

# LOS CONCEPTOS DE MANIPULACIÓN INFORMÁTICA Y ARTIFICIO SEMEJANTE EN EL DELITO DE ESTAFA INFORMÁTICA<sup>1</sup>

Patricia FARALDO CABANA

Profesora Titular de Derecho penal  
Universidade da Coruña

**Resumen:** Entre los delitos contra el patrimonio cometidos por medio de sistemas informáticos destaca la estafa informática, del artículo 248.2 CP, cuyo elemento central es la manipulación informática, concepto que ha de entenderse en un sentido amplio. Ahora bien, la tendencia en la práctica a su interpretación restrictiva ha suscitado la conveniencia de incluir en el Código Penal una tipificación explícita de las defraudaciones realizadas mediante utilización de tarjetas de crédito o débito, etc. Así se ha hecho en el Proyecto de 2007, que contempla un delito puro de resultado, y que ha sido objeto de críticas, al igual que las modificaciones previstas en cuanto a la falsificación de las tarjetas, conducta íntimamente relacionada con las estafas, comunes o informáticas.

**Laburpena:** Informatika bidez egindako ondarearen kontrako delituen artean maula informatikoa nabarmentzen da, ZK 248.2 artikulua azaltzen duena, zentzu zabalean ulertu behar den manipulazio informatikoa izanik honen muina. Interpretazio murriztaileak medio, Zigor Kodean, kreditu edo kargu tarjeta bidez egindako iruzurren tipifikazio esplizitua barneratzea komeni da. 2007ko egitasmoan, emaitza delito gardenak aurreikusten dituen, horrela egin da, eta kritikak jasan ditu, maula informatiko edo arruntekin erlazioa daukan txartelen faltsuketari buruzko aldaketei dagokionez.

---

1. La realización de este trabajo ha sido posible gracias a la subvención otorgada al proyecto de I+D sobre "Globalización económica y nuevos riesgos" (SEJ2004-07418/JURI) por el Ministerio de Educación y Ciencia, del cual es investigador principal Carlos Martínez-Buján Pérez, Catedrático de Derecho penal de la Universidad de A Coruña. Agradezco a Norberto de la Mata Barranco, Profesor titular de Derecho penal en la Universidad del País Vasco, su invitación a participar en las Jornadas sobre retos en la securización de los territorios digitales: delitos informáticos, organizadas por el Instituto Vasco de Criminología en la Facultad de Derecho de la Universidad del País Vasco, en Leioa, celebradas los días 26 y 27 de abril de 2007, que me dio la ocasión para interesarme por estos temas. Igualmente, quisiera agradecer a Laura Zúñiga Rodríguez, Profesora titular de Derecho penal en la Universidad de Salamanca, su invitación a impartir un seminario sobre delincuencia patrimonial informática en el Programa de Doctorado "Problemas Actuales de Derecho Penal. Dogmática penal y consideraciones político-criminales", de la Universidad de Salamanca, que me obligó a profundizar en la temática.

(Nota): Contribución a las Jornadas "Retos en la securización de los territorios digitales: Delitos informáticos", Leioa, 26-27 abril 2007 (subvencionadas por el Dpto. de Industria, Comercio y Turismo del Gobierno Vasco -"Cluster de Privacidad y Seguridad Digital", del Proyecto Etortek "AmiGUNE"-).

**Résumé:** Parmi les infractions contre le patrimoine commises à travers les systèmes informatiques ressort l'escroquerie informatique, de l'article 248.2 CP, dont l'élément central est la manipulation informatique, concept qui doit être considéré au sens large. Or, la tendance dans la pratique à l'interprétation restrictive de cet article a suscité la nécessité d'inclure dans le Code Pénal une standardisation explicite des fraudes effectuées en utilisant des cartes de crédit ou débit, etc. C'est ainsi que le Projet de 2007 considère cette infraction comme un délit de résultat, ce qui a été l'objet de critiques, tout comme les modifications prévues quant à la falsification des cartes de crédit, effectuée en rapport étroit avec les escroqueries, communes ou informatiques.

**Summary:** Among the crimes against the patrimony committed through computer systems, the computer and internet fraud stands out. Regulated on article 248.2 CP, the main element of this fraud is the computer manipulation, understood in a wide sense. However, the restrictive interpretation of this article has brought to the inclusion in the Penal Code of a particular crime concerning frauds committed through debit or credit cards, etc. Thus, the 2007 Project includes a new crime of result, that has been very criticized, as the modifications regarding the falsification of cards, a conduct intimately related to the frauds, either common or computer frauds.

**Palabras clave:** Derecho penal, delitos contra el patrimonio, estafa informática, falsificación de tarjetas, defraudaciones.

**Gako hitzak:** Zigor zuzenbidea, ondarearen kontrako delituak, maula informatikoa, txartelen faltsuketa, iruzurrak.

**Mots clef:** Droit pénal, délits contre le patrimoine, escroquerie informatique, falsification des cartes de crédit, fraudes.

**Key words:** Penal Law, Crimes against the patrimony, Computer and internet fraud, Falsification of cards, Frauds.

## I. INTRODUCCIÓN

Entre los delitos contra el patrimonio cometidos por medio de sistemas informáticos destaca la estafa informática, castigada en el art. 248.2 CP, cuyo tenor literal es el siguiente: "También se consideran reos de estafa los que, con ánimo de lucro, y valiéndose de alguna manipulación informática o artificio semejante consigan la transferencia no consentida de cualquier activo patrimonial en perjuicio de tercero".

Este precepto responde a las tendencias que se observan en la materia tanto en el ámbito europeo como en el internacional.

La Decisión marco 2001/413/JAI del Consejo, de 28 de mayo de 2001, sobre la lucha contra el fraude y la falsificación de medios de pago distintos del efectivo, establece en su art. 3, bajo la rúbrica "Delitos relacionados con equipos informáticos", que "cada Estado miembro adoptará las medidas necesarias para garantizar que las siguientes conductas sean delitos penales cuando se produzcan de forma deliberada:

realización o provocación de una transferencia de dinero o de valor monetario que cause una pérdida no autorizada de propiedad a otra persona, con el ánimo de procurar un beneficio económico no autorizado a la persona que comete el delito o a terceros, mediante:

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

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

Por su parte, el Convenio del Consejo de Europa sobre cibercriminalidad, acordado en Bucarest el 23 de noviembre de 2001, señala en su art. 8, "Estafa informática", que "las Partes adoptarán las medidas legislativas o de otro tipo que se estimen necesarias para

prever como infracción penal, conforme a su derecho interno, la producción de un perjuicio patrimonial a otro, de forma dolosa y sin autorización, a través de: a. la introducción, alteración, borrado o supresión de datos informáticos; b. cualquier forma de atentado al funcionamiento de un sistema informático, con la intención, fraudulenta o delictiva, de obtener sin autorización un beneficio económico para sí mismo o para tercero". Como cabe observar, se describen con más detenimiento las modalidades de acción que en la figura española.

La necesidad de regular expresamente este supuesto se afirmaba con carácter general en la doctrina<sup>2</sup> y en la jurisprudencia<sup>3</sup> anteriores a la entrada en vigor del actual Código penal de 1995, si bien no faltaron opiniones que la matizaban, en el entendimiento de que la actualización de los elementos de la estafa permitiría abarcar los supuestos de estafa informática dentro de la estafa común<sup>4</sup>. En cualquier caso, el

---

2. La postura clásica en torno al delito de estafa negaba que se pudiera engañar a una máquina. Vid. por todos ANTON ONECA, J., *Las estafas y otros engaños*, Seix, Barcelona, 1957, p. 10; PÉREZ MANZANO en BAJO FERNÁNDEZ, M. (Dir.), *Compendio de Derecho Penal (Parte Especial)*, II, Ceura, Madrid, 1998, p. 455. Ahora bien, tampoco faltaron otras objeciones referidas a los demás elementos del delito de estafa, desde la inexistencia de error hasta la necesidad de que los diversos elementos se den en el orden consecucional establecido por el tipo. Cfr., entre otros, BACIGALUPO ZAPATER, E., "Utilización abusiva de cajeros automáticos por terceros no autorizados", *Poder Judicial* núm. especial IX, 1988, p. 90, con ulteriores indicaciones bibliográficas; CONDE-PUMPIDO FERREIRO, C., *Estafas*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1997, pp. 215-217, que rechaza la estafa por entender que no existe acto de disposición; ROMEO CASABONA, C. M., *Poder informático y seguridad jurídica*, Fundesco, Madrid, 1988, pp. 58-74; VALLE MUÑIZ/ QUINTERO OLIVARES en QUINTERO OLIVARES, G. (Dir.), *Comentarios al Nuevo Código Penal*, 4ª ed. Thomson-Aranzadi, Cizur Menor, 2005, p. 1261, que afirman que se desfiguraría el engaño, habría que renunciar al error como elemento autónomo y se dilataría en exceso el concepto de disposición patrimonial, con el fin de que abarcara cualquier respuesta automatizada a la manipulación informática. En general, se afirmaba la existencia de una laguna punitiva, pues también otras figuras delictivas como el hurto, la apropiación indebida o las falsedades, se mostraban incapaces de abarcar todos los supuestos considerados necesitados de punición. Vid. por todos GONZÁLEZ RUS, J. J., "Tratamiento penal de los ilícitos patrimoniales relacionados con medios o procedimientos informáticos", *Poder Judicial* núm. especial IX, 1988, pp. 48 ss; HERRERA MORENO, M., "El fraude informático en el derecho penal español", *Actualidad Penal* 2001-3, margs. 940 ss; ORTS BERENGUER, E./ ROIG TORRES, M., *Delitos informáticos y delitos comunes cometidos a través de la informática*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2001, p. 62.

3. En coherencia con la posición doctrinal mayoritaria, hasta la tipificación expresa de la estafa informática la jurisprudencia negaba que el fraude informático pudiera castigarse a través de la figura común de estafa. Es paradigmática la STS de 19-4-1991 (RJ 1991/2813), que revoca la sentencia de instancia, que castigaba por estafa y delito continuado de falsedad en documento mercantil al apoderado de una entidad financiera que, empleando alteraciones contables introducidas por medio del ordenador, consigue transferir y apropiarse de dinero de los clientes de la entidad, y, manteniendo la falsedad, castiga por apropiación indebida.

Téngase en cuenta, no obstante, que en algunas resoluciones se mantuvo la calificación de estafa (común) en supuestos de manipulaciones informáticas porque en el debate casacional no se entró en ese tema. Así, por ej., las SSTs de 5-12-1989 (RJ 1989\9428), que confirma la condena de instancia por falsedad en documento oficial y estafa, y de 25-1-1994 (RJ 1994\107), que también confirma la condena de instancia por estafa y malversación de fondos, entre otras.

4. Cfr., entre otros, GUTIÉRREZ FRANCÉS, M. L., *Fraude informático y estafa*, Ministerio de Justicia, Madrid, 1991, pp. 341 ss, 409 ss; de la misma autora, "Delincuencia económica e informática en el nuevo Código Penal", en GALLARDO ORTIZ, M. A. (Dir.), *Ámbito jurídico de las tecnologías de la información*, CGPJ, Madrid, CDJ XI-1996, pp. 264-270; y MATA BARRANCO, N. de la, "Utilización abusiva de cajeros automáticos: apropiación de dinero mediante la tarjeta sustraída a su titular", *Poder Judicial* núm. especial IX, 1988, pp. 172 ss, quienes proponían entender que la estafa no supone necesariamente una relación directa y personal entre dos seres humanos, pudiendo afirmarse que las máquinas no sufren engaño alguno ni realizan el acto de disposición por error, pero que en efecto quien al final sufre un engaño es una persona, aunque no sea directa ni personalmente.

Código penal de 1995 puso fin a la polémica con la previsión del art. 248.2 CP, que se configura como una estafa específica en la que, al igual que sucede, por ejemplo, con las figuras contenidas en el art. 251 CP, se equiparan a la estafa a efectos penológicos conductas que carecen de alguno o varios de los elementos propios de la estafa común<sup>5</sup>, no siendo posible, por lo tanto, acudir al concepto de estafa que recoge el art. 248.1 CP para interpretarlas, pero que suponen en general una actuación subrepticia, astuta, que el legislador ha considerado equiparable al engaño característico de la estafa.

Así pues, estamos ante una figura autónoma respecto de la estafa, a la que sólo se equipara a efectos penológicos, si bien es cierto que la comparación con la figura de estafa común o genérica sirve, en todo lo que no se diferencia de la informática, como punto de contraste y comparación con la regulación de esta última<sup>6</sup>.

Frente a la estafa común, además de por la ausencia de engaño y error, la estructura típica de la estafa informática se caracteriza por el hecho de que la disposición patrimonial se consigue valiéndose el autor “de alguna manipulación informática o artificio semejante”<sup>7</sup>, conceptos sobre los que me extenderé posteriormente.

