito de tarjetas y estafa «clásica» del art. 248 CP

Este tipo defraudatorio, tal y como la doctrina penal española mayoritaria ha señalado reiteradamente,²¹ requiere la concatenación causal de los siguientes elementos: un

17. L. RAMÓN RUIZ. «Uso ilícito y falsificación...». *Op. cit.*, pág. 5.

18. E. M. FERNÁNDEZ GARCÍA; J. LÓPEZ MORENO. «La utilización indebida de tarjetas...». *Op. cit.*, págs. 590 y 591.

19. En la conducta de falsificación de tarjeta, la creación del documento falso supone a su vez la creación de una relación crediticia ficticia. No sucede lo mismo cuando se procede a la duplicación o clonación de una tarjeta auténtica sin alterar la relación crediticia legítima existente. Por lo tanto, sólo la falsificación (en sentido estricto) podría asimilarse propiamente a la falsificación de moneda, resultando excesiva la misma calificación penal para la clonación de tarjetas, aunque en un sentido más laxo del término puedan entenderse como falsificaciones. Es lo que ya se ha querido poner de relieve *supra* al definir las conductas de falsificación y clonación de tarjetas en el apartado dedicado a la descripción de las modalidades delictivas relacionadas con tarjetas bancarias. Así lo ha sostenido: O. MORALES GARCÍA. «Derecho penal y Sociedad de la Información». En: VARIOS AUTORES. *Derecho y nuevas tecnologías. Op. cit.*, pág. 420.

20. STS de 8 de julio de 2002: «Hay que recordar que (...) la alteración de la banda magnética, que supone la generación de una tarjeta *ex novo*, integra, por sí misma, el delito de falsificación de moneda, independiente del uso posterior fraudulento a que ese instrumento de pago mendaz pueda ser destinado, produciéndose, en tal caso, una relación concursal entre ambos ilícitos»

21. La bibliografía es, naturalmente, extensísima. *Vid.* por todos: J. M. VALLE MUÑIZ. «De las defraudaciones». En: VARIOS AUTORES. *Comentarios al Nuevo Código Penal. Op. cit.*, págs. 128 y sig. C. CONDE-PUMPIDO FERREIRO (1997). *Estafas*. Págs 26 y sig. Ed. Tirant lo Blanch.

engaño bastante que cree un error en la víctima, de tal manera que ésta realice un acto de disposición patrimonial en perjuicio propio o de tercero. Por su propia estructura parece necesaria una relación *intuitu personae* entre el estafador y la víctima, que no concurre en la mayoría de los supuestos que aquí examinamos, donde la acción irá casi siempre referida a un sistema o dispositivo informático (un ordenador, un cajero automático, un datáfono...).²² La única excepción a esta dinámica sería el uso de tarjetas en terminales de puntos de venta, puesto que el uso de la tecnología resulta en estos casos casi anecdótico. Por esta razón, no parece complicado aplicar la estafa básica a estas situaciones, siempre y cuando el encargado de pasar la tarjeta por el datáfono no esté en connivencia con el sujeto activo y pueda hablarse con propiedad de la concurrencia de engaño y error.²³ Finalmente, debería descartarse la subsunción en el delito básico de estafa de la compraventa a través de Internet, pues la mayor parte de la doctrina coincide en señalar que no hay modo de acomodar una relación a distancia, y que se efectúa a través de medios informáticos, a la relación interpersonal entre el estafador y el estafado que se proyecta desde el art. 248.1 CP. Con todo, debe analizarse caso por caso el nivel de automatización de la transacción, pues en ocasiones puede constatarse la existencia de alguna relación o comunicación entre el comprador y el vendedor que posibilitaría

apreciar una relación interpersonal susceptible de encajar en la estafa básica.²⁴

2.2.2. Uso ilícito de tarjetas y fraude informático del art. 248.2 CP

El Código penal de 1995 incluyó en el segundo apartado del art. 248 CP la conducta de quien, a través de manipulación informática o artificio semejante, realice una transferencia de un activo patrimonial en perjuicio de tercero. A pesar de la concepción mayoritariamente personalista de la estafa «clásica» regulada en el primer apartado del art. 248 CP, el sujeto activo del fraude informático previsto en el segundo apartado de dicho precepto «también se considera reo de estafa»,²⁵ cuando quizás lo más apropiado hubiese sido reservar tal denominación para los supuestos defraudatorios interpersonales tradicionales. La elección de la creación de un tipo defraudatorio específico desvinculado de la estafa del tipo básico y caracterizado por la instrumentación de una manipulación informática o artificio semejante, podría evitar gran parte de las confusiones que actualmente se producen con ocasión de las tensas relaciones entre el tipo básico y, como algunos autores las denominan de forma significativa, las estafas «impropias».²⁶

