

ARTÍCULO

Uso ilícito y falsificación de tarjetas bancarias

Luis Ramón Ruiz

Resumen

Las tarjetas bancarias, de crédito y de débito, han constituido tradicionalmente el objeto central de los ataques no violentos a patrimonios de las entidades bancarias y de sus clientes, a partir de la utilización de tecnologías basadas en el desarrollo de la informática y de las telecomunicaciones. Si bien otros fraudes y ataques patrimoniales se han sumado a estas prácticas, el fraude de tarjetas sigue constituyendo una realidad criminológica de primer orden.

La respuesta del Derecho penal a estas prácticas viene manteniendo una notable falta de sistemática, que en cierto modo ha sido sustituida por la actuación de los tribunales, distribuyendo éstos la variada fenomenología delictiva en los diferentes tipos penales que mejor acomodo han encontrado. La ausencia de un delito de fraude con tarjetas, la posibilidad de actuar ilícitamente con tarjetas reales o de confección falsa, el uso de las mismas en cajeros automáticos, en comercios o su numeración por Internet, dificultan de forma notable la calificación jurídica de las conductas. Los tribunales vienen aplicando los delitos de robo con fuerza, estafa y estafa informática según la concreta ejecución de la conducta delictiva derivada del uso ilícito de la tarjeta, si bien la voluntad de reducir al máximo los espacios de impunidad ha llevado en algunas resoluciones judiciales a forzar la interpretación de los tipos penales más allá de lo exigible.

A ello es preciso sumar el incongruente tratamiento que ha dado el legislador a la falsificación de tarjetas bancarias, asimilándola de forma genérica a la falsificación de moneda, provocando una interpretación nuevamente extensiva del Tribunal Supremo y asignándole una penalidad a todas luces desorbitada.

Abstract

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

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

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

El recurso al principio de legalidad y al de protección exclusiva de bienes jurídicos se impone en una materia normativamente confusa y con un tratamiento judicial errático.

Palabras clave

falsificación, Internet, tarjetas, delito

Tema

Derecho penal y sociedad de la información

Introducción

Desde el momento en el que se universalizó el conocimiento de las potencialidades de las tecnologías asociadas al uso de la informática, a todos los niveles se identificaron rápidamente dos clases de riesgos para sus usuarios voluntarios e involuntarios.

El primero de los riesgos estaba asociado a la intromisión en las esferas más privadas de los ciudadanos y en el incremento del control sobre aquéllos por parte de organismos públicos o por entidades o grupos cuya estructura y funcionamiento son inaprensibles para la mayoría.

El segundo de los riesgos estaba vinculado al mantenimiento de la integridad patrimonial, especialmente en aquellos elementos con elevados niveles de inmateria- lidad, esto es, los ubicados en el sistema financiero, en general, y en los mercados bancarios y de valores, en particular.

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

Keywords

falsification, Internet, cards, crime

Topic

Penal law and information society

Con el tiempo, se han incrementado las esferas de la vida social en las que las nuevas tecnologías toman una mayor presencia, con el consiguiente incremento de los riesgos y la necesidad de articular mecanismos de prevención y control de los mismos,¹ estos últimos sólo admisibles a través de la intervención de las instituciones democráticas.²

Estaba claro que el Derecho penal iba a tener un papel relevante, y que algunos desarrollos de las nuevas tecnologías irían de la mano de la regulación penal. Los grandes beneficios de la informática como instrumento para el desarrollo económico, profesional, social y cultural, también hacían prever su enorme utilidad para la comisión de infracciones penales.

La realidad se ha encargado, en efecto, de demostrar que tales riesgos eran reales y el Derecho penal ha debido adaptarse a aquélla, a pesar de surgir dudas relativas tanto a la incorporación de nuevas conductas al Código

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

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

penal como a su ubicación dentro del texto legal. Crear un apartado relativo a los delitos informáticos fue una de las primeras propuestas, optando finalmente el legislador por realizar adaptaciones técnicas en aquellas infracciones penales donde la utilización de las nuevas tecnologías podía representar un medio comisivo relevante con un desvalor de acción propio.

Entre otros, los comportamientos relacionados con el uso ilícito de las tarjetas magnéticas son los que más discusión suscitaron.