Por su parte, el acto de disposición patrimonial, en este caso la transferencia de activos patrimoniales, no es realizado por la víctima del engaño, como en la estafa común, pues aquí no suele haber contacto humano, sino por el propio autor, generalmente a través del sistema<sup>8</sup>. Consecuentemente, se exige que se trate de una transferencia “no consentida”, elemento que no está presente en la estafa común porque allí el acto de disposición lo realiza el sujeto pasivo del delito en perjuicio propio, con consentimiento viciado por el error, o el sujeto pasivo de la acción en perjuicio de tercero, siendo irrelevante que el tercero que sufre el perjuicio haya consentido o no. El hecho

---

5. En este sentido, apunta la STS de 21-12-2004 (RJ 2004\8252) que “el tipo penal del art. 248.2 CP tiene la función de cubrir un ámbito al que no alcanzaba la definición de la estafa introducida en la reforma de 1983. La nueva figura tiene la finalidad de proteger el patrimonio contra acciones que no responden al esquema típico del art. 248.1 CP, pues no se dirigen contra un sujeto que pueda ser inducido a error”.

6. Así, entre otros, HERRERA MORENO, M., “El fraude informático”, cit., margs. 950-951; SUÁREZ GONZÁLEZ en RODRÍGUEZ MOURULLO, G. (Dir.), *Comentarios al Código penal*, Civitas, Madrid, 1997, pp. 710-711; VALLE MUÑIZ/ QUINTERO OLIVARES en QUINTERO OLIVARES, G. (Dir.), *Comentarios*, 4ª ed. cit., pp. 1260-1262; VIVES ANTÓN/ GONZÁLEZ CUSSAC en VIVES ANTÓN, T. S. (coord.), *Comentarios al Código Penal de 1995. Volumen II (Art. 234 a Disposiciones Finales)*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1996, p. 1237. Considera que “resulta posible afirmar una equivalencia de los elementos – sin identificación total – y de la secuencia típica”, MATA Y MARTÍN, R. M., *Estafa convencional, estafa informática y robo en el ámbito de los medios electrónicos de pago. El uso fraudulento de tarjetas y otros instrumentos de pago*, Thomson-Aranzadi, Cizur Menor, 2007, p. 63; del mismo autor, “Medios electrónicos de pago y delitos de estafa”, en MATA Y MARTÍN, R. M. (Dir.), *Los medios electrónicos de pago. Problemas jurídicos*, Comares, Granada, 2007, p. 341.

No obstante, la cuestión relativa a las relaciones entre la estafa común y la informática no es pacífica. Vid. un resumen de la discusión en GALÁN MUÑOZ, A., *El fraude y la estafa mediante sistemas informáticos. Análisis del art. 248.2 CP*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2005, pp. 285-333, quien fundamenta su propia posición en las pp. 791-809.

7. Afirma la STS de 20-11-2001 (RJ 2002\805) que “el engaño, propio de la relación personal, es sustituido como medio comisivo defraudatorio por la manipulación informática o artificio semejante”.

8. Carece de relevancia que el delito lo cometa una persona con autorización o legitimada para acceder al sistema informático o una que acceda ilícitamente. Cfr. ORTS BERENGUER, E./ ROIG TORRES, M., *Delitos informáticos*, cit., p. 63.

de que nos encontremos, de esta manera, ante una conducta subrepticia<sup>9</sup>, que da lugar a una transferencia de activos patrimoniales realizada sin consentimiento del titular<sup>10</sup>, aproxima la forma de comisión de esta figura delictiva más al hurto que a la estafa<sup>11</sup>.

Pese a ello, no cabe duda de que existen diferencias. La más importante, que el objeto material del delito de estafa informática puede carecer de corporeidad, mientras que en el hurto se trata de una cosa mueble que necesariamente ha de ser susceptible de apoderamiento físico. Ello afecta al momento de la consumación, que en el hurto tiene lugar cuando se puede disponer de la cosa, mientras que en la estafa informática la disposición material puede llegar a no producirse nunca. Por otra parte, el bien jurídico protegido en la estafa informática, al igual que en la estafa común, es el patrimonio, mientras que en el hurto se trata de la propiedad o la posesión.

A pesar de este notable parecido con el hurto, la opción de equiparar a efectos de pena la estafa informática a la estafa común ha supuesto un notable endurecimiento de la reacción penal (seis meses a tres años siempre que la cuantía de lo defraudado supere los 400 euros), frente a la que correspondería imponer si se considerara una modalidad de hurto (seis a dieciocho meses, superando también los 400 euros), lo que obliga a preguntarse si en efecto la conducta tiene un contenido de desvalor que justifique tan elevada sanción<sup>12</sup>.

No olvidemos tampoco que al equipararse a la estafa común no sólo es aplicable la regla penológica del art. 249 CP<sup>13</sup>, sino también, en la medida en que sean compatibles con la manipulación informática o el artificio semejante<sup>14</sup>, los subtipos agravados del art.

---

9. En la cuarta acepción de “manipular” en el Diccionario de la Real Academia se contiene: “fig. intervenir con medios hábiles y a veces arteros en la política, en la sociedad, en el mercado, etc., con frecuencia para servir los intereses propios o ajenos”.

10. El consentimiento del titular desempeña aquí la misma función que en el hurto, esto es, da lugar a la atipicidad de la conducta. Cfr. ANARTE BORRALLA, E., “Incidencia de las nuevas tecnologías en el sistema penal. Aproximación al Derecho penal en la sociedad de la información”, *Derecho y conocimiento. Anuario Jurídico sobre la Sociedad de la Información* Vol. 1, 2001, p. 236. No faltan autores para los que esta alusión expresa a la ausencia de consentimiento es superflua. Vid. por todos SUÁREZ GONZÁLEZ en RODRÍGUEZ MOURULLO, G. (Dir.), *Comentarios*, cit., p. 711. Lo cierto es que la falta de consentimiento se deduce del procedimiento ilícito seguido para conseguir la transferencia, sin tener que recurrir a presunciones. En este sentido, cfr. GONZÁLEZ RUS, J. J., “Protección penal de sistemas, elementos, datos, documentos y programas informáticos”, *RECPC* 01-14 (1999), [http://criminet.ugr.es/recpc/recpc\\_01-14.html](http://criminet.ugr.es/recpc/recpc_01-14.html), III.1; HERRERA MORENO, M., “El fraude informático”, cit., marg. 959.

11. Cfr., entre otros, GALÁN MUÑOZ, A., *El fraude*, cit., p. 616, nota núm.1031; PASTOR MUÑOZ en SILVA SÁNCHEZ, J. M. (Dir.), *Lecciones de Derecho penal. Parte especial*, Atelier, Barcelona, 2006, p. 219; SUÁREZ GONZÁLEZ en RODRÍGUEZ MOURULLO, G. (Dir.), *Comentarios*, cit., p. 710.

12. Se ha defendido que la ausencia de engaño y error propios de la estafa puede compensarse “por la indefensión de la víctima y la dificultad del descubrimiento del hecho, al operar con datos que afectan a aquélla sin su concurrencia valiéndose para ello del ordenador”, lo que facilitaría la comisión del delito y permitiría afirmar que es aceptable que la pena sea la misma para ambos supuestos de estafa. Cfr. ROMEO CASABONA, C. M., *Poder informático*, cit., pp. 118-119.

13. Y aquí, entre los datos que se han de tener en cuenta para fijar la cuantía de la pena, destacan en particular las posibles carencias en materia de seguridad en el sistema manipulado que hayan propiciado la conducta delictiva. Cfr. HERRERA MORENO, M., “El fraude informático”, cit., marg. 962.

14. Cfr. VALLE MUÑOZ/ QUINTERO OLIVARES en QUINTERO OLIVARES, G. (Dir.), *Comentarios*, 4ª ed. cit., p. 1263. Vid. al respecto las puntualizaciones de HERRERA MORENO, M., “El fraude informático”, cit., marg. 963.

250 CP, que permiten llegar a un marco penal de entre cuatro y ocho años y multa de doce a veinticuatro meses<sup>15</sup>.

Por lo demás, la estafa informática no abarca los supuestos en que la utilización de las nuevas tecnologías de la información o las comunicaciones es meramente circunstancial, no pudiendo hablarse de manipulación informática<sup>16</sup>. Tampoco quedan abarcados por el tipo aquellos casos en que falta la relación de imputación objetiva entre la manipulación o el artificio y la transferencia no consentida de activos patrimoniales, no siendo, pues, la manipulación o el artificio el medio decisivo a la hora de conseguir el desplazamiento patrimonial. No encajan en el tipo los casos en que se realiza una manipulación para encubrir otros delitos de apoderamiento patrimonial ya consumados, como cuando se modifican inventarios para ocultar la sustracción de mercancía, pues en estos supuestos la desposesión ya ha tenido lugar antes de realizar la manipulación<sup>17</sup>.

El resultado de la manipulación informática o artificio semejante ha de ser la transferencia no consentida de un activo patrimonial en perjuicio de tercero.

La transferencia constituye un resultado material intermedio que puede no significar todavía la lesión del bien jurídico si no implica simultáneamente el perjuicio de tercero.

Por transferencia de un activo patrimonial se ha de entender el traspaso fáctico de un activo, es decir, de un elemento patrimonial valorable económicamente, de un patrimonio a otro<sup>18</sup>, traspaso que no necesariamente tiene que producirse por medios electrónicos<sup>19</sup>, aunque, dada la naturaleza del delito, ésta sea la forma más habitual. Tampoco el activo patrimonial tiene que estar obligatoriamente representado mediante anotaciones o registros informáticos<sup>20</sup>, aunque esta modalidad esté incluida en el concepto.

Algunos autores califican de estafa informática en concurso con daños informáticos la destrucción de los datos contenidos en el sistema informático de una entidad bancaria, en los que consta la deuda que el sujeto activo mantiene con ella<sup>21</sup>. Esta conducta, en mi

15. Es opinión mayoritaria en la doctrina. Vid. por todos ANARTE BORRALLO, E., "Incidencia", cit., pp. 237-238; CHOCLÁN MONTALVO, J. A., "Fraude informático y estafa por computación", en LÓPEZ ORTEGA, J. J. (dir.), *Internet y Derecho penal*, CDJ X-2001, CGPJ, Madrid, 2001, p. 322; implícitamente ORTS BERENGUER, E./ ROIG TORRES, M., *Delitos informáticos*, cit., p. 71.

16. Lo apunta MATA Y MARTÍN, R. M., *Delincuencia informática y Derecho penal*, Edisofer, Madrid, 2001, p. 55; del mismo autor, "Medios electrónicos de pago"; del mismo autor, *Estafa convencional*, cit., pp. 72-73.

17. Así, entre otros, MATA Y MARTÍN, R. M., *Estafa convencional*, cit., pp. 102-103.

18. En este sentido, que se puede considerar amplio, vid. PÉREZ MANZANO en BAJO FERNÁNDEZ, M. (Dir.), *Compendio de Derecho Penal (Parte Especial)*, II, Ceura, Madrid, 1998, pp. 456-457.

19. Como da a entender GONZÁLEZ RUS, J. J., "Protección penal", III.1. De acuerdo con la novena acepción del término "activo" en el Diccionario de la Real Academia, se trata de "Econ. Conjunto de todos los bienes y derechos con valor monetario que son propiedad de una empresa, institución o individuo, y que se reflejan en su contabilidad.

20. Como afirma GALÁN MUÑOZ, A., *El fraude*, cit., p. 613.

21. Cfr. CHOCLÁN MONTALVO, J. A., "Fraude informático", cit., pp. 332-333. Considera que se trata de estafa informática, en concurso, en su caso, con una falsedad documental, sin aludir a los daños, MANZANARES SAMANIEGO, J. L., "Artículo 248", en COBO DEL ROSAL, M. (Dir.), *Comentarios al Código penal. Tomo VIII. Delitos contra el patrimonio y contra el orden socioeconómico. Artículos 234 a 272*, EDESA, Madrid, 2005, p. 311.

opinión, no es calificable como estafa informática, pues aunque existe perjuicio patrimonial, falta la transferencia de un activo patrimonial<sup>22</sup>, que no es equivalente a la eliminación de una deuda. Se trataría, exclusivamente, de un delito de daños informáticos, en su caso en concurso medial con un delito de falsedad en documento mercantil informático.

En relación al concepto de transferencia de activos patrimoniales, se ha planteado el problema de si puede encajar en la estafa informática la obtención de servicios por medio de una manipulación informática u otro artificio semejante.

En la jurisprudencia se ha negado que usar un cupón de abono de transporte del que no se es titular por un torniquete para conseguir el acceso y realizar el viaje sea una manipulación informática, al estimar que falta la transferencia del activo patrimonial<sup>23</sup>, coincidiendo en dicha conclusión la Fiscalía General del Estado, por su parte, al señalar que el disfrute de un servicio sin abonar la contraprestación correspondiente no supone transferencia de un activo patrimonial<sup>24</sup>. Sin embargo, en otras ocasiones se admite la existencia de transferencia cuando lo que hay es la obtención de un servicio sin abonar su importe, previa manipulación de los códigos de acceso a la televisión de pago<sup>25</sup>. La doctrina y otro sector jurisprudencial afirman que también la obtención de un servicio sin el abono de su importe, siempre que se utilice una manipulación informática o artificio semejante, supone la transferencia de un activo patrimonial que da lugar a la aplicación del delito que nos ocupa<sup>26</sup>.