22. En cualquier caso, no son supuestos en los que exista un elemento intelectual susceptible de sufrir un error. *Vid.*, en este sentido, O. MORALES GARCÍA. «Malversación, estafa informática y falsedad en documento electrónico. Algunas reflexiones sobre la STS de 30 de octubre de 1998». En: VARIOS AUTORES. *El nuevo Derecho penal. Estudios penales en memoria del profesor José Manuel Valle Muñiz*. G. QUINTERO OLIVARES; F. MORALES PRATS (Coord.) (2001). Págs. 1565 a 1606. Ed. Aranzadi.
- «En Alemania, recuerda MORALES GARCÍA, igualmente, la discusión sobre el alcance del artículo 263 StGB, que regula la estafa tradicional, en relación con las manipulaciones informáticas encerraba problemas jurídicos de diversa índole (...) limitadas al ámbito del engaño (*Tauschung*) y el error de la víctima (*Irrtum des Opfers*). Es decir, es imposible inducir a error al ordenador, pues, paradójicamente, se le induce a actuar correctamente conforme a los parámetros introducidos en el sistema.» (pág.1591).
23. Es menester señalar cómo el deber de diligencia exigido en la comprobación de la identidad del comprador parece haber elevado las cotas del engaño para poder ser tenido por suficiente, pudiéndose pensar en caso contrario que nos encontramos frente en una situación de autopuesta en peligro, falta de cuidado que no tendría que ser subsanada por la actuación del sistema penal. Sobre la suficiencia del engaño, por citar una de las sentencias más recientes: STS de 2 de febrero de 2007.
24. L. R. RAMÓN RUIZ. «Uso ilícito y falsificación de tarjetas bancarias». *Op. cit.*, pág. 7. El autor trae a colación la SAP de Baleares de 15-10-2004, que, si bien en un principio señala la posibilidad de aplicar el tipo de estafa básica a un supuesto de compra venta fraudulenta por Internet a través de tarjeta de tercero, lo acaba descartando por no poderse apreciar un engaño idóneo dado el deber de vigilancia que había sido desatendido por el vendedor. De un modo similar resuelve la SAP de Málaga de 17 de febrero del 2006.
25. El legislador penal de 1995 quiso, probablemente, remarcar la pertenencia del nuevo tipo a los delitos defraudatorios y diferenciarlo de los delitos patrimoniales de naturaleza apropiatoria como el hurto o el robo. Pero el Tribunal Supremo ha partido siempre de «un plano subjetivo (en el que) han de tenerse en cuenta las especiales condiciones del sujeto pasivo, cociente intelectual, situaciones personales de mayor sugestionalidad, edad, etc.», STS de 28 de noviembre del 2002. Del mismo modo, para la suficiencia del engaño se ha acudido siempre a la diligencia del hombre medio que se ve «sorprendida por el ardid empleado por el sujeto activo de forma que los mecanismos de defensa desplegados por el sujeto pasivo no captan la mendacidad del artificio empleado y produzcan error en el mismo», STS 778/ 2002 de 6 de mayo.
26. C. CONDE-PUMPIDO FERREIRO. *Estafas*. *Op. cit.*, págs. 205 y sig.

Debe ponerse en duda, en todo caso, que el fraude informático recoja el desvalor propio de todas las modalidades de uso ilícito de tarjetas de crédito y de débito.²⁷ Piénsese que en los supuestos que estamos analizando se procede a la introducción de datos correctos en un sistema informático que funciona correctamente, de manera que difícilmente podrá hablarse de la manipulación informática o el artificio semejante²⁸ que requiere el art. 248.2 CP. Por manipulación informática debe entenderse toda modificación del resultado de un proceso automatizado de datos, mediante la alteración de los mismos, «en cualquiera de las fases de su procesamiento o tratamiento informático».²⁹ Mayores dudas de interpretación suscita la noción de artificio semejante, cuya significación tanto podría referirse a otro tipo de artimañas informáticas distintas de la estricta manipulación (por ejemplo, la introducción de programas espía *-spyware-* para averiguar una clave), como a otro tipo de maniobras sobre el sistema relacionadas con la tecnología aunque no integren el sentido espiritual de la manipulación informática.³⁰ Esta última interpretación, con todo, parece demasiado amplia, permitiendo la inclusión en el art. 248.2 CP de, por ejemplo, las modificaciones materiales sobre el hardware para alterar el funcionamiento de la máquina con finalidad defraudatoria, lo que parece alejarse bastante de la teleología del fraude informático.³¹ Pero, ni aun con la interpretación más extensiva posible del concepto de artificio semejante, podremos hacerle abrazar lo que no resulta sino su antónimo: la normalidad del sistema.

Abundando en esta cuestión, algunos autores llaman la atención sobre casos en los que sería discutible sostener que el sistema funciona normalmente. Según afirman, el art. 248.2 CP sí que podría ser de aplicación en aquellos casos en los que se manipule la tarjeta (supuestos de falsificación o clonación), puesto que en estos casos sí que podría hablarse de manipulación informática o el artificio semejante.³²

No se comparte aquí la misma opinión. Si se sostiene que el tipo defraudatorio del art. 248.2 CP recoge todo el desvalor de la conducta, debemos preguntarnos si la manipulación a la que hace referencia el tipo está pensada para la falsificación de tarjetas.³³ Efectivamente, no puede dejar de hacerse notar que, para encajar en el tipo, la falsificación (tenida por manipulación o artificio semejante) debería verse completada causalmente por una conducta posterior de transferencia de activos patrimoniales. Sin esa ultractividad, el tipo no se vería completo, y no porque se discuta que se trate de un supuesto de tentativa, sino porque en realidad no nos encontramos ante una dinámica defraudatoria incompleta, sino ante una conducta falsaria consumada. La manipulación de la tarjeta es una conducta distinta del uso posterior que del instrumento falsificado se haga. Apremiar una tentativa de fraude informático en supuestos de manipulación de tarjeta equivaldría a seccionar el tipo penal, desfigurándolo y desarrollando una labor *cuasi* legislativa que no nos corresponde. En definitiva, el legislador configuró la infracción para criminalizar determinadas transferencias ilegítimas de activos patrimoniales aprovechando la flexibilidad que brinda la tecnología, pero no para conductas falsarias que posterior-