El comercio con estos instrumentos, generalizado en los bancos a partir de los años setenta del siglo XX,³ ha alcanzado en la actualidad un enorme nivel en el conjunto de la actividad económica. Sin embargo, su extensión no ha llevado aparejado un tratamiento legal autónomo del mismo. No existe, a nivel estatal o comunitario, una norma general reguladora de tales métodos de pago, sino que su regulación se distribuye entre normas heterogéneas destinadas a dotar de seguridad jurídica a los actos económicos que se desarrollan a través suyo. Entre estas normas, son de especial relevancia la Ley 7/1996, de 15 de enero, de Ordenación del Comercio Minorista, la Ley 7/1995 de Crédito al Consumo, o la Recomendación 97/489/CE, todas ellas dictadas al amparo del criterio de la flexibilidad normativa.

Probablemente, el hecho de que la tarjeta bancaria tan sólo sea un moderno instrumento para la materialización de negocios jurídicos tradicionales ya regulados, esté en la base de esta dispersión.

Entre los aspectos jurídico-privados de mayor interés para el tratamiento penal de los usos ilícitos de las tarjetas

bancarias, se encuentra su naturaleza jurídica. Se trata de una forma especializada que prevé el ordenamiento jurídico civil para transmitir deudas. El titular de la tarjeta transmite a la entidad bancaria la deuda adquirida con el establecimiento comercial, estableciendo relaciones jurídicas dos a dos (titular-banco; titular-comercio; comercio-banco); sin embargo, lo más característico del sistema es que no se trata de una relación *intuitu personae*, puesto que la deuda nace y produce plenos efectos jurídicos aunque quien use la tarjeta no sea el titular.⁴

Esta clase de relaciones obliga al establecimiento de sistemas de seguridad eficaces en la transmisión de los datos y de las operaciones realizadas para mantener la confianza de los usuarios en el sistema.

Derivado de la necesidad de mantener estos niveles de seguridad es, por ejemplo, el informe A4-0028/98 de la Comisión Europea, que propone incrementar la seguridad en estas operaciones a través de Internet fomentando la autorregulación de los operadores: mejorando la información al usuario sobre fallos y responsabilidades, fijando normas claras y justas sobre responsabilidad ante el robo o la pérdida de la tarjeta y estableciendo normas sobre la carga de la prueba que no coloquen al titular de la tarjeta en situación de indefensión.

En cuanto a la posibilidad de rechazo de las operaciones por el titular debido a pérdida, robo o fraude, el artículo 46 de la Ley de Ordenación del Comercio Minorista prevé que el titular pueda exigir la inmediata anulación del cargo. Sin embargo, se mantienen dudas sobre quién decide si el cargo es indebido o fraudulento, o sobre cuánto tiempo puede tardar la entidad financiera en realizar el reabono.

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

4. BATUECAS CALETRIO, A. *Op. cit.*, pág. 185 y sig.

En estos casos, la ley 7/1998, de 13 de abril, sobre condiciones generales de contratación, asigna la responsabilidad al titular o beneficiario de la tarjeta cuando existe la utilización fraudulenta de la tarjeta con un uso del número de identificación personal o PIN. Ésta es una previsión legal abusiva que pretende abordar los supuestos más claros de negligencia en la custodia de dicho número, pero que, con la generalidad con la que está redactada, es aplicable a cualquier uso del PIN, al margen de los niveles de seguridad utilizados para su protección.

1. La respuesta penal a la falsificación y utilización fraudulenta de tarjetas bancarias

Aunque inicialmente se planteó la necesidad de crear un espacio propio dentro del Código penal para los delitos informáticos, lo cierto es que han sido numerosas las dificultades para identificar elementos comunes que trascendiesen los aspectos puramente instrumentales del uso de la informática o la electrónica para cometer delitos.

Así, no ha cuajado el intento de identificar un bien jurídico propio y suficientemente expresivo como para justificar tal empeño legislativo,⁵ sino que, al contrario, en casi todos los supuestos se ha tenido que reconducir la tipicidad de estas conductas a los tipos tradicionales que protegían el patrimonio, la intimidad, la libertad sexual, etc.⁶ Hasta el punto, incluso, de afirmarse que en el

fondo de la ciberdelincuencia subyace de forma primordial una cuestión de jurisdicción.⁷

En el supuesto de las tarjetas bancarias, dicho proceso ha sido aún más claro, ya que son varios y muy heterogéneos los tipos penales que pueden intervenir.