En mi opinión, la manipulación informática o el artificio semejante empleado en el ámbito de los servicios de telecomunicaciones, por ej. teléfono o televisión de pago, para conseguir el servicio sin pagar la contraprestación, no responden, en efecto, a la

---

22. En contra, afirmando que sí es estafa informática, MATA Y MARTÍN, R. M., “Medios electrónicos de pago”, cit., p. 364, que se centra en la perspectiva del perjuicio económico.

23. SAP de Madrid de 21-4-1999 (ARP 1999\2047).

24. Se analizaba el supuesto de manipulación de tarjetas prepago para realizar llamadas telefónicas sin abonar la contraprestación correspondiente, concluyendo la Fiscalía que “una vez finalizada la operación y agotada la prestación del servicio no se puede decir que el patrimonio del sujeto activo se haya visto incrementado”. Consulta 3/2001, de 10 de mayo, sobre la calificación jurídico-penal de la utilización, en las cabinas públicas de teléfonos, de instrumentos electrónicos que imitan el funcionamiento de las legítimas tarjetas prepago, apartado V. En el apartado VI se defiende la incardinación de esta conducta en el art. 255.1 o 3 CP, que castiga con la pena de multa de tres a doce meses las defraudaciones de fluido eléctrico y análogas por valor superior a 400 euros, o en el art. 623.4 CP, en caso de no superar ese valor.

25. Así, la SAP de Baleares de 18-1-2006 (JUR 2006\120807), donde se señala que “aunque ciertamente tal manipulación no produce la transferencia inmediata de efectivo metálico o de valores que lo representen, como ocurre con las operaciones bancadas o de entrega de numerario en supuestos de utilización en cajeros automáticos de tarjetas falsas y no son las legítimas sustraídas a sus titulares, o cuando a través de manipulaciones de asientos contables se consiguen trasposos de efectivo o desaparición de saldos deudores, en la medida en que lo que ha hecho es confeccionar una especie de llave falsa, a modo de artificio semejante, que ha permitido al agente la obtención de un servicio sin el correlativo abono de su importe y ello, en cuanto comportó y generó un perjuicio para la sociedad de telecomunicaciones, uno de cuyos activos patrimoniales precisamente es el precio de los servicios que oferta – además de los derechos por la utilización sin su permiso de programas informáticos, debe ser equivalente a la transferencia de un activo patrimonial”. En mi opinión, es evidente que con esta interpretación se incurre en analogía “*in malam partem*”.

26. Cfr. CHOCLÁN MONTALVO, J. A., “Infracciones patrimoniales”, cit., pp. 255-256; RODRÍGUEZ MOURULLO, G./ ALONSO GALLO, J./ LASCURAÍN SÁNCHEZ, J. A., “Derecho Penal e Internet”, cit., pp. 290-291; ROVIRA DEL CANTO, E., *Delincuencia informática*, cit., p. 579.



estructura de la estafa informática, delito en el cual la transferencia de activos patrimoniales es el resultado intermedio que debe llevar a la causación de un perjuicio patrimonial a la víctima. Por el contrario, en los casos apuntados el perjuicio patrimonial no deriva de una transferencia de activos patrimoniales, “sino del impago del crédito que surgiría como consecuencia del servicio prestado”<sup>27</sup>.

Como cabe observar, mi negativa a integrar estos supuestos en la estafa informática no deriva tanto de que en el concepto de “activo patrimonial” no encaje la prestación de servicios, que podría hacerse encajar con un entendimiento muy amplio<sup>28</sup>, cuanto de que la estructura típica no se corresponde con la de la estafa informática.

Por último, el autor de la manipulación o artificio debe actuar en perjuicio de tercero, lo que se interpreta como el resultado del delito, elemento coincidente en la estafa común y en la informática. Sólo la causación efectiva del perjuicio como consecuencia de la transferencia no consentida de activos patrimoniales, conseguida a través de una manipulación informática o artificio semejante, da lugar a la consumación<sup>29</sup>.

A veces una mera anotación contable ya puede suponer ese perjuicio, dando lugar a la consumación del delito<sup>30</sup>.

El hecho de que el tercero, por ej., el titular de la tarjeta o cuenta bancaria objeto del ataque, debido a las relaciones contractuales existentes con otros sujetos, consiga finalmente que su patrimonio no se vea afectado, no impide la aplicación del precepto, pues lo que ocurre simplemente es que el perjuicio se traslada a otro sujeto, sin desaparecer.

El perjuicio causado debe ser superior a 400 euros para aplicar el delito de estafa informática<sup>31</sup>. Si se causa un perjuicio inferior a 400 euros se acude a la falta del art. 623.4 CP, que sanciona a “los que cometan estafa..., en cuantía no superior a 400 euros”, con la pena de localización permanente de cuatro a doce días o multa de uno a dos meses.

A ello no se opone el que hayamos hablado antes de que la estafa informática es una figura autónoma frente a la estafa común, pues esta afirmación se limita a poner de relieve que no se pueden exigir los elementos típicos característicos de la estafa común. La estafa informática se regula en la Sección 1<sup>a</sup>, “De las estafas”, del Capítulo VI, “De

27. GALÁN MUÑOZ, A., *El fraude*, cit., p. 612.

28. En contra de tal encaje, vid. MATA Y MARTÍN, R. M., *Estafa convencional*, cit., p. 103, quien apunta que “la fórmula legal no parece que incluya actividades humanas o automáticas de prestación de servicios, aun siendo económicamente evaluables, sino directa y exclusivamente elementos patrimoniales concretos que figuren como valores representados y con capacidad de tener una trascendencia económica efectiva de manera inmediata”.

29. Vid. ampliamente, MATA Y MARTÍN, R. M., *Estafa convencional*, cit., pp. 103 ss. No es suficiente que se ocasione un peligro para el patrimonio, pues es necesario el perjuicio efectivo. Critica que no se haya optado por limitarse a una descripción detallada de las acciones típicas, configurándose la estafa informática como un tipo de peligro y no de lesión, LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, J., “El moderno derecho penal para una sociedad de riesgos”, *Revista del Poder Judicial* núm.48, 1997, p. 306.

Tampoco basta para la consumación con que se obtenga un beneficio si con ello no se ha perjudicado a nadie. Cfr. ANARTE BORRALLA, E., “Incidencia”, cit., p. 236.

30. En contra, ANARTE BORRALLA, E., “Incidencia”, cit., p. 236.

31. En este sentido, exigiendo el perjuicio superior a 400 euros para aplicar el delito de estafa informática, CHOCLÁN MONTALVO, J. A., “Fraude informático”, cit., p. 338. En contra, por todos, HERRERA MORENO, M., “El fraude informático”, marg. 961, que sostiene que al no ser el fraude informático una estafa, la causación de un perjuicio inferior a lo dispuesto en el Código penal quedaría impune, al no poder aplicarse la falta.



las defraudaciones”, del Título XIII. A estos efectos es una estafa, si bien carece de la estructura de la común.

## II. LOS CONCEPTOS DE MANIPULACIÓN INFORMÁTICA U OTRO ARTIFICIO SEMEJANTE

En relación a la interpretación de los elementos típicos “manipulación informática u otro artificio semejante”, destaca el hecho de que la acción típica, perfectamente delimitada en la estafa común, que es un delito de resultado con modalidades determinadas de acción, queda abierta, se puede decir que en exceso, en la estafa informática: no sólo el concepto de “manipulación informática” es susceptible de múltiples interpretaciones<sup>32</sup>, sino que la coletilla, “u otro artificio semejante”, sin duda introducida para no dejar al margen ningún posible desarrollo tecnológico en el futuro<sup>33</sup>, abre el tipo hasta el punto de que se puede afirmar que es un delito de resultado<sup>34</sup> que en cuanto a la acción literalmente sólo exige que se realice algún artificio, necesariamente informático.

Por tanto, no puede hablarse de que la estafa informática sea un tipo mixto alternativo<sup>35</sup>, pues no se describen modalidades concretas de acción<sup>36</sup>.

En relación al concepto de manipulación informática, en mi opinión, resulta aplicable la descripción que se contiene en el art. 3 de la Decisión marco 2001/413/JAI del Consejo, que se ha reproducido *supra*, de forma que, con el fin de dar cumplimiento

---

32. Es una expresión que se ha entendido referida “al manejo manual, al control, o a la operación sobre algo desvirtuando su auténtico sentido de forma hábil e interesada: algo que aunque de modo muy difuso conlleva, de todos modos, más que una mera alteración”. Así, ANARTE BORRALLO, E., “Incidencia”, cit., p. 232, que más adelante insiste en que se trata de una “actividad modificativa mendaz o subrepticia, una “utilización irregular” de un sistema informático, de sus presupuestos básicos o de las órdenes que recibe de modo que produzca resultados no previstos o que de conocerlos no se habrían autorizado” (p. 234). Este autor parece limitar la manipulación informática a la manipulación de los elementos lógicos del sistema, esto es, del “software”. Sin embargo, en general se suele seguir la definición de ROMEO CASABONA, C. M., *Poder informático*, cit., p. 47, de acuerdo con la cual “la manipulación de datos informatizados consiste en la incorrecta modificación del resultado de un procesamiento automatizado de datos, mediante la alteración de los datos que se introducen o ya contenidos en el ordenador en cualquiera de las fases de su procesamiento o tratamiento informático, con ánimo de lucro y en perjuicio de tercero”. Así, por ej., MATA Y MARTÍN, R. M., *Delincuencia informática*, cit., p. 48, que afirma que “parece que implica la actuación del sujeto activo sobre un sistema informático de manera que este altere, de modos muy diversos, el resultado a que habría de conducir el normal procesamiento automatizado de datos”; del mismo autor, *Estafa convencional*, cit., pp. 65-71; del mismo autor, “Medios electrónicos de pago”, cit., pp. 343-348. Vid. también MATELLANES RODRÍGUEZ, N., “Algunas notas sobre las formas de delincuencia informática en el Derecho penal”, en DIEGO DÍAZ-SANTOS, R./ SÁNCHEZ LÓPEZ, V. (coords.), *Hacia un Derecho penal sin fronteras*, Colex, Madrid, 2000, p. 139; PÉREZ MANZANO en BAJO FERNÁNDEZ, M. (Dir.), *Compendio (Parte Especial) II*, cit., p. 455; SUÁREZ GONZÁLEZ en RODRÍGUEZ MOURULLO, G. (Dir.), *Comentarios*, cit., p. 711.

33. Cfr. CHOCLÁN MONTALVO, J. A., “Estafa por computación y criminalidad económica vinculada a la informática”, *AP* 1997-2, marg. 1080; VALLE MUÑIZ/ QUINTERO OLIVARES en QUINTERO OLIVARES, G. (Dir.), *Comentarios*, 4ª ed. cit., p. 1262.

34. ANARTE BORRALLO, E., “Incidencia”, cit., p. 231, afirma que “habríamos pasado de un delito característico de medios comisivos determinados a uno cuasi-resultado”.

35. Como hace GALÁN MUÑOZ, A., *El fraude*, cit., p. 559.

36. En este sentido, MATA Y MARTÍN, R. M., *Estafa convencional*, cit., p. 95; del mismo autor, “Medios electrónicos de pago”, cit., p. 350.

to a tal instrumento internacional, debe entenderse que constituye manipulación informática la introducción, alteración, borrado o supresión indebidos de datos informáticos, especialmente datos de identidad, y la interferencia indebida en el funcionamiento de un programa o sistema informáticos. Por tanto, se incluyen tanto la introducción de datos falsos como la introducción indebida, por no autorizada, de datos reales, auténticos, en el sistema, pasando por la manipulación de los ya contenidos en él en cualquiera de las fases de proceso o tratamiento informático, así como las interferencias que afectan al propio sistema o programa<sup>37</sup>.

Si se sigue un entendimiento restrictivo de manipulación informática, la conducta consistente en usurpar la identidad de otro en transacciones electrónicas se consideraría únicamente delito de falsedad. Una noción más amplia de manipulación informática, que abarca la introducción de datos del titular real, sin su consentimiento, a efectos del pago, pero haciendo entrega de la mercancía o prestando los servicios adquiridos al estafador, ha recibido el beneplácito de la jurisprudencia, como veremos, y responde a las tendencias observadas en los instrumentos europeos e internacionales en esta materia. De acuerdo con esta interpretación, cuando por medios informáticos (por ej. introduciéndose en el sistema informático de una entidad bancaria o empleando un programa espía o “spyware”) o no informáticos (por ej., buscando en la basura de otro el recibo de una transacción realizada con tarjeta de crédito) se obtienen todos los números necesarios, la fecha de caducidad y los dígitos de control, su utilización para hacer una compra de comercio electrónico cuyo importe se cargará al titular de la tarjeta (el llamado “card-not-present fraud”) es estafa informática por manipulación informática. Hay manipulación, pues aunque el sistema informático funciona correctamente y los datos introducidos son reales, se utilizan sin consentimiento del titular<sup>38</sup>. La calificación de esta conducta, sin embargo, no es pacífica en la doctrina, ya que para algunos autores se trata de una estafa común<sup>39</sup>. A mi juicio, sin embargo, ni se engaña a una persona física ni la transferencia del activo patrimonial es realizada por la víctima o un tercero a consecuencia del error causado por el engaño, sino por el propio autor, por lo que la conducta no encaja en el delito común de estafa.