27. En sentido afirmativo: E. BACIGALUPO ZAPATER (1988). «Utilización abusiva de cajeros automáticos por terceros no autorizados». En: *Poder Judicial*. N.º 9 (esp.), págs. 87 y sig. J. A. CHOCLAN MONTALVO. «Infracciones patrimoniales...». *Op. cit.*, pág. 85. Para estos autores, la elasticidad de la cláusula extensiva del «artificio semejante» resulta suficiente para englobar distintas modalidades de uso ilícito de tarjetas, como la extracción de dinero metálico en cajeros automáticos.
28. J. A. CHOCLAN MONTALVO. «Infracciones patrimoniales...». *Op. cit.*, pág. 85. El autor descarta la hipótesis de la manipulación pero no totalmente la del artificio semejante, dada su amplitud.
29. C. M. ROMEO CASABONA (1988). *Poder Informático y seguridad jurídica*. Pág. 47. Ed. Fundesco.
30. El peligro de la laxitud del término se observa en algunas sentencias, como la STS 26 de junio del 2006, que llega a definir el artificio semejante como «artimaña, doblez o truco», confundiendo el fraude informático con la estafa tradicional.
31. En ese sentido: J. M. VALLE MUÑIZ. «De las defraudaciones». *Op. cit.*, pág. 1233. O. MORALES GARCÍA. «Derecho penal y Sociedad de la Información». En: VARIOS AUTORES. *Derecho y nuevas tecnologías*. *Op. cit.*, pág. 416.
32. C. CONDE-PUMPIDO FERREIRO. *Estafas*. *Op. cit.*, pág. 220. O. MORALES GARCÍA. «Derecho penal y Sociedad de la Información». En: VARIOS AUTORES. *Derecho y nuevas tecnologías*. *Op. cit.*, pág. 420.
33. STS de 8 de julio de 2002: «las bandas magnéticas (...) constituyen, en sí, un soporte material cuya alteración supone un acto distinto de las meras operaciones o manipulaciones informáticas para conseguir la transferencia no consentida de cualquier activo patrimonial en perjuicio de tercero, que, por ejemplo, se produciría cuando directamente se interfiriera en un sistema, tal como el de una entidad bancaria o en redes como Internet, para la obtención del lucro».

mente se instrumentalicen para la comisión de un fraude u otro delito patrimonial.³⁴

En el caso de uso de tarjeta en cajeros automáticos, la mayoría de las veces no se producirá una transferencia de activos patrimoniales como requiere el delito del art. 248.2 CP, sino una extracción de dinero metálico o, al menos, un intento de extracción, si se retoma el debate *supra* apuntado sobre la idoneidad o inidoneidad de la tentativa en aquellos supuestos en los que el sujeto activo desconoce el número secreto. Ello no ha impedido que un sector de la doctrina defienda que el término *transferencia* debe ser interpretado en un sentido amplio, de manera que abarque tanto una determinada cantidad de dinero en efectivo, como un activo patrimonial, permitiéndose la subsunción en el tipo de fraude informático.³⁵

Quizás pueda convenirse que el problema no reside tanto en la diversidad de objeto (activo patrimonial versus cantidad material dineraria) como la diferencia en la acción. No parece que se haya acudido al término *transferencia* para describir genéricamente trasposos de un patrimonio a otro, esto es, de la órbita patrimonial del titular a la del sujeto activo de delito. Al contrario, parece más correcto afirmar que el legislador ha prefigurado el tipo del art. 248.2 CP para determinadas defraudaciones informáticas que no coinciden

con la acción de las extracciones de dinero en cajeros automáticos³⁶ y que guardan mayor relación con los delitos apropiatorios, como podremos comprobar en el apartado siguiente.

2.2.3. Uso ilícito de tarjetas y robo con fuerza en las cosas

La naturaleza apropiatoria del delito de robo con fuerza en las cosas podría poner en duda su idoneidad para el tratamiento de delitos relacionados con las TIC, pero, en puridad, constituye la muestra de que a veces sí es posible adaptar los tipos penales clásicos a los modos comisivos más evolucionados, pues tal es la calificación que la doctrina y la jurisprudencia mayoritarias han asignado a las extracciones ilícitas de dinero en cajeros automáticos.³⁷

Con todo, el esfuerzo realizado para tal adaptación puso a prueba la elasticidad del principio de legalidad durante la vigencia del CP de 1973.³⁸ En efecto, el Tribunal Supremo consideró³⁹ ya entonces que las tarjetas debían estimarse llaves a efectos del robo con fuerza, criterio que después obtuvo respaldo legislativo a través del art. 239 del Código penal de 1995.

Este entendimiento no es unánime en la doctrina, ni siquiera tras la inclusión de las tarjetas magnéticas en el concepto de