Partiendo de una tipología no exhaustiva de conductas vinculadas con la tarjeta bancaria, se podrían señalar las siguientes:

- Falsificación de tarjeta bancaria
- Colocación de instrumentos electrónicos en cajeros automáticos que descifren los datos de tarjetas bancarias para su clonación
- Falsificación del documento que convierte al sujeto en titular de una tarjeta auténtica
- Falsificación de la firma que incorpora una tarjeta auténtica
- Uso ilícito de una tarjeta obtenida de forma legal
- Uso ilícito de una tarjeta falsificada
- Uso ilícito de una tarjeta ajena obtenida a través de un delito patrimonial
- Uso ilícito de una tarjeta obtenida a través de engaño realizado al emisor
- Uso de los datos de una tarjeta de crédito o débito a través de Internet

Falsificación, estafa, apropiación indebida, robo, hurto, administración desleal, son todos tipos penales en los que podrían encajar la mayor parte de las conductas descritas, poniéndose en evidencia la naturaleza puramente instrumental de la tarjeta bancaria y la imposibilidad de identificar un único interés representado por el medio de pago o por la integridad del sistema crediticio.

5. GALÁN MUÑOZ, A. (2005). *El fraude y la estafa mediante sistemas informáticos. Análisis del artículo 248.2 C.P.* Valencia: Tirant lo Blanch. Pág. 33 y sig. El autor, no obstante, mantiene un concepto de delito informático de referencia, no estrictamente jurídico, que si bien aludiría a una pluralidad de delitos protectores de bienes jurídicos de naturaleza diversa y no sólo patrimoniales, dejaría al margen de tal denominación a todas aquellas conductas en las que la utilización de un sistema informático no representase problema alguno a la hora de calificar al hecho efectuado como constitutivo de alguno de los delitos tradicionales.

6. DE SOUSA MENDES, rechaza el valor científico de una posible definición del concepto de criminalidad informática. «La responsabilidad penal de las personas jurídicas en el ámbito de la criminalidad informática en Portugal». En: F. MORALES PRATS; O. MORALES GARCÍA (coord.) (2002). *Contenidos ilícitos y responsabilidad de los prestadores de servicios de Internet*. Cizur Menor: Aranzadi. Pág. 212.

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

2. La falsificación de tarjetas como falsificación de moneda

La falsificación de la tarjeta mediante su confección ha pasado a ser considerada, con carácter general, una forma de comisión del delito de falsificación de moneda. Desde la aprobación del vigente Código penal, el artículo 387 considera moneda a las tarjetas de crédito, de débito o las demás que puedan utilizarse como medios de pago.

Sin embargo, en un primer momento, se entendió que sólo se refería a la confección de la tarjeta que crea una relación de crédito entre un titular y una entidad bancaria. El legislador no precisó en 1995 si la falsificación de tarjeta como moneda se limitaba a los supuestos de confección de una relación crediticia falsa, o si podía incluirse en el ámbito de su tipicidad la duplicidad de la tarjeta lícita basada en una relación de crédito real y legal. Han sido los tribunales los que, finalmente, han dado respuesta al interrogante en un sentido extensivo que ofrece dudas importantes de legalidad.

La formalización de este cambio hacia la consideración de la clonación de tarjetas como falsificación de moneda se produce a través del reciente Acuerdo Plenario de 28 de junio del 2002 del Tribunal Supremo, por el que se acuerda que la incorporación a la banda magnética de uno de esos instrumentos de pago de unos datos obtenidos fraudulentamente constituye un proceso de fabricación o elaboración que debe ser incardinado en el artículo 386 del Código penal (ATS de 24 de enero de 2003). Considera que el sentido de este acuerdo es conforme y deriva de la Decisión Marco del Consejo de la UE

de 28 de mayo de 2001, en la que ya se adoptaba una decisión en ese mismo sentido.

Sin embargo, es precisamente aquí donde surgen las primeras dudas acerca de la utilización de la técnica legislativa consistente en añadir a tipos tradicionales sub-apartados que den cobertura a lagunas de punibilidad derivadas de nuevas conductas de difícil encaje en los tipos originales. Eso no puede convertirse en una coartada para que legislador y tribunales se esfuercen por cubrir espacios de impunidad sin atender a los elementos esenciales de los tipos de los que derivan las nuevas conductas.⁸

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,⁹ para generar relaciones crediticias inexistentes o débitos sobre cuentas no reales. Pero la clonación o duplicación 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.

De lo contrario, cualquier alteración del soporte material, incluida la firma falsa sobre una tarjeta auténtica debería ser considerada como falsificación de moneda con una interpretación literal del precepto legal.