Tampoco encaja en el delito común de estafa el fraude cometido a través del “phishing”, esto es, previa obtención de los datos del usuario por medio de un correo electrónico engañoso, aparentemente procedente de su entidad bancaria, por ej., en el que se le pide que, por razones de seguridad, confirme los datos de su cuenta o de sus tarjetas. La utilización de los datos así obtenidos por el delincuente para conseguir una transferencia patrimonial a su favor no puede ser constitutiva de estafa común, como afirma algún autor<sup>40</sup>, pues en esta figura delictiva es el propio engañado quien realiza el acto de disposición patrimonial que le perjudica a él o a un tercero, y en el “phishing” el engañado se limita a proporcionar los datos que dan acceso a su patrimonio, sin llegar a realizar actos

---

37. Ya incluía todos estos aspectos, antes de la aparición del delito que nos ocupa en el Código penal de 1995, ROMEO CASABONA, C. M., *Poder informático*, cit., pp. 47-51. Se acogen a esta descripción, entre otros, HERRERA MORENO, M., “El fraude informático”, margs. 954-956; ORTS BERENGUER, E./ ROIG TORRES, M., *Delitos informáticos*, cit., p. 64.

38. Expresamente en contra, FERNÁNDEZ TERUELO, J. G., *Ciberdelitos. Los delitos cometidos a través de Internet*, CCC, s/l, 2007, pp. 48-49.

39. Cfr. MATA Y MARTÍN, R. M., *Delincuencia informática*, cit., p. 57. En contra, apuntando que el engaño no es idóneo para aplicar la estafa común, habiendo falta de diligencia del comerciante, que no comprueba que quien realiza la operación es el titular de la tarjeta, la SJP de Málaga de 19-12-2005 (ARP 2006\43), que también niega la aplicación de la estafa informática por no haber manipulación, declarando la conducta atípica.

40. Cfr., por ej., FERNÁNDEZ TERUELO, J. G., *Ciberdelitos*, cit., p. 63.

de disposición. Se plantea una situación distinta cuando es la víctima del engaño quien realiza el acto de disposición patrimonial. Así ocurre, por ej., en los casos en que se le envía un correo electrónico informándole de que ha ganado un premio en una lotería “on line”, y para proceder al pago es necesario que desembolse antes una cierta cantidad. Si lo hace, a consecuencia del error en el que incurre debido al engaño del que es víctima, se habrá consumado una estafa común.

Se plantea la duda relativa a si constituye manipulación no introducir datos que deberían haber sido procesados. Al igual que en la estafa común, en la mayoría de los supuestos nos encontramos ante omisiones que tienen lugar en el marco de actos concluyentes de carácter positivo, por lo que no resulta problemático incluirla<sup>41</sup>.

Respecto del concepto de “otro artificio semejante”, la inclusión de la coetilla final, aunque no es una técnica desconocida en el Código penal, permite poner en duda que se respete en la medida apropiada el principio de taxatividad, y relacionado con él, el de legalidad<sup>42</sup>. La única forma de reducir la excesiva extensión de la conducta típica consiste en entender que el artificio, que por exigencia legal debe ser semejante a la manipulación informática, ha de suponer el empleo de tecnología avanzada<sup>43</sup>, necesariamente informática.

El artificio ha de ser semejante a la manipulación informática, esto es, la expresión utilizada por el legislador debe entenderse en el sentido de un “artificio informático semejante”, y no en el sentido de un “artificio no informático semejante”<sup>44</sup>.

---

41. Cfr. ANARTE BORRALLO, E., “Incidencia”, cit., p. 232-233; HERRERA MORENO, M., “El fraude informático”, margs. 954-955; MATA Y MARTÍN, R. M., *Delincuencia informática*, cit., pp. 54-55; del mismo autor, “Medios electrónicos de pago”, cit., pp. 351 y 354; del mismo autor, *Estafa convencional*, cit., p. 73. En contra, vid. ROVIRA DEL CANTO, E., *Delincuencia informática y fraudes informáticos*, Comares, Granada, 2002, p. 576, sin explicar los motivos. Señala que “las dificultades generales con que la doctrina admite en la estafa la comisión por omisión (tan sólo cuando la conducta omisiva puede ser reconducida a un acto concluyente), se ven acrecentadas en el fraude informático por la referencia típica a las manipulaciones informáticas”, VALLE MUÑOZ en QUINTERO OLIVARES, G. (Dir.), *Comentarios a la Parte Especial*, Aranzadi, Cizur Menor, 1999, p. 525.

42. Así se apunta de forma prácticamente unánime en la doctrina. Vid. por todos HERRERA MORENO, M., “El fraude informático”, margs. 956-958. Sin embargo, no falta quien considera que esa referencia a una fórmula genérica era “inevitable”. Cfr. VALLE MUÑOZ/ QUINTERO OLIVARES en QUINTERO OLIVARES, G. (Dir.), *Comentarios*, 4ª ed. cit., p. 1262.

43. Así, destacando la importancia de que se exija una semejanza entre los artificios y las manipulaciones informáticas, MATA Y MARTÍN, R. M., *Delincuencia informática*, cit., pp. 48-49. Vid. también ANARTE BORRALLO, E., “Incidencia”, cit., p. 233. Afirma que con la expresión “artificio semejante” se hace referencia a la manipulación de “soportes electrónicos o telemáticos”, SUÁREZ GONZÁLEZ en RODRÍGUEZ MOURULLO, G. (Dir.), *Comentarios*, cit., p. 711; añaden a éstos los ficheros informáticos, electrónicos o telemáticos y los soportes informáticos VIVES ANTÓN/ GONZÁLEZ CUSSAC en VIVES ANTÓN, T. S. (coord.), *Comentarios*, II, cit., p. 1238.

44. Sobre esta disyuntiva, vid. GALÁN MUÑOZ, A., *El fraude*, cit., p. 566. A favor de la posición que se adopta en el texto, vid. BAJO FERNÁNDEZ, M., “Artículo 248”, en COBO DEL ROSAL, M. (Dir.), *Comentarios al Código penal. Tomo VIII. Delitos contra el patrimonio y contra el orden socioeconómico. Artículos 234 a 272*, EDESA, Madrid, 2005, pp. 294-295, que afirma que el artificio semejante “debe de contener algún elemento informático para entender cumplido el principio de legalidad excluyente de la analogía en la interpretación y redacción de los tipos”; MATA Y MARTÍN, R. M., *Estafa convencional*, cit., p. 94, que alega que “la semejanza reclamada por el precepto apunta necesariamente a la calificación como informático tanto de la manipulación como del artificio”.

Esta caracterización tiene particular interés en relación a la calificación penal de las conductas de manipulación de máquinas automáticas que proporcionan bienes o servicios, de forma que se obtienen éstos sin abonar la contraprestación correspondiente (máquinas de tabaco, expendedoras de billetes para el transporte público, de gasolina, de refrescos, cabinas telefónicas o de acceso a Internet...), que se suelen hacer encajar en el artificio semejante<sup>45</sup>, entendido, evidentemente, como artificio no informático, aunque un sector minoritario considera aplicable el delito común de estafa<sup>46</sup>.

En efecto, la alusión al artificio semejante tiene su origen en el informe del Consejo General del Poder Judicial al Anteproyecto de Código Penal de 1994, donde se proponía castigar también las manipulaciones en máquinas automáticas que proporcionan bienes o servicios. El problema se produce en el momento en que la redacción típica exige que el artificio sea semejante a la manipulación informática, y la excesiva amplitud del tenor literal obliga a adoptar una interpretación restrictiva. Por tanto, a mi juicio no sería correcto incluir en el art. 248.2 CP conductas como la que dio lugar a la SAP de Lugo de 9-7-1998 (ARP 1998\3839), en la que dos sujetos obtienen dinero de una máquina tragaperras introduciendo monedas sujetas con un hilo de seda, que resultaron condenados por estafa informática al entender el Tribunal que “los acusados realizaron una manipulación mecánica, que constituye un artificio semejante a la informática, y que así consiguieron la transferencia de determinado activo patrimonial, las monedas de la máquina, en perjuicio de un tercero, los propietarios de la máquina” (FJ 1º). Una manipulación mecánica tan sencilla como la expuesta no puede considerarse equivalente a la informática<sup>47</sup>.

En general, hay que reconocer que la obtención fraudulenta de bienes o servicios de una máquina automática mediante una mera manipulación mecánica poco o nada tiene de semejante a la manipulación de un sistema informático, lo que reduce considerablemente la posible aplicación práctica de esta cláusula final<sup>48</sup>. Ello no significa que las

---

45. Por cierto, olvidando que la semejanza, en todo caso, no debe establecerse entre los aparatos a través de los cuales se realiza la manipulación (ordenador y máquina expendedora), sino entre la manipulación informática y el artificio no informático, si se adopta la posición de no exigir que el artificio tenga la misma naturaleza que la manipulación.

46. Así, BAJO FERNÁNDEZ, M., “Artículo 248”, cit., p. 295, que entiende que “quien prepara un mecanismo automático para realizar un acto de disposición contra el pago de una cantidad, resulta engañado si el pago de esa cantidad no se realiza y sí, en cambio, el acto de disposición por haber introducido el estafador objetos falsos provocando el funcionamiento de la máquina. En un caso así hay un engaño que resulta bastante para inducir a error a quien construyó la máquina y hace la oferta, produciéndole el correspondiente perjuicio”. Del mismo autor, *Los delitos de estafa en el Código Penal*, Editorial Centro de Estudios Ramón Areces, Madrid, 2004, pp. 167-169. Sin embargo, cabe poner en duda que exista un engaño efectivo a una persona física, que realiza la disposición patrimonial como consecuencia de él, con los mismos argumentos empleados en su día para justificar la necesidad de crear la estafa informática.

47. CHOCLÁN MONTALVO, J. A., “Fraude informático”, cit., p. 336, entiende que será aplicable normalmente la falta de estafa común cuando lo que se pretenda obtener sea el servicio o la mercancía del autómeta, mientras que si lo que se quiere es el dinero recaudado se aplicará la de hurto. No se entiende la razón de esa diferente valoración de la conducta a efectos penales, dependiendo de si se trata de dinero o de un servicio u otra cosa mueble. Además, aunque la pena de las faltas de estafa y de hurto es la misma, localización permanente de cuatro a doce días o multa de uno a dos meses, si el objeto material tiene un valor superior a 400 euros la pena es muy distinta, sin que exista razón alguna que en este caso justifique tal diferencia, que en términos penológicos es notable.

48. Como ponen de relieve, entre otros, CHOCLÁN MONTALVO, J. A., “Infracciones patrimoniales en los procesos de transferencia de datos”, en ROMEO CASABONA, C. M. (Coord.), *El cibercrimen. Nuevos retos jurídico-penales, nuevas respuestas político-criminales*, Comares, Granada, 2006, pp. 78 ss; del mismo autor, “Fraude informático”, cit., p. 335-336; GALÁN MUÑOZ, A., *El fraude*, cit., pp. 595 ss; MATA Y MARTÍN, R. M., *Estafa convencional*, cit., pp. 93-95; del mismo autor, “Medios electrónicos de pago”, cit., pp. 360-361.

conductas aludidas hayan de quedar impunes. Piénsese que las referidas a la obtención de servicios de telecomunicación pueden encajar, como ya he avanzado, en las defraudaciones de fluido eléctrico y análogas (arts. 255 CP o 623.4 CP, según la cuantía del perjuicio), o bien, en su caso, en el delito de facilitación del acceso ilícito a servicios de telecomunicación (art. 286 CP). Y las referidas a dinero o cosas muebles, en el hurto<sup>49</sup> o en el robo con fuerza en las cosas<sup>50</sup>, según el entendimiento que se adopte.

En la jurisprudencia se encuentra algún caso en que se aplica la estafa informática por artificio semejante a supuestos de utilización abusiva de una tarjeta que debía entregarse a su titular, en el comercio tradicional, en connivencia con el comerciante, y en perjuicio del titular<sup>51</sup>. Este supuesto se diferencia del “*carding*” (conducta consistente en la utilización de una tarjeta bancaria de crédito o de débito, o cualquier otra que se pueda emplear como medio de pago, como una tarjeta de comercio o un monedero electrónico, perdida por el titular, sustraída al titular u obtenida de éste mediante engaño o fraude, en el comercio tradicional), que encaja en el delito común de estafa<sup>52</sup>, en concurso, en su caso, con un delito de falsedad en documento mercantil, por el hecho

---

49. Así, en relación al Código penal de 1944/73, MATA BARRANCO, N. de la, “Utilización abusiva”, cit., p. 169; en relación al actual, FERNÁNDEZ GARCÍA, E. M., “Los fraudes con tarjetas de pago y otros supuestos de delincuencia informática patrimonial. Incidencia de la Reforma Penal”, en AA.VV., *Estudios jurídicos. Ministerio Fiscal. II-2003. Delincuencia Informática. Drogas de abuso: Aspectos Científicos y Jurídicos. Experiencias aplicativas de la LORPM*, Ministerio de Justicia, Madrid, 2004, pp. 149-150.