34. Debe diferenciarse el acto de falsificación del uso ilícito posterior que del documento falso se haga. Un planteamiento similar fue sostenido por Bacigalupo con ocasión de la diferenciación entre la unidad de plan y la unidad de acción para calificar separadamente la apropiación ilícita de la tarjeta de su uso ilícito posterior, en supuestos de extracción de dinero en cajeros automáticos. *Vid.* en ese sentido: E. BACIGALUPO ZAPATER. «Utilización abusiva de cajeros automáticos...». *Op. cit.*, pág. 87. De este modo discrepaba el autor del parecer expresado por la Fiscalía General del Estado en su Memoria de 1987, donde se argumentaba que la apropiación de la tarjeta y su uso ilícito posterior en cajeros automáticos respondían a una misma unidad de acción, por lo que ambas conductas debían ser globalmente calificadas en función del modo en que había sido sustraída la tarjeta (generalmente, robo con fuerza en las cosas).
35. C. CONDE-PUMPIDO FERREIRO. *Estafas*. *Op. cit.*, pág. 222. M. PÉREZ MANZANO. «Las defraudaciones (I). Las estafas». En: VARIOS AUTORES. *Compendio de Derecho penal (Parte Especial)*. M. BAJO FERNÁNDEZ (dir.) (1998). Vol. II, pág. 456. Ed. Centro de Estudios Ramón Areces. En contra: J. M. VALLE MUÑIZ. «De las defraudaciones». *Op. cit.*, pág. 1233. O. MORALES GARCÍA. «Derecho penal y Sociedad de la Información». En: VARIOS AUTORES. *Derecho y nuevas tecnologías*. *Op. cit.*, págs. 415 y 416.
36. En este sentido: «la dinámica comisiva no se aparta de la clásica de apoderamiento, si bien con la peculiaridad del necesario uso de tarjeta magnética de crédito para poder acceder al objeto material del delito. No se trata, por tanto, de transferencias de activos patrimoniales, sino de sustracción de dinero mediante el uso por un tercero del medio específico adecuado para acceder al mismo. El supuesto carecía de atributos para ser reconducido al delito de estafa (con anterioridad a la entrada en vigor del nuevo Código penal), y se aleja también ahora de las conductas penalmente relevantes a título de fraude informático. Antes bien, normalmente procederá su incriminación a título de robo con fuerza en las cosas». J. M. VALLE MUÑIZ. «De las defraudaciones». *Op. cit.*, pág. 1233.
37. J. M. VALLE MUÑIZ, «De las defraudaciones» *op. cit.*, pág. 490. En contra: C. CONDE-PUMPIDO FERREIRO, *Estafas*, *op. cit.*, pág. 222.
38. C. M. ROMEO CASABONA (1996). «Delitos informáticos de carácter patrimonial» en *Informática y Derecho*. N.º 9, págs. 413-415.
39. STS de 16 de marzo de 1999: «el concepto de llave no es rigurosamente semántico o literal, sino funcional (...) habiéndose destacado (...) que si bien las tarjetas de crédito no son llaves en el puro sentido morfológico de la expresión, lo son en el aspecto funcional en cuanto sirven en la práctica para accionar el cierre del local que da acceso al Cajero automático o para abrir el receptáculo del mismo cuando está situado en el exterior».

llave falsa, y no faltan quienes entienden que el robo con fuerza no se adapta a todas las modalidades de extracción de dinero metálico en cajeros automáticos.⁴⁰ Concretamente, se sostiene desde esta posición que, para los supuestos en los que la tarjeta hubiese sido falsificada o manipulada, sería preferible aplicar el fraude informático del art. 248.2. CP.⁴¹ Así, si la tarjeta fuese falsa estaríamos ante una manipulación y, por consiguiente, una defraudación, mientras que la obtención de dinero con la tarjeta auténtica pero sustraída o hallada, e indebidamente utilizada por quien no es titular, se consideraría un robo con fuerza en las cosas. Tal solución no parece ser del todo coherente, pues la calificación jurídica de conductas idénticas no puede variar en función de un dato contingente como el origen auténtico o inauténtico de la tarjeta. La jurisprudencia del TS vendría, asimismo, a corroborar este punto de vista, cuando sostiene que no cabe aplicar el tipo de estafa informática a estos casos, pues ni la extracción material de dinero se corresponde con una transferencia, ni puede apreciarse manipulación informática o artificio semejante.⁴²

Otro sector de la doctrina ha resaltado, en relación con la calificación jurídica del uso de tarjetas legítimas para la extracción no consentida de dinero en cajeros automáticos, que tampoco el robo con fuerza resulta aplicable a estos casos y que resulta menos forzado acudir a la figura defraudatoria del art. 248.2 CP. Ello es así, se aduce, porque debe diferenciarse la voluntad del deseo y advertir que la extracción de dinero no se produce contra la voluntad del dueño, como reclama el art. 239 CP, sino en contra de su deseo. Dicho de otro modo, la

voluntad del titular de la tarjeta es que a través de ella se pueda extraer dinero del cajero, aunque no sea su deseo que un tercero no legitimado lo haga.⁴³

Finalmente, hay que tener en cuenta que existen otras formas de extracción ilícita de dinero en cajeros en las que sí que se produce una manipulación informática y una subsiguiente transferencia de activos patrimoniales, por lo que podrán subsumirse en el tipo del fraude informático. Son supuestos en los que no se hace mero y normal uso de la tarjeta, sino, por ejemplo, se procede a descifrar, por medio de algún programa informático, el número secreto del titular de la cuenta, para acceder a sus activos y realizar con ellos operaciones no consentidas.⁴⁴ Estas conductas, precisamente por no consistir en el apoderamiento material del objeto y por instrumentalizarse a través de alguna manipulación informática o artificio semejante, sí que podrían encuadrarse en el art. 248.2 CP.