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

9. FERNÁNDEZ GARCÍA, E. M.; LÓPEZ MORENO, J. (2001). «La World Wide Web como vehículo de delincuencia: supuestos frecuentes». En: VV. AA. (2001). *Internet y Derecho penal*. Madrid: CGPJ. Pág. 441. (Cuadernos de derecho judicial; 2001/10); ORTS BERENGUER considera afectado el tráfico monetario («Falsedades». En: VV. AA. (2004). *Derecho penal. Parte especial*. Valencia: Tirant lo Blanch. Pág. 837).

Estas conductas sólo constituyen falsedad por confección de documento mercantil. No hay que dejar de lado la circunstancia de que en reiteradas resoluciones judiciales se vienen considerando las tarjetas bancarias como títulos valores impropios y objeto de la acción de las falsedades documentales.¹⁰

No es aceptable pretender que la declaración del art. 387 CP, permite aplicar de forma automática todas las conductas típicas del art. 386 sin más. Así, el penúltimo párrafo del art. 386 castiga la expendición o distribución de moneda falsa recibida de buena fe. Es claro que si se distribuyen tarjetas falsas, se cumple el tipo, pero es necesario interrogarse sobre si cabe la expendición de la misma, y además de buena fe. Esto no genera dudas en el caso de la moneda metálica o el papel moneda. Si se gasta, es decir, si se expende la moneda falsa, se realiza el tipo. Esto querría decir que usar una tarjeta falsa sin haberla falsificado sería falsificación de moneda con arreglo a ese tipo. Sin embargo, hasta la fecha la doctrina mayoritaria y la jurisprudencia consideran que estamos ante una estafa y las razones para ello estriban en que la moneda que se gasta con la tarjeta falsa no es la de plástico, sino la que representa mediante apuntes contables el papel moneda.

En definitiva, es preciso realizar una interpretación acorde con el sentido interno del capítulo I del título XVIII, pudiéndose deducir que no coincide el ámbito de la tipicidad de ambas clases de moneda, por lo que no son aceptables interpretaciones que rayen en analogía prohibida en perjuicio del reo.

.....

10. Esta consideración de la tarjeta como título valor impropio, no permite, como afirma CHOCLAN MONTALVO, extender los actos ilícitos de apoderamiento de las tarjetas al valor que la cosa corporeiza, en tanto que la tarjeta no representa un derecho del titular contra la entidad financiera («Fraude informático y estafa por computación». En: VV. AA. (2001). *Internet y Derecho penal*. Madrid: CGPJ. Pág. 339. (Cuadernos de derecho judicial; 2001/10); FERNÁNDEZ GARCÍA, E. M.; LÓPEZ MORENO, J. (1997). «La utilización indebida de tarjetas de crédito en el Código penal de 1995». *Revista del poder judicial*. N.º 46, 3ª época, pág. 203. SAP de Castellón de 26 de octubre de 1998: «en efecto, ha de entenderse que las tarjetas visa (aparte de su naturaleza jurídica, como títulos impropios o documentos de legitimación) son, en sí mismas consideradas, un producto, un medio de pago amparado bajo una marca (Visa, existiendo otras análogas), para cuya emisión se hallan facultadas en régimen de franquicia una serie de entidades mercantiles»; SAP de Madrid de 5 de noviembre de 2004.

3. Conductas defraudatorias relacionadas con el uso de tarjetas bancarias

La naturaleza de la relación comercial que se establece entre el titular de la tarjeta y la entidad financiera con los terceros que pueden intervenir en la relación crediticia, y los aspectos materiales del uso de aquéllas, especialmente cuando la misma se realiza a través de cajeros automáticos, aportan aspectos singulares suficientes como para que el legislador y, de forma indirecta la jurisprudencia, se haya visto obligado a dar un tratamiento autónomo al uso de estos instrumentos asociados a las nuevas tecnologías y a la informática.

La tarjeta es un documento mercantil nominal para cuya utilización sólo está autorizado el titular de la misma, aunque no sea así de manera estricta, por ejemplo en el uso de tarjetas en cajeros automáticos por terceros autorizados. Ello supone que los actos de fraude aparecerán normalmente de la mano de terceros que se apropian y usan de forma ilícita la tarjeta. Sin embargo, algunos resquicios quedan también para un uso irregular, e incluso delictivo, de las tarjetas bancarias por parte de sus propios titulares.

3.1. Los fraudes cometidos por el titular de la tarjeta

Entre las conductas irregulares del titular de la tarjeta se encuentran la extralimitación en el crédito o el saldo de la cuenta o la utilización consciente de tarjetas caducadas o de cuentas bancarias ya anuladas.