50. Vid. la STS de 18-2-2000 (RJ 2000\1055), que confirma en casación la SAP de Jaén de 22-12-1997, que condenó por tentativa de robo con fuerza en las cosas a un sujeto que introdujo una moneda sujeta con un hilo muy fino y papel de celofán en una máquina expendedora de tabaco, quedándose con las vueltas y con los paquetes de tabaco, lo que fue observado por el dueño del establecimiento, que llamó a la policía, siendo detenido el autor antes de poder disponer del dinero y del tabaco. El Tribunal Supremo asimila la moneda a las ganzúas u otros instrumentos análogos (art. 239.1 CP), y alega que “lo esencial es la posibilidad de liberar un mecanismo cerrado en principio que preserva el depósito y libre disposición de los bienes muebles de que se trate, sin que ello signifique la necesidad de la previa apertura de la caja o mueble donde dicho mecanismo está alojado, mediante la utilización de un artificio o instrumento que funcionalmente sea idóneo para ello, quebrantando de esta forma el dispositivo de seguridad establecido” (FJ 5°).

51. Cfr. la STS de 20-11-2001 (RJ 2002\805), de acuerdo con la cual “la conducta de quien aparenta ser titular de una tarjeta de crédito cuya posesión detenta de forma ilegítima y actúa en connivencia con quien introduce los datos en una máquina posibilitando que ésta actúe mecánicamente está empleando un artificio para aparecer como su titular ante el terminal bancario a quien suministra los datos requeridos para la obtención de fondos de forma no consentida por el perjudicado”.

52. En relación al Código penal de 1944/73, ROMEO CASABONA, C. M., “Delitos cometidos con la utilización de tarjetas de crédito, en especial en cajeros automáticos”, *Poder Judicial* número especial IX, 1988, pp. 112-114. En relación al Código penal de 1995, vid., entre otros, FERNÁNDEZ ENTRALGO, J., “Falsificación y utilización fraudulenta de tarjetas electrónicas”, en MAZA MARTÍN, J. M. (Dir.), *Tarjetas bancarias y Derecho penal*, CDJ VI-2002, CGPJ, Madrid, 2003, p. 58; FERNÁNDEZ GARCÍA, E. M., “Los fraudes”, cit., p. 152; FERNÁNDEZ TERUELO, J. G., *Ciberdelitos*, cit., pp. 45-46; JAVATO MARTÍN, A. M., “Análisis de la jurisprudencia penal en materia de medios electrónicos de pago”, en MATA Y MARTÍN, R. M. (Dir.), *Los medios electrónicos de pago. Problemas jurídicos*, Comares, Granada, 2007, p. 371; MATA Y MARTÍN, R. M., “Medios electrónicos de pago”, cit., pp. 335-336; del mismo autor, *Estafa convencional*, cit., pp. 45-49; del mismo autor, *El delito de robo con fuerza en las cosas*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1995, p. 313, nota 789; ORTS BERENGUER, E./ ROIG TORRES, M., *Delitos informáticos*, cit., p. 66; RUIZ RODRÍGUEZ, L. R., “Uso ilícito y falsificación de tarjetas bancarias” [artículo en línea]. *IDP. Revista de Internet, Derecho y Política* núm. 3, 2006 [Fecha de consulta: 12/12/07]. <http://www.uoc.edu/idp/3/dt/esp/ruiz.pdf>, p. 10. En la jurisprudencia, entre otras, las SSTS de 25-6-1985 (RJ 1985\3056), 19-6-1986 (RJ 1986\3176) y 15-3-1994 (RJ 1994\2317). Más recientemente, las SSTS de 20-11-2001 (RJ 2002\805), 8-7-2002 (RJ 2002\8939), ...

de que aquí no existe el engaño que ocasiona el error que produce el desplazamiento patrimonial, por lo que no es aplicable la estafa común. En efecto, el comerciante actúa de común acuerdo con el delincuente. Tampoco resulta engañado el titular de la tarjeta, que simplemente desconoce su utilización. A mi juicio se trata, en efecto, de estafa informática, pero no por artificio semejante, sino directamente por manipulación informática: se suplanta la identidad del verdadero titular en el sistema.

En cualquier caso, la excesiva amplitud de la figura delictiva que nos ocupa obliga a efectuar una cuidadosa interpretación de los elementos típicos para no extender su aplicación en exceso. Con el fin de distinguir adecuadamente la estafa informática de otras conductas que pueden ser abarcadas perfectamente por los delitos de estafa común, hurto, robo con fuerza en las cosas, apropiación indebida, falsedad documental o falsificación de moneda, hay que poner de manifiesto que lo relevante no es que la transferencia de activos patrimoniales se produzca por medios informáticos, ni que se utilicen medios informáticos para encubrir apoderamientos o disposiciones efectuados por otros medios<sup>53</sup>, sino que la manipulación realizada por el autor<sup>54</sup> y que lleva a esa transferencia no consentida tenga lugar a través de sistemas informáticos.

Conviene tener esto en cuenta porque la aplicación por la jurisprudencia no siempre ha sido clara. En ocasiones se ha castigado como estafa informática la conducta denominada “*skimming*”<sup>55</sup>, consistente en el uso de una tarjeta en el comercio tradicional que previamente ha sido falsificada, sea alterando los datos contenidos en la banda magnética<sup>56</sup>, sea modificando el código numérico, el nombre del titular, etc., en

...

12-12-2002 (RJ 2003\309), 21-1-2003 (RJ 2003\1032), 30-10-2003 (RJ 2003\7331), y las SSAP de Las Palmas de 19-10-1998 (ARP 1998\4072) y de Tarragona de 8-6-1998 (ARP 1998\3062).

53. Lo advierte, entre otros, MATA Y MARTÍN, R. M., *Estafa convencional*, cit., pp. 71 ss; del mismo autor, “Medios electrónicos de pago”, cit., pp. 347-348.

54. Así, por ej., el aprovechamiento de un fallo informático existente en algunos cajeros, de forma que encadenando una operación de solicitud de saldo con otra de reintegro en ocasiones no se pedía autorización de pago, facilitando el dinero (supuesto de hecho de la SAP de Granada de 26-9-2002, ARP 2002\273683, que castiga por estafa informática), no es manipulación informática ni artificio semejante, pues no se manipula el sistema, que es de por sí defectuoso. Me extenderé sobre esta cuestión más adelante.

55. Así, la SAP de Las Palmas de 19-10-1998 (ARP 1998\4072), que condena por estafa informática al entender que “se asegura la operación mediante una “firma electrónica” coincidente con la clave identificativa que figura en la banda magnética de las tarjetas” (FJ 3°), lo que apartaría la conducta del ámbito de la estafa común. Vid. también la SAP de Tarragona de 8-6-1998 (ARP 1998\3062). Más recientemente, la SAP de Palencia de 27-2-2004 (ARP 2004\172) califica como estafa informática la conducta consistente en “aparentar ser titular de una tarjeta bancaria falsificada, empleando para ello el ardid de haberla manipulado grabando la banda magnética verdadera en un soporte plástico falso, de una entidad bancaria distinta y en el que se hace constar la identidad también falsa del sujeto activo, consiguiendo que la máquina instalada en el comercio ofrezca comprobación positiva y cargue el importe de la compra en cuenta del verdadero titular, completando el engaño mediante la identificación a través de un pasaporte también falso expedido a nombre del sujeto activo y asumiendo tal supuesta identidad firmando bajo ella el justificante de la obligación de telepago, de modo que así se logra completar el círculo y sean entregados los bienes objeto de la operación que a los ojos del comerciante que realiza la venta y admite el medio de pago citado se presenta aparentemente dentro de la legalidad, pues la máquina ofrece comprobación positiva dado que los datos de la banda magnética son correctos y la documentación falsa identifica al comprador en coincidencia con el aparente titular” (FJ 2°).

56. La introducción de las tarjetas dotadas con chip, en lugar de banda magnética, ha permitido que se vaya reduciendo esta forma de fraude. Cfr. CASTILLA CUBILLAS, M., *La tarjeta de crédito*, Marcial Pons, Madrid-Barcelona, 2007, pp. 70-71.



el soporte plástico de una tarjeta legítima, o bien creando una tarjeta completamente falsa<sup>57</sup>; o, sin necesidad de disponer del soporte físico, la utilización de los datos en el comercio electrónico para conseguir hacerse con un activo patrimonial a través de una transferencia no consentida. La primera conducta se incardina en la estafa común, en concurso con un delito de falsedad en documento mercantil más otro de falsificación de moneda.

Dejando a un lado las conductas falsarias, en estos casos la intervención de un sistema informático, como es el asociado al uso de tarjetas para el pago a través de terminales de punto de venta, no es el aspecto decisivo de la conducta, que está constituido por el engaño originado por la apariencia de titularidad legítima y de crédito suficiente que supone la presentación de la tarjeta como medio de pago. El destinatario del engaño y quien sufre el error es una persona física.

La segunda conducta es una modalidad de estafa informática: la utilización de los datos de una tarjeta legítima para hacer una compra de comercio electrónico cuyo importe se carga al titular, sin su autorización, es estafa informática por manipulación informática, ya que hay manipulación, pues aunque el sistema informático funciona correctamente y los datos introducidos son correctos, la suplantación de los datos de identidad de otra persona ha de considerarse manipulación a estos efectos, de acuerdo con una interpretación conforme a la normativa europea e internacional<sup>58</sup>.

### **III. ESPECIAL REFERENCIA A LA UTILIZACIÓN INDEBIDA DE TARJETAS PARA EXTRAER DINERO DEL CAJERO AUTOMÁTICO Y AL APROVECHAMIENTO DE ERRORES DEL SISTEMA**

Como hemos visto, existe estafa informática por manipulación informática cuando se altera el funcionamiento del propio sistema informático, o bien se utilizan abusivamente datos de otra persona, o se modifican mediante procedimientos informáticos los datos con los que opera el sistema.

Es estafa informática la conducta consistente en abrir tres cuentas bancarias y utilizar “los sobres previstos para ingresar dinero por el cajero automático, sin introducir en ellos el dinero que se manifestaba en los mismos, consiguiendo de este modo que se anotara

---

57. Vid. por ej., la SAP de Santa Cruz de Tenerife de 3-2-2003 (JUR 2003\140949), que apunta que “la creencia, determinada por el engaño que para los vendedores suponían la presentación de las tarjetas de crédito visa, como auténticas y que respondían a un depósito dinerario real, y la falsa identidad del acusado que acudía como comprador, fue lo que determinó a los vendedores a la entrega... que supone el desplazamiento patrimonial, que provoca, enriquecimiento en una parte y perjuicio en la otra, lo que configura el delito de estafa” (FJ 1º). En el mismo sentido, la SAP de Madrid de 18-7-2005 (JUR 2005\258245), la SAN de 17-7-2006 (ARP 2006\713), o la STS de 8-7-2002 (RJ 2002\8939).

58. Así, las SSAP de Baleares de 14-4-2005 (JUR 2005\106316) y de Málaga de 25-6-2005 (ARP 2005\19), y la STS de 20-11-2001 (RJ 2002\805). Vid. también PÉREZ DEL VALLE, C., “Sociedad de riesgos y reforma penal”, *Revista del Poder Judicial* núms.43-44, 1996, p. 79, quien considera que en la manipulación del input “cabe incluir tanto la introducción de datos y programas incorrectos como la utilización no autorizada de datos; como las manipulaciones de desarrollo, referida a la intervención incorrecta en el procesamiento y tratamiento de datos”; o QUINTERO OLIVARES, G., “La clonación de tarjetas y el uso de documentos ajenos”, *Boletín de Información del Ministerio de Justicia* núm.2015, 2006, pp. 137 y 140. En contra, vid. RODRÍGUEZ MOURULLO, G./ ALONSO GALLO, J./ LASCURAÍN SÁNCHEZ, J. A., “Delito Penal e Internet”, en CREMADES, J./ FERNÁNDEZ-ORDÓÑEZ, M. A./ ILLESCAS, R. (coords.), *Régimen jurídico de Internet, La Ley*, Madrid, 2002, p. 291, que aplican a estos supuestos la estafa común.



mecánicamente dicho importe por el sistema informático”, y procediendo a retirarlo antes de que la entidad bancaria comprobara, días más tarde, que los sobres estaban vacíos (SAP de Zaragoza de 15-1-2004, JUR 2004\61336, FJ 1º). Igualmente es estafa informática la utilización por empleada de empresa informática contratada por entidad bancaria de las claves de acceso proporcionadas por ésta, modificando el C.S.A., introduciendo su propio número de cuenta corriente a la que debía ser destinado el dinero de cuentas internas de la entidad, aparentando ser los números de cuentas de personas perjudicadas por cargos indebidos en sus tarjetas de crédito, llegando a realizar un total de cinco transferencias (SAP de Barcelona de 15-6-2006, ARP 2007\44).