3. El proyecto de Ley Orgánica por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal. Reformas en materia de conductas relacionadas con tarjetas bancarias

Una de las características de la reforma penal emprendida por el Gobierno en julio de 2006⁴⁵ es la búsqueda de una mejor adaptación de la legislación penal a las

40. C. CONDE-PUMPIDO FERREIRO. *Doctrina y Jurisprudencia*. Vol. II, pág. 2685. Ed. Trivium.

41. C. CONDE-PUMPIDO FERREIRO. *Doctrina y Jurisprudencia*. Op. cit., *ibidem*.

42. STS 16 de marzo 1999: «con relación al nuevo art. 248.2 del texto penal vigente de 1995, hay que entender que dicho fraude informático no contempla la sustracción de dinero a través de la utilización no autorizada de tarjetas magnéticas (...) porque la dinámica comisiva no parece alejada de la clásica de apoderamiento, (...) presenta la peculiaridad de la exigencia del uso de la tarjeta magnética para poder acceder al objeto material del delito». En el mismo sentido: STS 26 de diciembre de 2000, con relación al art. 248.2 CP: «exige en su redacción la realización de actos de manipulación informática o artificio semejante, elemento de la acción que no concurre cuando lo que se realiza es un apoderamiento de dinero mediante empleo de una tarjeta válida y el número secreto correspondiente, sin ninguna manipulación informática, sino mediante el empleo de una llave- último párrafo del art. 239 del CP- sustraída a su titular».

43. Inició la doctrina Bacigalupo en su conocido voto particular a la STS de 8 de mayo 1992. La sigue: J. A. CHOCLAN MONTALVO. «Infracciones patrimoniales...». Op. cit., págs. 82 y 83. Ambos autores prefieren hacer uso de la elasticidad del término «artificio semejante» para incluir en el art. 248.2 CP los supuestos de extracción de dinero metálico en cajeros automáticos.

44. E. ORTS BERENGUER; M. ROIG TORRES (2001). *Delitos informáticos y delitos comunes cometidos a través de la informática*. Pág 67. Ed. Tirant lo Blanch.

45. En abril de 2005, la Sección Especial para la Elaboración de una Propuesta de Anteproyecto, compuesta por seis vocales expertos en derecho penal, inició el estudio y redacción de la propuesta en el seno de la Comisión General de Codificación. Con fecha de 14 de julio del 2006 fue aprobado en Consejo de Ministros el Anteproyecto de Ley Orgánica de Modificación de Código Penal, propuesta que pasó a ser formalmente Proyecto de Ley Orgánica el 15 de enero del presente año. La reforma abarca varios e importantes sectores de la legislación penal: desde la reincidencia o la responsabilidad penal de las personas jurídicas a aspectos de Parte especial como los que aquí se tratan, entre otros.

formas emergentes de criminalidad. Ello se refleja con especial intensidad en materia de falsificación, tráfico y uso ilícito de tarjetas bancarias, cuya regulación contiene, como hemos podido observar, algunas insuficiencias. La propuesta de reforma dedicada a esta materia ha seguido la línea trazada por la Unión Europea en la Decisión marco de 28 de mayo de 2001,⁴⁶ con el objetivo de procurar, a través de la armonización de las legislaciones penales de los Estados Miembros, una protección penal coherente con el carácter generalmente transnacional de la delincuencia económica y asociada a las TIC.⁴⁷

El texto original de la propuesta se ha visto puntualmente modificado por las sugerencias que el Consejo General del Poder Judicial (CGPJ, en adelante) realizó en su informe aprobado el 27 de octubre de 2006.⁴⁸

3.1. Falsificación, tráfico y uso de tarjetas falsificadas

El proyecto de reforma introduce importantes novedades en relación con las conductas objeto de estudio, añadiendo una sección 3.^a bis al capítulo II del título

XVIII del libro II bajo el nombre *De la falsificación de tarjetas de crédito y débito y cheques de viaje*. Dentro de esta sección se recoge el art. 399 bis que en su primer apartado prevé la pena de 4 a 8 años de prisión para el que «falsificare, copiándolos o reproduciéndolos, tarjetas de crédito o débito o cheques de viaje». En el segundo apartado se incrimina «la tenencia de tarjetas de crédito o débito o cheques de viaje falsificados en cantidad que permita suponer están destinados a la distribución o al tráfico», conducta que prevé la misma pena que para la falsificación. Ya en el tercer inciso, el art. 399 bis tipifica la conducta del «que sin haber intervenido en la falsificación usare, en perjuicio de otro y a sabiendas de la falsedad, tarjetas de crédito o débito o cheques de viaje falsificados» anudándole una pena privativa de libertad de dos a cinco años. Junto a la nueva incriminación de estas conductas, debe resaltarse que se ha abandonado la equiparación de la tarjeta a la moneda a los efectos del art. 286 CP (falsificación de moneda), puesto que la nueva redacción propuesta para el art. 387 CP deja de contemplarlas. Así, con la introducción del art. 399 bis y la eliminación de las tarjetas del art. 387 CP, puede preverse que la reforma pondrá fin a la incómoda y criticada situación actual caracteri-