Los últimos desarrollos tecnológicos aplicados a este sector han convertido a estos ejemplos en supuestos de rara ejecución¹¹ debido a los controles informáticos incorporados a estos procedimientos en los que normalmente el propio sistema de comunicaciones impedirá que se realice la operación seleccionada.

En cualquier caso, si se produjesen esas situaciones, habría que detenerse sobre la posible tipicidad de las mismas. Si bien una jurisprudencia más antigua consideraba tales conductas como constitutivas de estafa (STS 21/6/1979),¹² lo cierto es que, como afirma Bacigalupo,¹³ el hecho ha de ser considerado como atípico, porque, cuando alguien ofrece pagar con una tarjeta de crédito, lo único que cabe interpretar es que la entidad financiera que emitió la tarjeta pagará el importe adeudado al comerciante, por lo que la acción de ofrecer pago con la tarjeta no lleva implícita una afirmación sobre la propia solvencia, sino sobre la solvencia del banco emisor.

De lo contrario, habría que sostener que introducir en un cajero automático una tarjeta caducada o de una cuenta cancelada ya constituye tentativa de estafa o de robo, según el caso, aunque fuese tentativa inidónea. En los supuestos en los que se obtenga una prestación o servicio, así pequeñas cantidades a crédito en los cajeros de otras entidades por fallo en la conexión o en el paso por autopistas de peaje, tales abusos se mantendrían en el terreno de las relaciones puramente civiles.

Por el contrario, el supuesto de la obtención de una tarjeta de crédito aparentando falsamente solvencia no deja

de constituir una estafa de crédito típica, cuyo soporte mercantil viene constituido por una tarjeta bancaria en vez de por una cuenta corriente en la que se deposita el préstamo, pero, desde la perspectiva penal, no existen diferencias (STS de 17 de octubre de 2003).

3.2. Los fraudes cometidos por un tercero

A la variada casuística que ofrecen los usos ilícitos de tarjetas de crédito o débito en comercios o en cajeros automáticos, es necesario añadir dos elementos recientes producto del desarrollo tecnológico: la posibilidad de que las tarjetas sean falsas por clonación o por nueva confección y el uso de numeraciones fraudulentas u obtenidas ilícitamente de tarjetas bancarias a través de servicios de Internet o de telefonía móvil, bien para la adquisición de productos o servicios, o para la realización de operaciones propias de la banca en línea. La jurisprudencia viene considerando estos supuestos de forma habitual como una forma de estafa (SAP de Baleares de 15 de octubre de 2004, si bien absuelve al procesado por no establecer la víctima medidas de protección suficientes en el sistema de pagos).

Ello permite agrupar en tres categorías las conductas subsumibles en los diferentes tipos penales para una exposición más sistemática.

3.2.1. Uso de tarjetas en cajeros automáticos

El acceso al contenido de los cajeros automáticos, o a las operaciones que caben efectuarse desde los mismos, se puede realizar tanto con tarjetas reales sustraídas o utilizadas de forma ilegítima, como con tarjetas falsas. Si bien los resultados del uso de estos instrumentos pueden

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

12. Sentencia recogida en PEREZ PELLICER, A. «La estafa de crédito». En: J. BOIX REIG (dir.) (2005). *Estafas y falsedades: (análisis jurisprudencial)*. Madrid: Iustel. Pág. 153.

13. BACIGALUPO, E. (1983). «Estafa y abuso de crédito». *La Ley*, n.º 3, pág. 988 y sig.

coincidir desde un punto de vista material, tanto los modos de acceso, como la posición jurídica del sujeto que lo realiza, pueden condicionar una calificación jurídica sustancialmente diversa.

a) Supuestos de utilización de tarjeta real

Cuando se produce la utilización en cajero automático de una tarjeta ilícitamente sustraída o apropiada, cabría recurrir, en primer término, al tipo de la estafa informática que castiga las transferencias no consentidas de activos patrimoniales mediante manipulación informática o artificio semejante.