También es calificable de estafa informática el caso de la SAP de Cantabria de 26-7-2000 (JUR 2000\288359), en el que los autores, fingiendo tener un negocio, consiguen de la entidad bancaria la entrega de un terminal de punto de venta, que utilizan para realizar cargos en tarjetas cuyos números habían obtenido sin que se sepa cómo, sin consentimiento de los titulares<sup>59</sup>. La transacción es electrónica y hay manipulación informática, pues aunque los datos introducidos son correctos y el sistema funciona adecuadamente se consigue la transferencia de un activo patrimonial suplantando en el sistema la identidad de los titulares legítimos de los datos.

La utilización de una tarjeta perdida por el titular u obtenida por un medio constitutivo de infracción penal (por ej., una falsificación) para extraer dinero de un cajero automático es estafa informática, al existir manipulación del sistema informático en el sentido que hemos recogido, pues se utilizan los datos reales del verdadero titular, sin su consentimiento<sup>60</sup>. A este respecto, conviene recordar que la polémica doctrinal y jurisprudencial que existía bajo la vigencia del Código penal de 1944 en relación a la calificación típica del empleo de nuevos mecanismos de apertura de puertas, como son las tarjetas magnéticas o perforadas, como una tarjeta de hotel, o los mandos de apertura a distancia, por ej. para abrir la puerta de un garaje, para acceder al dinero o a los bienes que se sustraen, sin consentimiento del titular, fue resuelta por el Código penal de 1995 introduciendo expresamente como modalidad de llaves falsas a los efectos del delito de robo con fuerza en las cosas “las tarjetas magnéticas o perforadas, y los mandos o instrumentos de apertura a distancia” (art. 239 inciso final CP).

La necesidad de regular expresamente este caso se afirmaba habitualmente en la doctrina y en la jurisprudencia anteriores a su previsión expresa en el Código penal de 1995. En particular, la jurisprudencia osciló inicialmente entre calificar la conducta de utilización de la tarjeta magnética o perforada previamente perdida por el titular, o bien sustraída al titular u obtenida fraudulentamente o mediante engaño, para acceder al lugar donde se encuentran la cosa mueble como hurto o como robo<sup>61</sup>. A partir de la STS de

---

59. Un supuesto de hecho similar se encuentra en la STS de 26-6-2006 (RJ 2006\4925), siendo la única diferencia que en ésta el negocio, un restaurante, tenía actividad.

60. En contra de la calificación como estafa informática, vid. las SSTS de 16-3-1999 (RJ 1999\1442) y 29-4-1999 (RJ 1999\4127). En la doctrina, también en contra, vid. BAJO FERNÁNDEZ, M., “Artículo 248”, cit., p. 298; BOLEA BARDÓN, C./ ROBLES PLANAS, R., “La utilización de tarjetas ajenas en cajeros automáticos: ¿Robo, hurto o estafa?”, *La Ley* 2001-4, p. 1448; CHOCLÁN MONTALVO, J. A., “Fraude informático”, cit., pp. 344-346; FERNÁNDEZ GARCÍA, E. M./ LÓPEZ MORENO, J., “La utilización indebida de tarjetas de crédito en el Código Penal de 1995”, *Revista del Poder Judicial* núm.46, 1997, p. 185; RUIZ RODRÍGUEZ, L. R., “Uso ilícito”, cit., p. 9.

61. El art. 504 CP 1944 señalaba que “son reos del delito de robo con fuerza en las cosas los que ejecutaren el hecho concurriendo alguna de las circunstancias siguientes: ... 4º. Uso de llaves falsas, gánzuas ...

6-3-1989 (RJ 1989\2497) se consolidó la aplicación del delito de robo con fuerza en las cosas con base en un entendimiento funcional del concepto de llave<sup>62</sup>, y en la progresiva pérdida de importancia del medio de acceso al lugar donde se encuentra el objeto<sup>63</sup>, línea jurisprudencial que se consideró confirmada por la nueva redacción del delito de robo en el Código penal de 1995<sup>64</sup>, a pesar de la simultánea introducción del requisito de que la fuerza se emplee para acceder al lugar en el que se hallan las cosas<sup>65</sup>.

Pero la solución a esta polémica, originariamente referida a las tarjetas que se emplean como llave para abrir una puerta, cuyo cierre protege la cosa objeto del apoderamiento, se ha trasladado a la utilización de tarjetas de crédito o de débito emitidas por una entidad financiera para acceder al cajero automático y, previa introducción de la tarjeta en la ranura y de la marcación del número secreto (PIN), extraer dinero. La jurisprudencia, con base en la redacción de los preceptos mencionados del Código penal de 1995, ha venido considerando en general esta conducta como constitutiva de delito de robo con fuerza en las cosas, con independencia de la calificación que merece el apoderamiento de la tarjeta misma, partiendo de la asimilación de la tarjeta de crédito o débito a la tarjeta magnética citada en el art. 239 CP, y de la equivalencia de su utilización para extraer dinero del cajero automático al acceso al lugar donde se encuentra la cosa<sup>66</sup>.

Respecto a la consideración de la tarjeta de crédito o débito como tarjeta magnética, hay que tener en cuenta que, en efecto, actualmente la mayoría de las tarjetas emitidas por entidades financieras son tarjetas de PVC equipadas con una banda magnética, con una forma y tamaño normalmente predeterminados<sup>67</sup>.

La banda magnética, llamada a veces *magstripe*, abreviación de “*magnetic stripe*”, está compuesta por partículas ferromagnéticas embebidas en una matriz de resina (gene-

...

u otros instrumentos semejantes”, añadiendo el art. 510 que “se entenderán llaves falsas: ... 2º. Las llaves legítimas sustraídas al propietario”.

62. Vid. entre otras las SSTs de 8-5-1992 (RJ 1992\3768), 21-4-1993 (RJ 1993\3167), 25-4-1996 (RJ 1996\2995), 22-12-1998 (RJ 1998\10324), 16-3-1999 (RJ 1993\1442). En el mismo sentido se pronunció la Fiscalía General del Estado, en la Consulta 2/1988, de 3 de noviembre, sobre tipicidad del apoderamiento de tarjetas de crédito y su posterior utilización para obtener dinero en los cajeros bancarios automáticos, en la que se señalaba que aunque las tarjetas bancarias “no son materialmente llaves sí cumplen funciones privativas de una llave al ser el único medio de apertura de algo que se halla cerrado – como es el cajero automático – y obtener dinero. Y serían falsas sin duda por tratarse de instrumentos legítimos para la apertura sustraídos a su titular”.

63. El punto de inflexión se marca claramente en la STS de 18-2-2000 (RJ 2000\1055).

64. Lo resaltan, entre otros, FERNÁNDEZ ENTRALGO, J., “Falsificación”, cit., p. 53; JAVATO MARTÍN, A. M., “Análisis”, cit., p. 378; MAZA MARTÍN, J. M., “La reforma necesaria del Código penal en materia de tarjetas bancarias”, en MAZA MARTÍN, J. M. (Dir.), *Tarjetas bancarias y Derecho penal*, CDJ VI-2002, CGPJ, Madrid, 2003, p. 243.

65. Como apuntan BOLEA BARDÓN, C./ ROBLES PLANAS, R., “La utilización de tarjetas”, cit., pp. 1448-1449, llama la atención que la introducción de este requisito común a todas las modalidades de robo con fuerza en las cosas no haya llevado a una revisión de los criterios jurisprudenciales empleados hasta el momento, en vista del evidente problema de legalidad que se plantea.

66. Se trata de una línea jurisprudencial mayoritaria. Vid. por todas la STS de 22-1-2004 (RJ 2004\2173). En las Audiencias, vid. la SAP de Sevilla de 10-3-2004 (JUR 2004\126830), así como las referencias recogidas en JAVATO MARTÍN, A. M., “Análisis”, cit., p. 378, nota núm.33.

67. Por la aceptación voluntaria de la norma ISO 7810 por parte de las entidades emisoras, con el fin de facilitar el uso transversal, es decir, en sistemas vinculados a diferentes entidades financieras y redes de pago.

ralmente epoxi), que almacenan cierta cantidad de información<sup>68</sup> mediante una codificación determinada que polariza dichas partículas. La banda magnética es grabada o leída mediante contacto físico pasándola a través de la cabeza lectora/ escritora de un datáfono gracias a la inducción magnética.

Estas tarjetas dotadas de banda magnética, cuyo mecanismo de autenticación está basado en la firma manuscrita del titular, fácil de imitar, en los dígitos de control que aparecen en el reverso, y en un número secreto (PIN), que en teoría sólo conoce el titular, contrastan con la nueva generación de tarjetas electrónicas, que contienen un chip con circuitos integrados (tarjetas de memoria) y, en ocasiones, un microprocesador (tarjetas inteligentes o “*smart cards*”), y con las tarjetas sin contacto, que usan un campo magnético o radiofrecuencia (RFID) para la lectura a una distancia media. Las tarjetas electrónicas inteligentes ya se están usando en la actualidad como medio o instrumento de pago, así como para extraer dinero del cajero automático. La tecnología que emplean permite, por ej., encriptar una pregunta cuya respuesta sólo conoce el titular, estando codificada no en el chip de la tarjeta, donde sería de fácil acceso para un falsificador, sino en las bases de datos del sistema de pagos, que la remite al datáfono o terminal de punto de venta del comerciante que solicita la aceptación del pago. Las tarjetas electrónicas y por radiofrecuencia no encajan en el concepto de tarjeta magnética, empleado por el art. 239 CP, pues no funcionan con el sistema de banda magnética<sup>69</sup>. Su utilización abusiva para extraer dinero del cajero automático no puede ser considerada, pues, robo con fuerza en las cosas, aun aplicando la tesis mayoritariamente seguida por los tribunales.

A ello se añade que la consideración como “llave falsa” de la tarjeta magnética de crédito o de débito perdida, sustraída al titular u obtenida mediante engaño o fraude, utilizada para obtener dinero del cajero automático, obliga a superar el significado literal del art. 237 CP, que exige que la fuerza en las cosas se emplee “para acceder al lugar donde éstas se encuentran”. Si no se quiere exceder del significado literal, se reduce su aplicación a los casos en que lo que se abre con la tarjeta es la puerta de acceso al lugar o recinto donde se encuentra la cosa, por ej., una caja fuerte, una habitación de hotel<sup>70</sup>. La asimilación de las tarjetas magnéticas o perforadas a las llaves falsas se refiere a los supuestos de apoderamiento de cosas muebles ajenas empleando fuerza en las cosas para acceder al lugar en donde éstas se encuentran, sobre la base de la funcionalidad de las tarjetas para facilitar el acceso a lugares cerrados, mientras que en la obtención del dinero en el cajero automático lo relevante no es la apertura del recinto en que se encuentra el cajero, ni el propio cajero, que no llega a abrirse, sino la introducción de la tarjeta en éste, acompañada de la del número secreto, que es lo que permite que el cajero expendá el dinero<sup>71</sup>.

---

68. La banda magnética permite la codificación digital de los datos relativos al titular que son necesarios para el pago.

69. Cfr. QUERALT JIMÉNEZ, J. J., *Derecho penal español. Parte especial*, 4ª ed. Atelier, Barcelona, 2002, p. 287. Vid. también BOLEA BARDÓN, C./ ROBLES PLANAS, R., “La utilización de tarjetas”, cit., p. 1447; FERNÁNDEZ GARCÍA, E. M., “El robo con fuerza en las cosas”, en TASENDE CALVO, J. J. (Dir.), *Delitos contra el patrimonio. Delitos de apoderamiento*, CDJ XIII-2004, CGPJ, Madrid, 2004, p. 144.

70. Vid. por ej., GONZÁLEZ RUS en COBO DEL ROSAL, M. (Dir.), *Compendio de Derecho penal español (Parte especial)*, Marcial Pons, Madrid, 2000, pp. 401-402.

71. Cfr. STS de 8-7-2002 (RJ 2002\8939).

Algunos autores destacan que si la tarjeta es utilizada para entrar en el recinto donde se encuentra el cajero o para acceder al teclado ya habría, por ello, uso de llave falsa y, por lo tanto, robo con fuerza en las cosas<sup>72</sup>, de forma similar a como inicialmente se apuntaba en la jurisprudencia que existiría hurto o robo en función del medio de acceso al lugar donde se encuentra el cajero<sup>73</sup>. Pero el problema más interesante se plantea en caso de que la tarjeta no haya sido utilizada para acceder al recinto donde se encuentra el cajero, por ej., porque el autor ha esperado a que saliera de él otro usuario que le ha permitido el acceso, ni para acceder al teclado, porque éste no está protegido por un mecanismo de cierre, sino exclusivamente para obtener el dinero. Este supuesto presenta, sin duda, similitudes tanto con el robo con fuerza en las cosas como con el hurto, sin acabar de encajar en ninguno de ellos.