46. Decisión marco del Consejo de Ministros de la Unión Europea para la lucha contra el fraude en los medios de pago distintos del efectivo (2001/413/JAI). Otras acciones han sido emprendidas en el seno de la Unión Europea. En 1998, la Comisión encargó a un comité de expertos el estudio COMCRIME, iniciativa que provenía a su vez del Consejo Europeo en el marco del programa de acción relativo a la delincuencia organizada. Puede consultarse la siguiente web oficial: <http://europa.eu.int/scadplus/leg/es/lvb/l33193b.htm>. No puede dejar de mencionarse la Convención del Consejo de Europa sobre Cybercrimen, firmada en Budapest el 23 de noviembre del 2001. Se trata extensamente el tema en: O. MORALES GARCÍA (2002). «Apuntes de Política criminal en el contexto tecnológico. Una aproximación a la Convención del Consejo de Europa sobre delincuencia informática». En: *Cuadernos de Derecho judicial*. N.º 9, págs. 11-34. Recientemente, se ha hecho pública una comunicación de la Comisión Europea donde se plasma la necesidad de definir más decididamente una política europea específica en materia de lucha contra el cybercrimen. La Comisión advierte del aumento creciente de la criminalidad relacionada con las TIC y de la correlativa necesidad de coordinar las respectivas Políticas Criminales de los Estados miembro a través de Convenios y Decisiones Marco del tercer pilar. El documento, «Communication from the Commission to the European Parliament, the Council and the Committee of the Regions. Towards a general policy on the fight against cyber crime», {SEC(2007) 641} {SEC(2007) 642}, COM/2007/0267 final, puede consultarse en la siguiente dirección: <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=COM:2007:0267:FIN:EN:HTML>
47. *Vid.*, entre otros: U. SIEBER (1992). *The International Emergence of Criminal Information Law*. Págs. 73-99. Colonia: Carl Heymanns Verlag KG. O. MORALES GARCÍA. «Derecho penal y Sociedad de la Información». En: VARIOS AUTORES. *Derecho y nuevas tecnologías*. *Op. cit.*, págs. 387-470. J. J. GONZÁLEZ RUS. «Aproximación al tratamiento penal de los ilícitos...». *Op. cit.*, pág. 109. R. M. MATA MARTIN (2003). «Criminalidad informática: una introducción al cybercrimen». *Actualidad penal*. N.º 3, págs. 939-942. Algunos autores afirman, con razón, que el principal problema al que se enfrenta la delincuencia relacionada con las TIC es el conflicto de jurisdicción: R. FERNÁNDEZ PALMA (2004). «El principio de territorialidad penal y la delincuencia relacionada con las tecnologías de la información y comunicación. Comentario al auto del Juzgado de Instrucción N.º 18 de Barcelona, de fecha 5 de mayo de 2003». En: *Revista Aranzadi de Derecho y Nuevas Tecnologías*. N.º 4, págs. 127-140.
48. En realidad, la única modificación que se ha introducido en el proyecto de reforma penal a raíz de los consejos emitidos por el CGPJ en su informe, es la concerniente a la inclusión del perjuicio patrimonial de tercero en la estafa cometida a través de tarjetas bancarias, introducida por la propuesta en el art. 248.2 CP. *Vid. infra* nota 51. Puede accederse al texto del informe en la página oficial del CGPJ: <http://www.poderjudicial.es/eversuite/GetRecords?Template=cgpj/cgpj/principal.htm>

zada por la desproporción de la respuesta penal frente a la falsificación de tarjeta bancaria.

No por esperada debe dejar de estimarse acertada la decisión de otorgarle a la falsificación de tarjetas un tratamiento penal más proporcionado y ajustado a los presupuestos de nuestro sistema. La ubicación sistemática del art. 399 bis dentro de las falsedades documentales resulta congruente con el carácter documental que se le había reconocido a las tarjetas. La mayor penalidad asignada respecto del resto de falsedades documentales también tiene sentido vista la especial importancia de estos medios de pago en el tráfico. El tipo propuesto podría considerarse, en consecuencia, como un subtipo agravado de falsedad documental.

En similares términos de aprobación se ha pronunciado el CGPJ, si bien ha criticado otros aspectos de la regulación propuesta para la falsificación, tráfico y uso de tarjetas falsificadas.

El núcleo central de la crítica realizada por el CGPJ reside en la exclusión del primer apartado del art. 399 bis (falsificación de tarjetas) del supuesto de manipulación de tarjetas auténticas, desvinculándose del art. 2 b) de la Decisión marco de 28 de mayo de 2001.⁴⁹ Asimismo, el CGPJ critica la estrechez del segundo apartado del mismo precepto (tráfico y receptación), pues alega que no es necesario exigir una determinada cantidad de tarjetas para suponer el destino a tráfico y que la mera tenencia de una tarjeta falsa para un posterior uso fraudulento debería ser suficiente para completar la tipicidad. El tercer apartado del precepto es, sin embargo, aceptado favorablemente por el CGPJ, que lo menciona como ejemplo de seguimiento de la citada Decisión marco.

No se comparte aquí exactamente el mismo punto de vista. El CGPJ ha criticado que la reforma no incluya la manipulación de tarjetas auténticas en la noción de falsificación, pero lo cierto es que de la lectura del precepto propuesto no tiene por qué derivarse esa exclusión necesariamente. Al contrario, teniendo en cuenta la doctrina de la Sala Segunda, que asimila la manipulación de tarjeta

auténtica (clonación) a la creación de una tarjeta falsa, no sería en absoluto impensable que se incluyese la misma conducta en el futuro delito de falsificación de tarjeta. De todos modos, es de esperar que para los supuestos de manipulación de tarjetas auténticas se recurra a la calificación subsidiaria de falsedad en documento mercantil, cuya menor penalidad parece más acorde con el también menor reproche que merece la manipulación frente a la creación *ex novo* de la tarjeta.

En coherencia con lo ya dicho, la descripción del art. 399 bis, sólo se referiría al tráfico de tarjetas falsas en sentido estricto, por lo que cuando se trafique con tarjetas auténticas (manipuladas o no), deberá recurrirse al tipo general de receptación (arts. 298 y sig. CP). Aunque parece que nos encontramos ante conductas similares, podría pensarse que la diferencia de trato se basa quizá en una mayor peligrosidad y dañinidad del tráfico de tarjetas falsas.

Otro tanto cabe predicar del distinto régimen previsto para el uso de tarjetas bancarias en función de si éstas son auténticas o no. Si el uso ilícito se realiza a través de tarjeta falsa acudiremos al art. 399 bis, pues se trata de una conducta asociada a la falsificación que afecta a la fiabilidad del tráfico mercantil, y si la tarjeta es auténtica, recurriremos al tipo defraudatorio del art. 248.2 c) previsto por la reforma. Ello es lógico, ya que el uso afecta en este caso exclusivamente al patrimonio del titular de la tarjeta auténtica.