Sin embargo, en la utilización de tarjetas verdaderas en cajeros, no puede afirmarse que existe manipulación informática, porque la manipulación como tal exige modificación de los sistemas de funcionamiento o control del sistema informático, y, en estos supuestos, no se produce tal suceso.¹⁴ Como afirma CHOCLAN MONTALVO, manipular el sistema informático «es algo más que actuar en él, equivale a la introducción de datos falsos o alteración de programas perturbando el funcionamiento debido del procesamiento, sin que resulte equivalente la acción de quien proporciona al ordenador datos correctos que son tratados adecuadamente por el programa. Es decir, cuando el funcionamiento del software no sufre alteración, sino sólo la persona que debe utilizarlo, no es posible hablar de manipulación informática en el sentido del tipo penal».¹⁵

Al no existir manipulación, elemento típico autónomo, no hay engaño y, por lo tanto, no puede aplicarse el artículo 248.2 relativo a la estafa. El autor antes citado, para evi-

tar la impunidad a la que lleva excluir la manipulación informática y la que entiende inaplicable reconducción a los tipos patrimoniales, deriva esta conducta a la expresión legal «artificio semejante», del artículo 248.2 del Código penal, que considera más amplia y susceptible de encajar estas conductas. Como el autor reconoce, las dudas sobre el respeto de esta opción al principio de legalidad son importantes,¹⁶ si bien opta por esta solución. En realidad, el artificio no puede ser sinónimo de uso por otro titular, sino sinónimo de manipulación incorrecta del propio sistema, y la semejanza no puede estar referida al resultado, sino al método de ejecución, que, en este caso, tampoco se produce por fuera de la previsión técnica de funcionamiento del sistema.

Parece más adecuada la aplicación del artículo 237, en relación con la definición de llave falsa del artículo 239, ya que la obtención de dinero por el cajero está más próxima al comportamiento de apropiación de cosa mueble¹⁷ (SSTS de 16 de marzo de 1999 y 25 de junio de 2001), que a la manipulación con transferencia de activos patrimoniales.¹⁸

En cambio, si a través del cajero se hiciese otra operación, por ejemplo, el pago de una deuda con el propio banco desde una cuenta tercera, no habría apropiación, sino transferencia de activos, pero queda la duda de que se haya producido una manipulación informática. Cuando se equipara manipulación a artificio semejante se está diciendo claramente que el proceso informático seguido no es el correcto, cosa que no ocurre con las tarjetas no falsificadas, no pudiéndose confundir manipulación con uso no autorizado. Por lo tanto, la tipicidad de esta

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

15. CHOCLAN MONTALVO, J. A. *Op. cit.*, pág. 345.

16. CHOCLAN MONTALVO, J. A. *Op. cit.*, pág. 346.

17. ALONSO PEREZ se manifiesta en este sentido, sin dejar de advertir sobre lo forzado de la interpretación que lleva a afirmar que se accede a lugar cerrado con la tarjeta bancaria (*op. cit.*, pág. 97); SANCHEZ MAGRO, A. *Op. cit.*, pág. 9.

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

última conducta es dudosa, salvo que se quiera reconducir al tipo básico de la estafa alegando que el cajero ha sido engañado, lo cual no es menos dudoso.

b) Supuestos de utilización de tarjeta falsa

Si la tarjeta es falsa, la obtención de dinero igualmente es una forma de apropiación, debiendo sólo dirimirse si es un supuesto de robo o de hurto según se entienda que existe fuerza en las cosas mediante uso de llave falsa. De diferente opinión es CONDE-PUMPIDO FERREIRO, para quien el uso de tarjeta falsa constituye estafa informática, puesto que se produce tanto una manipulación en la fase *input*, o de aportación externa de datos, como una transferencia patrimonial, consistente en el traslado de la cosa de un patrimonio a otro.¹⁹

Sin embargo, el segundo de los criterios implica una interpretación extensiva de los elementos típicos que se aleja del espíritu del precepto. Resulta complejo aceptar que extraer el dinero del cajero se pueda considerar transferencia. Si, como afirma el autor, la extracción de dinero con una tarjeta real obtenida de forma ilícita es un apoderamiento constitutivo de robo, hacerlo con una tarjeta falsa no puede transformarse en una transferencia de activos patrimoniales. Será una u otra conducta, pero no ambas, a elegir en función de la clase de tarjeta utilizada. El origen del artículo 248.2 se encuentra en las transferencias contables de activos, no en el movimiento físico del dinero metálico, algo que reconoce el autor cuando asegura que el uso legislativo del término *activos patrimoniales* «intenta eludir las dificultades que resultan de que el sistema informático no maneja valores físicos, esto es, cosas con valor intrínseco o incorporado (dinero, títulos valor, etc.), sino elementos conceptuales que producen cambios en las anotaciones representativas

de valores patrimoniales, esto es, en activos [...] puramente anotados o ideales».