La ampliación del concepto de llave falsa por medio de la interpretación auténtica contenida en el art. 239 CP no puede llevar a olvidar la definición del robo con fuerza en las cosas recogida en el art. 237 CP, que exige que se emplee la fuerza “para acceder al lugar donde éstas se encuentran”, a lo que se añade que el art. 239.3º CP indica que se consideran llaves falsas “cualesquiera otras que no sean las destinadas por el propietario para abrir la cerradura *violentada* por el reo”. Esto es, en primer lugar, se parte siempre de que se trata del objeto material empleado para acceder al lugar, es decir, a un espacio físico donde se encuentran las cosas<sup>74</sup>, cuando en el caso del cajero lo que sucede es lo contrario: el dinero es expedido al exterior<sup>75</sup>. En segundo lugar, en el robo con fuerza en las cosas la llave, en sí misma, con la mera introducción en la cerradura, da acceso a dicho lugar. Cuando además de la introducción de una tarjeta, considerada como llave, se requiere un número secreto sin el cual la tarjeta no permite el acceso no ya a un espacio físico donde se encuentra el dinero, sino al propio dinero, no es posible, en mi opinión, aceptar una asimilación al concepto normativo de llave falsa<sup>76</sup>.

---

72. Cfr. CHOCLÁN MONTALVO, J. A., “Infracciones patrimoniales”, cit., pp. 262-265; GONZÁLEZ RUS en COBO DEL ROSAL, M. (Dir.), *Compendio (Parte especial)*, cit., pp. 401-402; MATELLANES RODRÍGUEZ, N., “Algunas notas”, cit., pp. 140-141. Antes del Código penal de 1995, vid. la Consulta 2/1988 de la Fiscalía General del Estado. En la doctrina, por todos, MATA Y MARTÍN, R. M., *El delito de robo*, cit., p. 315; ROMEO CASABONA, C. M., “Delitos”, cit., pp. 114-121. Alude a ello la STS de 22-12-1998 (RJ 1998\10324), FJ 6º y 7º, al señalar que las “tarjetas de crédito, cuando se utilizan para sacar dinero de un cajero automático, sirven, además, para acceder al local donde tal cajero se encuentra ubicado o para acceder a las teclas que hay que manipular para dar la correspondiente orden a la máquina... Por tal posibilidad de apertura entendemos que la tarjeta de crédito es una verdadera y propia llave”, decantándose por aplicar en estos casos el robo con fuerza en las cosas, y dejando al hurto los supuestos en que el cajero se encuentra en la calle y su teclado no está protegido.

73. Vid. entre otras las SSTS de 8-5-1992 (RJ 1992\3768), 21-4-1993 (RJ 1993\3167) y 25-4-1996 (RJ 1996\2995).

74. “Acceder”, en la tercera acepción del Diccionario de la Real Academia, significa “entrar en un lugar o pasar a él”. Para el Tribunal Supremo, “se accede al lugar penetrando en su interior o accionando, con empleo de fuerza típica, en este caso mediante llave falsa, un mecanismo que extraiga el contenido de aquél”. STS de 22-1-2004 (RJ 2004\2173), FJ 3º. En realidad, el Tribunal Supremo entiende el acceso al lugar como acceso a los bienes, lo que supone una interpretación correctora del texto legal.

75. Así lo destaca, entre otros, CHOCLÁN MONTALVO, J. A., “Infracciones patrimoniales”, cit., p. 265.

76. Así, entre otros, HERRERA MORENO, M., “El fraude informático”, cit., marg.957.

La Consulta 2/1988, de 3 de noviembre, de la Fiscalía General del Estado, rechaza esta objeción señalando que “si la sola introducción de la llave en sentido propio en una cerradura no produce la apertura del objeto cerrado, sino que después hay que realizar ciertas manipulaciones o movimientos, el hecho de que a la introducción de la tarjeta haya de seguir la pulsación del número no desvirtúa para ella el carácter de llave”. Ahora bien, el número secreto es un mecanismo de autenticación que dispone la entidad financiera con el fin de garantizar que quien usa la tarjeta es el titular legítimo, o bien una persona autorizada por él, lo que no se puede comparar al mero movimiento mecánico de hacer girar la llave en la cerradura, que carece de esta significación.

Sin embargo, hoy se entiende mayoritariamente que no hay razón alguna que justifique una interpretación tan restrictiva, ya que la combinación que supone la introducción de la tarjeta en el cajero y la marcación del número secreto da acceso al dinero, debiéndose equiparar normativamente a la exigencia de conseguir el acceso al lugar, que no tiene que entenderse como acceso personal<sup>77</sup>. Se afirma también que la utilización de la tarjeta para conseguir dinero del cajero automático contiene el desvalor material propio del delito de robo con fuerza en las cosas, consistente en el quebrantamiento de una barrera específica dispuesta para proteger la cosa, que en el caso que nos ocupa es la introducción de la tarjeta y de la clave, siendo desacertado político-criminalmente considerar estos supuestos como un hurto<sup>78</sup>.

Ahora bien, a mi juicio se trata de analogía, no de una interpretación extensiva, y por tanto está prohibida al suponer un perjuicio para el reo.

Según algunos autores podría tratarse de un “descubrimiento de las claves para sustraer su contenido”, conducta considerada como fractura por el núm.2º del art. 238 CP, y por tanto robo con fuerza en las cosas<sup>79</sup>, cuando el descubrimiento sea ilícito, pero de nuevo se plantea el problema de que la fuerza debe utilizarse “para acceder al lugar” donde se encuentra la cosa.

Por el contrario, no existe manipulación informática ni artificio semejante cuando la transferencia de activos patrimoniales se consigue sin intervención alguna del

---

77. Cfr. BAJO FERNÁNDEZ, M., *Los delitos de estafa*, cit., p. 170; BOLEA BARDÓN, C./ ROBLES PLANAS, R., “La utilización de tarjetas”, cit., pp. 1451-1452; FERNÁNDEZ GARCÍA, E. M./ LÓPEZ MORENO, J., “La utilización indebida”, cit., p. 178; MATA Y MARTÍN, R. M., *El delito de robo*, cit., pp. 312-313; ROBLES PLANAS en SILVA SÁNCHEZ, J. M. (Dir.), *Lecciones*, cit., pp. 191-192; VALMAÑA OCHAITA, S., “La tarjeta de crédito como llave falsa en el delito de robo con fuerza en las cosas”, *La Ley Penal* núm.7, 2004, pp. 84 ss. También VALLE MUÑIZ/ QUINTERO OLIVARES en QUINTERO OLIVARES, G. (Dir.), *Comentarios*, 4ª ed. cit., p. 1261, entienden que se aplica el robo con fuerza en las cosas.

78. Cfr. BOLEA BARDÓN, C./ ROBLES PLANAS, R., “La utilización de tarjetas”, cit., p. 1451; de los mismos autores, “Robo con fuerza en las cosas y utilización de tarjetas ajenas en cajeros automáticos”, en SILVA SÁNCHEZ, J. M. (Dir.), *Los delitos de robo: comentarios a la jurisprudencia*, Marcial Pons, Madrid-Barcelona, 2002, pp. 63-64.

79. Cfr. VALMAÑA OCHAITA, S., “La tarjeta de crédito”, cit., pp. 84-85. Para FERNÁNDEZ GARCÍA, E. M., “Fraudes”, cit., p. 420, el descubrimiento del número secreto y su utilización para autenticar el pago realizado presentando la tarjeta en el comercio tradicional también constituye robo, al tratarse de una variante de la utilización de la tarjeta en los cajeros, o bien hurto. En mi opinión, estamos ante una estafa común, pues aunque hay descubrimiento de claves, éste no sirve para acceder al contenido y sustraerlo, sino que es un elemento más del engaño destinado a que sea otro quien realice una disposición patrimonial en perjuicio propio o de un tercero. En este sentido, MATA Y MARTÍN, R. M., “Medios electrónicos de pago”, cit., pp. 335-336.

beneficiario en el sistema, por ej., porque el sistema funciona erróneamente, y el sujeto, dándose cuenta del fallo, se apropia de lo recibido o niega haberlo recibido. En estos supuestos, de cierta incidencia en los cajeros automáticos y en los depósitos bancarios, lo que se produce es un delito o falta de apropiación indebida, ya que existe título que produce obligación de entregar o devolver lo indebidamente recibido: según el art. 1895 Cc, “cuando se recibe alguna cosa que no había derecho a cobrar, y que por error ha sido indebidamente entregada, surge la obligación de restituirla”. Ahora bien, surge la duda de si aplicar el tipo básico de apropiación indebida (art. 252 CP, si la cuantía de lo apropiado excede de 400 euros, o art. 623.4 CP, si no lo hace), o el tipo atenuado de apropiación indebida de dinero o cosa mueble recibidos por error del transmitente (art. 254 CP, si la cuantía de lo recibido excede de 400 euros).

La apropiación de lo recibido por error tiene regulación en el Código civil, que castiga a quien acepta el pago de lo indebido de mala fe obligándole a “abonar el interés legal cuando se trate de capitales, o los frutos percibidos o debidos percibir cuando la cosa recibida los produjere. Además responderá de los menoscabos que la cosa haya sufrido por cualquiera causa, y de los perjuicios que se irrogaren al que la entregó, hasta que la recobre. No se prestará el caso fortuito cuando hubiese podido afectar del mismo modo a las cosas hallándose en poder del que las entregó” (art. 1896 Cc). El tratamiento de “el que de buena fe hubiera aceptado un pago indebido de cosa cierta y determinada” es mucho más favorable, ya que “sólo responderá de las desmejoras o pérdidas de ésta y de sus acciones, en cuanto por ellas se hubiese enriquecido. Si la hubiese enajenado, restituirá el precio o cederá la acción para hacerlo efectivo” (art. 1897 Cc). Pese a esta regulación, el legislador introdujo en 1995 una figura delictiva en el art. 254 CP que, a mi juicio, ni respeta el principio de intervención mínima, al existir una normativa extrapenal que estaba funcionando razonablemente bien, ni cubre lagunas de punibilidad, ya que la conducta también encaja en la apropiación indebida, al existir, como hemos visto, título que obliga a devolver lo recibido indebidamente por error<sup>80</sup>. Además, es difícil de entender el fundamento del privilegio punitivo que supone frente al tipo básico de apropiación indebida, salvo que se considere que tratándose del depósito, la comisión o la administración, además del atentado contra el patrimonio hay un abuso de confianza que supone un mayor grado de injusto o de culpabilidad. Ahora bien, teniendo en cuenta que a continuación el art. 254 CP se refiere a cualquier “otro título que produzca obligación” de entregar o devolver el dinero o la cosa, sin limitarse a aquellos que se construyen sobre la base de una relación de confianza entre las partes, propia de la gestión de negocios ajenos, esta explicación no es suficiente.

Para determinar si el art. 254 CP es aplicable a los supuestos que nos ocupan, errores o fallos en el funcionamiento de un sistema informático, hay que dilucidar si es posible hablar aquí de que la recepción se produce “por error del transmitente”. En mi opinión, existe ese error tanto si interviene una persona física en el procesamiento de datos, por ej., el empleado de la entidad bancaria anota un ingreso en cuenta añadiendo equivocadamente dos dígitos, como cuando el fallo procede de un sistema

---

80. Vid. sin embargo VIVES ANTÓN/ GONZÁLEZ CUSSAC en VIVES ANTÓN, T. S. (coord.), *Comentarios, II*, cit., p. 1267, que afirman que la conducta aquí descrita “no se trata de una auténtica apropiación indebida, pues el sujeto activo no la recibe *debidamente*, esto es, bajo uno de los títulos allí configurados y que le obligan a devolverla”. Sin embargo, ya hemos visto que sí hay título que produce obligación de devolver.

informático que funciona sin intervención de un operador humano, como en los cajeros automáticos. Así lo está apreciando la jurisprudencia<sup>81</sup>.

No hay que limitar el error a los seres humanos. De acuerdo con el Diccionario de la Real Academia, error es “1. m. Concepto equivocado o juicio falso. 2. m. Acción desacertada o equivocada. 3. m. Cosa hecha erradamente. 4. m. *Der.* Vicio del consentimiento causado por equivocación de buena fe, que anula el acto jurídico si afecta a lo esencial de él o de su objeto”. Sólo la última acepción estaría limitada al ser humano, mientras que las tres primeras son aplicables a sistemas automáticos.

Por lo demás, y para diferenciar el supuesto de hecho del art. 254 CP del ilícito civil, es necesario comprobar que el sujeto actúa con ánimo de apropiación definitiva de lo indebidamente recibido por error, pues si no es así no cabe apreciar apropiación indebida, aunque haya actos de disposición, siempre que sean compatibles con la devolución<sup>82</sup>.

En cualquier caso, lo que no me parece aceptable en ningún caso es tratar estos casos de errores o fallos en los cajeros o en la práctica bancaria como apropiación de cosa perdida o de dueño desconocido (art. 253 CP, si el valor de lo apropiado excede de 400 euros). Lo que se entrega indebidamente por error no es “cosa perdida o de dueño desconocido”, pues consta quién ha hecho la entrega indebida: en el caso que nos ocupa, la entidad bancaria.