Por lo que se refiere al carácter estrecho del segundo apartado del art. 399 bis, no cabe duda de que la Decisión marco de 28 de mayo del 2001 establece la incriminación de determinados actos de tráfico, incluida la "posesión de instrumentos de pago que hayan sido objeto de robo u otra forma de apropiación indebida, falsificación o manipulación, para su utilización fraudulenta". Una perspectiva maximalista del art. 2c) de la Decisión marco conduciría probablemente a la conclusión de que no se han tipificado todas las conductas relacionadas con el tráfico y uso fraudulento de tarjetas, ya que, como dice el CGPJ, no se contempla la tenencia de una sola tarjeta falsificada. Sin embargo, deberíamos preguntarnos si la directriz europea (que no es norma directamente vinculante) no

49. Se prevé que los Estados adoptarán medidas necesarias para criminalizar (...) «b) (la) falsificación o manipulación de instrumentos de pago, para su utilización fraudulenta».

estará en realidad otorgando un margen discrecional especialmente amplio a los Estados para la incriminación de estas conductas, como por otra parte viene siendo costumbre en las técnicas normativas indirectas de la Unión Europea.⁵⁰ No parece que de la utilización de la expresión «posesión de instrumentos de pago» haya de derivarse la necesaria criminalización de la tenencia de una sola tarjeta falsificada.

Debe añadirse que el informe redactado por la Comisión Europea para evaluar la adaptación de las legislaciones de los Estados Miembros a la Decisión marco no menciona que el Estado español haya cometido ningún error al respecto, como sí que se encargó de remarcar con ocasión de la manipulación de las tarjetas auténticas.⁵¹ Simplemente se ha seguido, dentro del legítimo margen de discrecionalidad, la lógica de los principios de *ultima ratio* y fragmentariedad del Derecho penal. Desde esta otra perspectiva, el segundo inciso del art. 399 bis más bien peca de exceso de amplitud que de estrechez, pues recurre a la difusa fórmula de «en cantidad que permita suponer», expresión que podría poner en entredicho el principio de taxatividad y cuya concreción deberá realizarse jurisprudencialmente, caso de ser aprobada la reforma. Sería lógico pensar que esta modalidad seguirá la misma suerte que el antiguo delito de tenencia de moneda falsa (art. 287 CP 1973).⁵² La jurisprudencia exigió un requisito valorativo o subjetivo que permitiese determinar que la tenencia estaba destinada al tráfico o la expendición, modo éste de intentar apartar el tipo de la órbita de los delitos de sospecha.⁵³

3.2. El uso ilícito de tarjetas auténticas

Como decíamos, la reforma prevé la introducción de un nuevo tipo defraudatorio añadiendo un nuevo apartado tercero al art. 248.2 CP. De este modo, junto al fraude informático, se tipifica una nueva modalidad de defraudación asimilada a la estafa cometida a través de tarjetas bancarias auténticas. El precepto considera también reos de estafa a 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 o de tercero». La referencia al «perjuicio a tercero» no figuraba en la versión originaria del anteproyecto, pero fue añadida con posterioridad por recomendación del CGPJ.⁵⁴

El informe del CGPJ frente a la propuesta de un nuevo tipo de estafa hace hincapié en el carácter superfluo de la previsión, puesto que entiende que la estafa básica del art. 248.1 CP ya se ocupa adecuadamente de estos supuestos, siendo la única salvedad la de tener que apreciar un especial deber de diligencia que relativiza el carácter «bastante» del engaño. Sin embargo, como se ha evidenciado, la calificación jurídico-penal de los casos de connivencia entre el comprador y el vendedor para simular operaciones mercantiles empleando un datáfono, así como los de comercio electrónico a través de Internet, por la introducción no consentida de los datos contenidos en tarjeta ajena, no resulta satisfactoria para un amplio sector de la doctrina. Por ello, no debería adjetivarse como superflua tan fácilmente la previsión de un nuevo tipo de estafa para incriminar el uso ilícito de tarjetas auténticas, pues se estaría dando cobertura a supuestos cuya subsunción en el delito actual de estafa no resulta pacífica en la doctrina.

-
50. F. MORALES PRATS (1999). «Los modelos de unificación del Derecho penal en la Unión Europea: Reflexiones a propósito del "Corpus Iuris"». En: *Revista Penal*. N.º 3, págs. 29 y sig.
51. Informe de la Comisión basado en el artículo 14 de la Decisión marco del Consejo de 28 de mayo de 2001 sobre la lucha contra el fraude y la falsificación de medios de pago distintos del efectivo {SEC(2004) 532}. Puede accederse al documento a través de la siguiente dirección electrónica:
http://eur-lex.europa.eu/smartapi/cgi/sga_doc?smartapi!celexplus!prod!DocNumber&type_doc=COMfinal&an_doc=2004&nu_doc=346&lg=es
52. En él se tipificaba la tenencia de moneda falsa cuando «por su número y condiciones se infiera racionalmente que estén destinadas a la expendición». Como se ve, la estructura es casi idéntica a la del precepto propuesto por la reforma para la criminalización de la tenencia de tarjetas falsas.
53. C. VILLACAMPA ESTIARTE. «De la falsificación de moneda y efectos timbrados». En: VARIOS AUTORES. *Comentarios al Nuevo Código Penal*. Op. cit., pág. 1957.
54. El CGPJ apuntó con acierto «que el perjuicio recaiga sobre el "titular" de la tarjeta, excluye innecesariamente el supuesto en que la perjudicada sea la entidad emisora cuando así proceda conforme a las cláusulas contractuales, por lo que el alcance del perjuicio debería extenderse a los terceros».