En cambio, si lo que se produce es una transferencia de activos, entonces estamos claramente ante una estafa del artículo 248.2 del Código penal, porque la manipulación informática no sólo es la referida al soporte informático del cajero, sino que la de la tarjeta, como acto ejecutivo de la estafa, también cubre la tipicidad de la conducta. Es cierto que no se produce una manipulación del sistema informático,²⁰ es decir, del programa que sustenta su correcto funcionamiento, pero, esta vez sí, el concepto de artificio semejante debe cubrir todas las alteraciones esenciales producidas en el sistema y en los instrumentos de naturaleza informática que cubren todo el tratamiento correcto de la información telemática. La persona que utiliza la tarjeta no es un instrumento informático, pero la tarjeta bancaria sí que lo es y su alteración supone una alteración del proceso. De lo contrario una transferencia no consentida de activos realizada desde un terminal con el uso de claves falsas no sería manipulación informática, porque el sistema se limitaría a operar correctamente con los datos facilitados por el agente.

3.2.2. Uso de tarjetas en establecimientos comerciales

En estos supuestos, las relaciones jurídicas entre los sujetos intervinientes son más complejas, puesto que surge un tercero que intermedia entre el titular de la tarjeta y la entidad financiera que la emite. Este tercero tiene una participación decisiva, tanto en la perfección del negocio jurídico en el terreno exclusivamente privado, como en la calificación de los hechos en el terreno jurídico penal.

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

20. En este sentido, CHOCLAN MONTALVO, J. A. *Op. cit.*, pág. 349.

Sobre el tercero recaen una serie de obligaciones de supervisión y control, tanto sobre la propia tarjeta como sobre el usuario de la misma, y dependiendo de cómo se realicen tales funciones, la conducta del usuario de la tarjeta real o falsa puede recibir una calificación jurídica distinta.

a) Supuestos de utilización de tarjeta real

En los supuestos de tarjeta real, de nuevo nos encontramos ante una conducta en la que no se produce un acto de manipulación informática, por lo cual, no es de aplicación el artículo 248.2 del Código penal. La ilicitud del comportamiento deriva de una utilización ilegítima de los mecanismos de pago por no ser el usuario el titular de la tarjeta, representando una identidad que no se corresponde con la real. Al margen de que el tercero que manipula el terminal de punto de venta ejecute o no correctamente las comprobaciones obligadas, los procedimientos realizados para la transacción comercial son los establecidos legalmente sin que el sistema informático que le sirve de soporte sufra alteración alguna.

Tampoco se puede afirmar que se produzca una apropiación no consentida, porque el establecimiento entrega voluntariamente el producto o servicio solicitado ante la apariencia de realidad que titular y tarjeta generan.

De este modo, sólo queda por analizar si el tipo básico de la estafa es aplicable. El elemento clave es la cualidad del engaño y la determinación del sujeto engañado que realiza la disposición patrimonial. Esto es, si el engaño es bastante y si el engañado es el dependiente del establecimiento o lo es el sistema informático que no detecta la identidad falsa del autor de la conducta.

21. Citada en PEREZ PELLICER, A. *Op. cit.*, pág. 156.

22. De opinión contraria, la STS de 3 de mayo de 2000.

23. CHOCLAN MONTALVO, J. A. *Op. cit.*, pág. 349.

Buena parte de la jurisprudencia viene centrando la idea del engaño en la persona física que realiza la disposición patrimonial a través del cumplimiento o incumplimiento de las normas de autoprotección, hasta el punto de que la tipicidad de las conductas de uso ilícito de tarjetas bancarias por terceros viene siendo excluida del tipo de las estafas dependiendo del uso de las mismas que realice el sujeto activo y de los comportamientos que en aquella relación trilateral a la que se hacía referencia al principio sea observada por los sujetos.

En particular, es de relevancia la actitud del personal del establecimiento donde se utiliza la tarjeta de crédito, no bastando para estimar la presencia del error la suplantación de personalidad, sino la capacidad de ésta para generar error en quien realiza la disposición patrimonial, el establecido como error bastante (STS de 2 de noviembre de 2001).²¹

De ello parece deducirse que la estafa no puede cometerse siendo sujeto de engaño el sistema informático. Si se observan las normas de autoprotección, hay estafa porque el engañado es el dependiente²² y si no se cumplen aquellas reglas, la conducta es atípica, entre otras razones porque el sistema informático sólo puede detectar engaños relativos a la tarjeta pero no sobre la identidad de la persona que la utiliza, por lo que el engaño no cabría.²³

b) Supuestos de utilización de tarjeta falsa

Tampoco se pueden considerar delitos de apropiación aquéllos en los que la tarjeta utilizada es una falsificación de una real o es el soporte de una relación crediticia ficticia. Como en los usos de tarjetas reales, el tercero que entrega voluntariamente un objeto o presta un servi-

cio no realiza una transferencia sin consentimiento, por lo que las apropiaciones quedan igualmente descartadas.