#### IV. CONCLUSIONES

Como cabe observar, en las páginas anteriores se ha adoptado un concepto amplio de manipulación informática, considerando, además, que el artificio semejante ha de tener naturaleza informática. Con esta interpretación de lo que se entiende por manipulación informática, que incluye la introducción de los datos del verdadero titular en el sistema, sin contar con su autorización, para obtener una transferencia patrimonial, la suplantación de identidad en el comercio electrónico o en los cajeros automáticos, sin autorización del titular, para obtener bienes o servicios cuyo pago se carga en la cuenta del titular o para extraer dinero puede ser considerada estafa informática<sup>83</sup>.

---

81. Condenan por el art. 254 CP en casos de errores o fallos de los sistemas informáticos de entidades bancarias o de los cajeros automáticos, o sin especificar cómo se produce el error dentro de la entidad, entre otras, las SSTs de 28-12-2002 (RJ 2002\10784) y 2-12-2004 (RJ 2004\8246), y las SSAP de Valencia de 27-5-1999 (ARP 1999\2067), de Cádiz de 15-2-2000 (ARP 2000\707), de Las Palmas de 8-3-2001 (JUR 2001\169974), de Sevilla de 22-10-2002 (JUR 2003\80726), de Cádiz de 28-5-2003 (JUR 152682), de Cádiz de 17-12-2004 (JUR 2007\191459), de Cuenca de 20-4-2005 (JUR 2005\114283) y de Barcelona de 15-11-2007 (JUR 2007\140025). Condena en un caso de fallo humano del empleado de banca la SAP de Castellón de 21-2-2000 (JUR 2000\34735).

82. En este sentido, la SAP de Barcelona de 5-11-1998 (ARP 1998\4299). En alguna resolución se niega que exista “error del transmitente” en supuestos en los que una persona física hace un ingreso, sin incurrir en error, y la entidad bancaria incurre en el error de hacer constar más cantidad de la ingresada. Así, la SAP de Sevilla de 25-6-1999 (ARP 1999\2738).

83. En contra de la subsunción de estos casos en el concepto de manipulación informática, entre otros, CHOCLÁN MONTALVO, J. A., “Fraude informático”, cit., pp. 345-346; FERNÁNDEZ GARCÍA, E. M., “Los fraudes”, cit., pp. 141-142 y 147-148, si bien en la p. 149 parece admitir que se incluyan en el concepto de artificio semejante; FERNÁNDEZ TERUELO, J. G., *Ciber crimen*, cit., pp. 47 y 51-52; RUIZ RODRÍGUEZ, L. R., “Uso ilícito”, cit., pp. 8-9.



Ahora bien, la dificultad (o imposibilidad, a mi juicio) de encaje de estos comportamientos en la estafa común, y la existencia de una interpretación restrictiva de la estafa informática, que limita la manipulación a los casos en que se produce una interferencia en el funcionamiento del sistema o los datos introducidos son falsos, ha dado lugar a que en el Proyecto de Ley de modificación del Código penal, de 15 de enero de 2007, se incluyera una nueva redacción del apartado 2 del art. 248 CP, con una letra c) que considera 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”<sup>84</sup>. El hecho de dedicar un precepto específico a las defraudaciones realizadas mediante tarjetas tiene precedentes en el Derecho comparado<sup>85</sup>, y sin duda puede estar justificado por la extensión de esta forma de criminalidad y los problemas de encaje en la estafa común, además de que se reconoce, implícitamente, que la calificación de la extracción de dinero del cajero automático como robo con fuerza en las cosas no es la más apropiada. Sin embargo, conviene poner de relieve que se ha creado un delito puro de resultado que sólo exige que se cause un perjuicio, no necesariamente patrimonial, utilizando, no se dice cómo, las tarjetas o cheques de viaje, o los datos que obran en estos documentos, confirmando la tendencia a emplear en este sector de la delincuencia descripciones típicas de contornos difusos y poco precisos que, sin embargo, se castigan con penas notablemente elevadas.

Además, también se prevén modificaciones en lo que respecta a la falsificación de las tarjetas, conducta que está íntimamente relacionada con las estafas, comunes o informáticas. Hoy en día las diversas conductas relacionadas con la falsificación de tarjetas de crédito o de débito, o que puedan usarse como medios de pago, se castigan como delito de falsificación de moneda, por expresa determinación legal.

En efecto, de acuerdo con lo dispuesto en el art. 386 CP, “será castigado con la pena de prisión de ocho a 12 años y multa del tanto al décuplo del valor aparente de la moneda<sup>86</sup>: 1º El que altere la moneda o fabrique moneda falsa. 2º El que introduzca en el país o exporte moneda alterada. 3º El que transporte, expendá o distribuya, en connivencia con el falsificador, alterador, introductor o exportador, moneda falsa o alterada”. Se impone la pena inferior en uno o dos grados, atendiendo al valor de la moneda falsa y al grado de connivencia con los autores mencionados en los números anteriores, la tenencia

---

84. En la Exposición de Motivos el pre-legislador se limita a señalar que esta incorporación “ha sido precisa”.

Como apunta MATA Y MARTÍN, R. M., *Estafa convencional*, cit., p. 79, nota núm.47, “esto implica... el refuerzo de la tesis – mantenida ya generalmente por los Tribunales – de que la utilización fraudulenta de los datos de una tarjeta que atribúan falsamente el pago de una operación al titular, resultaba punible como delito de estafa, pese a las dudas suscitadas por alguna resolución judicial”.

85. Vid., por ej., en Italia, el art. 12 del Decreto Legislativo de 3 de mayo de 1991, núm.143, que castiga a “el que, con el fin de obtener beneficio, indebidamente utiliza, falsifica o altera, sin ser su titular, tarjetas de crédito o de pago, o bien cualquier otro documento análogo que habilite para extraer dinero contante o para la adquisición de bienes o la prestación de servicios”, además de a quien “posee, cede o adquiera tales tarjetas o documentos de origen ilícito, falsificados o alterados, así como las órdenes de pago producidas con ellos”. Sobre este precepto, por todos, CUOMO, L./ RAZZANTE, R., *La disciplina dei reati informatici*, G. Giappichelli, Torino, 2007, pp. 209 ss.

86. Tratándose de falsificación de tarjetas, el Pleno no jurisdiccional de la Sala Segunda del Tribunal Supremo de 28 de junio de 2002 acordó que, en los casos de manipulación de la banda magnética, dada la imposibilidad de determinación del “valor aparente” de lo falsificado, no procede aplicar la pena de multa.

para su expendición o distribución, así como la adquisición, sabiéndola falsa, con el fin de ponerla en circulación. El último inciso del precepto contempla un subtipo agravado por pertenencia del culpable “a una sociedad, organización o asociación, incluso de carácter transitorio, que se dedicare a la realización de estas actividades”, pudiéndose imponer en tal caso “alguna o algunas de las consecuencias previstas en el artículo 129 de este Código”.

Un sector doctrinal critica, a mi juicio con razón, la decisión del legislador de asimilar a la moneda de curso legal las tarjetas que se utilizan como medio de pago, pero son emitidas por entidades comerciales privadas, pues no concurren las mismas razones de protección del monopolio estatal de la emisión de moneda de curso legal, lo que hace que la pena parezca excesiva<sup>87</sup>. Otro sector, más radical, critica también la extensión del concepto de moneda a estos efectos a las tarjetas emitidas por entidades financieras<sup>88</sup>.

Así, se apunta que “para que la duplicación de tarjetas sea falsificación de moneda, es preciso que, además de tratarse de una falsificación del soporte plástico, constituya, como en toda falsificación de moneda, una afectación al sistema de pagos nacional e internacional, es decir, debe crear nuevas relaciones crediticias o de débito no previstas o generadas por el sistema financiero, teniendo, por lo tanto, como fenómeno, capacidad para alterar los sistemas de pago, para generar relaciones crediticias inexistentes o débitos sobre cuentas no reales. Pero la clonación o duplicación sólo conlleva sólo conlleva una afectación a la relación patrimonial trilateral que se crea entre el titular, el establecimiento y la entidad financiera, introduciendo a un tercero no legitimado en la misma”<sup>89</sup>.

Ahora bien, en mi opinión, esta crítica, que está bien fundamentada<sup>90</sup>, no puede llevar a una interpretación evidentemente “*contra legem*”, sino a una propuesta de modificación “*de lege ferenda*”, que cree un delito específico, en coordinación con la normativa europea, que permita tener en cuenta que estamos ante algo más que una falsificación en documento mercantil<sup>91</sup>, en vista de la gravedad del desvalor que supone el atentado contra instrumentos de pago tan extendidos en la práctica comercial, pero ante algo menos que una falsificación de moneda, permitiendo captar al mismo tiempo

---

87. Entre otros, ARÁNGUEZ SÁNCHEZ, C., *La falsificación de moneda*, Bosch, Barcelona, 2000, pp. 45-48; FERNÁNDEZ ENTRALGO, J., “Falsificación”, cit., p. 50; FERNÁNDEZ GARCÍA, E. M., “Los fraudes”, cit., pp. 121-122; QUINTERO OLIVARES, G., “Fraudes y defraudaciones ante una reforma del Código penal”, en ARROYO ZAPATERO, L., y otros, *La reforma del Código penal tras 10 años de vigencia*, Thomson-Aranzadi, Cizur Menor, 2006, p. 98.

88. Vid., entre otros, FERNÁNDEZ GARCÍA, E. M./ LÓPEZ MORENO, J., “La utilización indebida”, cit., p. 165.

89. RUIZ RODRÍGUEZ, L. R., “Uso ilícito”, cit., p. 5.

90. Vid. los argumentos que resume ARÁNGUEZ SÁNCHEZ, C., *La falsificación de moneda*, cit., pp. 45-48, siendo el más relevante, a mi juicio, que estamos hablando de títulos de carácter mercantil que no son emitidos en régimen de monopolio por el Estado, como la moneda, sino por entidades privadas, parece desproporcionada la protección que se les ofrece. Vid. no obstante la STS de 8-7-2002 (RJ 2002\8939), que en un supuesto de falsificación múltiple de tarjetas, en el que interviene una organización delictiva con conexiones en el extranjero, afirma que la pena de la falsificación de moneda, aunque elevada, “sí estaría suficientemente justificada”.

91. No cabe duda que las tarjetas son documentos mercantiles. Así se ha reconocido en la jurisprudencia anterior a la entrada en vigor del Código penal de 1995. Entre otras, vid. las SSTs de 3-12-1991 (RJ 1991\8955) y 15-3-1994 (RJ 1994\2317).

el atentado contra el patrimonio, que de hecho queda al margen tanto en los delitos de falsedad documental como de falsificación de moneda, aunque en ambos sea necesaria la intención de introducir o usar en el tráfico económico el objeto material del delito.

En esta dirección, el Proyecto de ley de modificación del Código penal, de 15 de enero de 2007, ya citado, introduce una sección 4ª en el Capítulo II del Título XVIII del Libro II, con la rúbrica “De la falsificación de tarjetas de crédito y débito y cheques de viaje”, donde se regulan estas conductas en un nuevo art. 399 bis<sup>92</sup>. *En la exposición de motivos se apunta que “las tarjetas de crédito o débito requieren también su propia tutela frente a la falsificación, a cuyo fin se describe específicamente esa conducta referida a ellas o a los cheques de viaje”.*

“Nonagésimo noveno.

Se añade la Sección 4.ª del Capítulo II del Título XVIII del Libro II, que tendrá la siguiente rúbrica:

“De la falsificación de tarjetas de crédito y débito y cheques de viaje”

Centésimo.

Se añade el artículo 399 bis, que queda redactado como sigue:

“1. Será castigado con la pena de prisión de cuatro a ocho años el que falsificare, copiándolos o reproduciéndolos, tarjetas de crédito o débito o cheques de viaje. Se impondrá la pena en su mitad superior cuando los efectos falsificados afecten a una generalidad de personas o los hechos fueran cometidos en el marco de una organización criminal dedicada a estas actividades.

Los Jueces o Tribunales impondrán a la organización, bien como pena si procediere la declaración de su responsabilidad penal de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 31 bis de este Código, bien como medida en los casos previstos en el artículo 129, la disolución y clausura definitiva de sus locales y establecimientos.

2. La tenencia de tarjetas de crédito o débito o cheques de viaje falsificados en cantidad que permita suponer están destinados a la distribución o tráfico, será castigada con la pena señalada a la falsificación.

3. El 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 será castigado con la pena de prisión de dos a cinco años”.

---

92. Se responde así, con cierto retraso, al pronunciamiento favorable del Pleno no jurisdiccional de la Sala Segunda del Tribunal Supremo de 28 de junio de 2002, a la procedencia de que por el Tribunal competente para la resolución del recurso de casación se acudiera al Gobierno de la Nación, en aplicación de lo dispuesto en el art. 4.3 CP, exponiendo la conveniencia de la inclusión en el Código penal de un precepto específico que contemple los actos de falsificación de tarjetas, con establecimiento de las penas adecuadas para cada supuesto, en consonancia con lo previsto para esta materia en la Decisión marco 2001/413/JAI del Consejo, de 28 de mayo de 2001, sobre la lucha contra el fraude y la falsificación de medios de pago distintos del efectivo.