Ahora bien, cabe preguntarse si la introducción de esta nueva modalidad de estafa o del tercer inciso del art. 399 bis para el uso de tarjetas falsificadas podría modificar a su vez la calificación de robo con fuerza en las cosas que las extracciones ilícitas en cajeros automáticos reciben actualmente. En buena lógica, no parece que dicha calificación pueda variarse por la introducción de un nuevo tipo defraudatorio dado que la jurisprudencia y la doctrina mayoritarias están de acuerdo en distinguir una naturaleza apropiatoria en la dinámica de estas conductas que difícilmente podrán encajar en una modalidad defraudatoria, por mucho que ésta se instrumente por medio de tarjeta bancaria, aunque lo cierto es que formalmente cabría en la fórmula amplia prevista por el prelegislador.

Lo mismo debería predicarse de las nuevas previsiones para el uso ilícito de tarjetas falsas. Si bien la letra del art. 399 bis parece englobar todo uso de tarjeta falsa, el criterio de especialidad dicta que la calificación de un concreto uso de tarjeta falsa, la extracción de dinero en cajeros automáticos, ha de dirigirse igualmente al tipo de robo con fuerza. La especialidad debe, pues, en este caso, referirse a la dinámica comisiva y no al tipo de tarjeta que se utilice, porque es aquélla la que realmente determina el ataque sobre el bien jurídico protegido (apropiación patrimonial a través de llave falsa) y no el carácter falsario del medio empleado. A pesar de que el uso de tarjetas falsas reciba un tratamiento diferente en atención al bien jurídico protegido en los tipos falsarios, no debe perderse de vista que el uso no entraña propiamente la falsificación. Se asocia a la falsificación de forma instrumental pero no comparte su naturaleza, pues

no es un fin en sí mismo. Es necesario contemplar la posibilidad de que el uso de tarjeta falsa se materialice en un concreto perjuicio patrimonial cuya dinámica encaje mejor en el robo con fuerza en las cosas.

Comparando las penalidades de los respectivos tipos, debe concluirse que en el tercer apartado del art. 399 bis el legislador ha reservado un reproche mayor, de dos a cinco años de prisión, para conductas más graves que las contempladas en el robo con fuerza, castigado con una pena de uno a tres años de prisión. La diferencia punitiva tiene sentido en el entendimiento de que el uso de tarjetas falsas describe un doble ataque (patrimonial y falsario), pero si el ataque es simple (sólo patrimonial) el uso de la tarjeta falsa para la extracción de dinero en cajeros automáticos no colmaría todo el desvalor contemplado por el tipo. La conducta debería, en definitiva, valorarse al margen del carácter auténtico o inauténtico de la tarjeta utilizada, y ello porque ha de seguirse el mismo razonamiento esgrimido para el debate sobre si la falsificación de una tarjeta podía integrar o no la manipulación informática o artificio semejante del fraude del art. 248.2 CP.⁵⁵ El Tribunal Supremo ya se pronunció en sentido negativo, por lo que cabe esperar que siga la misma línea y mantenga la calificación de robo con fuerza en las cosas para estos supuestos.

Naturalmente, habrá de atenderse a la aplicación judicial y al desarrollo doctrinal que de la reforma pueda hacerse, caso de ser finalmente aprobada, para el desarrollo de conclusiones y propuestas más depuradas o definitivas.

Cita recomendada

GARCÍA NOGUERA, Isabel (2007). «La reforma penal de la falsificación, tráfico y uso ilícito de las tarjetas bancarias». En: «III Congreso Internet, Derecho y Política (IDP). Nuevas perspectivas» [monográfico en línea]. *IDP. Revista de Internet, Derecho y Política*. N.º 5. UOC. [Fecha de consulta: dd/mm/aa]. <<http://www.uoc.edu/idp/5/dt/esp/garcia.pdf>>

ISSN 1699-8154



Esta obra está bajo la licencia Reconocimiento-NoComercial-SinObraDerivada 2.5 España de Creative Commons. Así pues, se permite la copia, distribución y comunicación pública siempre y cuando se cite el autor de esta obra y la fuente (*IDP. Revista de Internet, Derecho y Política*) y el uso concreto no tenga finalidad comercial. No se pueden hacer usos comerciales ni obras derivadas. La licencia completa se puede consultar en: <<http://creativecommons.org/licenses/by-nc-nd/2.5/es/deed.es>>

55. *Vid. supra* notas 28 y 30.

Sobre la autora

Isabel García Noguera

igarcian@uoc.edu

Licenciada en Derecho (UAB, 2002), diploma de Estudios Avanzados en Sociedad de la Información y el Conocimiento (UOC, 2006). Su trayectoria profesional se inicia en el ámbito de la investigación como asistente de investigación en el proyecto E-Crime (2002-2003), y el inicio del doctorado inter-universitario «Empresa y sistema penal», en el marco del Instituto Joan Lluís Vives. Su perfil se complementa en el campo de la docencia con la realización de consultorías en las asignaturas de Derecho penitenciario, Criminología y Derecho penal II (UOC, 2003-2005 y 2007). Actualmente, elabora su tesis en el campo de la delincuencia informática a nivel europeo bajo la dirección de la Dra. Fernández Palma y es miembro del área jurídica del proyecto Le-sig y del grupo de investigación IN3 DEUSETIC.