En cambio, sí se ha producido una manipulación informática. No obstante, la única manipulación informática típica es la que produce transferencia no consentida de activos patrimoniales. Dicha transferencia es diferente de la disposición patrimonial, por lo que, la adquisición de productos o el pago de servicios no puede ser considerada una transferencia de activos.

Sólo es posible, pues, aplicar el tipo básico de la estafa, de nuevo mediante el engaño del dependiente, quien dispone del patrimonio por la apariencia de autenticidad de la tarjeta y por la autorización de la transacción por parte del sistema informático.

3.2.3. Uso de tarjetas por Internet

Entre las diferentes posibilidades de uso comercial de Internet, el pago mediante tarjeta de crédito o de débito ha sido el mecanismo válido más extendido de perfeccionamiento de las compraventas y demás negocios jurídicos cerrados a través de la red. Sin embargo, en los últimos años, el desarrollo de la banca en línea ha sumado nuevas opciones de negocio a través de la posibilidad de realizar operaciones bancarias de forma directa desde la red.

De este modo, se aporta una sustancial novedad respecto de la utilización tradicional de las mismas. No existe el terminal de punto de venta, y el tercero intermediario entre el cliente y la entidad financiera no tiene contacto directo con el cliente ni puede visualizar la tarjeta bancaria.

a) Supuestos de utilización de tarjeta real

Si la tarjeta es real, en este caso la numeración y la firma electrónica o la clave, la comunicación con el engañado

es más fútil que en los supuestos anteriores. Aquí no existe un control inmediato del sujeto que manipula el terminal de venta que pueda comprobar el DNI y la firma en el talón de cargo. La autorización y el control la realiza de forma directa el sistema informático y la comprobación de la persona física es posterior y más limitada que la anterior, aunque hay que reconocer que a pesar del prurito de inseguridad que se atribuye a este modo de contratación, lo cierto es que al retrasarse la disponibilidad del objeto o servicio contratado por Internet, las posibilidades de control se amplían más que en la venta directa.

También aquí los tribunales vienen optando por la aplicación del tipo básico de la estafa tradicional del art. 248.1 del Código penal, entendiendo que el sujeto engañado es el mismo, la persona que realiza la disposición del objeto o servicio tras comprobar las autorizaciones del sistema informático (STS 8 de julio de 2002).

b) Supuestos de utilización de tarjeta falsa

Si la numeración de la tarjeta es falsa, de nuevo nos encontramos con una conducta del artículo 248.2 CP, siendo válido lo anteriormente afirmado para el supuesto de tarjeta real. En todo caso, aunque éste sea más un problema procesal de prueba, es preciso destacar que los tribunales tienden a considerar responsable de la estafa a través de Internet al beneficiario del objeto o servicio cuando no se puede identificar al sujeto que en efecto realiza operaciones a través de los denominados cibercafés. Aunque ello sea así en ocasiones, no lo es menos que buena parte de las conductas delictivas de esta naturaleza, sobre todo las realizadas con tarjetas falsas, son efectuadas por grupos organizados que luego venden productos o servicios a bajo coste a usuarios de Internet o a otra clase de colectivos que los adquieren con conductas que serán mayoritariamente de receptación, pero no de estafa, ni siquiera como cooperadores necesarios, puesto

que su intervención será en muchas ocasiones post-delictiva. Esto no representa en absoluto espacios de impunidad, sino una adecuada caracterización de las conductas

con arreglo a las reglas generales de la autoría y la participación (SAP Sevilla de 28 de marzo de 2005).

Cita recomendada

RUIZ, Luis Ramón (2006). «Uso ilícito y falsificación de tarjetas bancarias» [artículo en línea]. *IDP. Revista de Internet, Derecho y Política*. N.º 3. UOC. [Fecha de consulta: dd/mm/aa].

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

ISSN 1699-8154



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

Luis Ramón Ruiz

ramon.ruiz@uca.es

Profesor titular de Derecho penal en la Universidad de Cádiz. Director de la Sección de Cádiz del Instituto Andaluz Interuniversitario de Criminología. Profesor de Política criminal de IAIC.

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

Co-director I, II, III y IV Título de Experto en Dirección de Seguridad, homologado por el Ministerio de Interior. Universidad de Cádiz.