

# Del dinero de plástico al dinero intangible

## Interpretación penal de las tarjetas de pago con especial consideración de la Directiva (UE) 2019/713

**Mariana Solari Merlo**

*Universidad de Cádiz*

---

SOLARI MERLO, MARIANA. Del dinero de plástico al dinero intangible. Interpretación penal de las tarjetas de pago con especial consideración de la Directiva (UE) 2019/713. *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*. 2021, núm. 23-21, pp. 1-51.  
<http://criminet.ugr.es/recpc/23/recpc23-21.pdf>

**RESUMEN:** La interpretación de tipos penales que contienen elementos tecnológicos presenta considerables cotas de dificultad para los operadores jurídicos e, incluso, para el propio legislador. En el ámbito de las tarjetas bancarias e instrumentos de pagos similares, esta situación se hace patente al analizar las constantes reformas legislativas –con los correspondientes vaivenes interpretativos– que no hacen sino reinterpretar una y otra vez su conceptualización y valoración en el reproche penal. Pese a que la última reforma sustancial en la materia es del año 2010, aún no existe un criterio claro a la hora de interpretar algunas conductas delictivas que emplean estos instrumentos. La Directiva (UE) 2019/713 actualiza el panorama punitivo en materia de medios de pago distintos al efectivo. España, con meses de retraso, ha elaborado recientemente el Anteproyecto con el que se propone dar cumplimiento a dicha norma. En este sentido, se hace necesario analizar las conductas actualmente tipificadas en nuestra legislación para determinar la necesidad de reforma del Código penal y, de modo especial, la adecuación de la propuesta realizada con las exigencias europeas y con nuestros principios limitadores de la coerción estatal.

**PALABRAS CLAVE:** tarjetas bancarias; falsificación de tarjetas; estafa informática; estafas impropias; Directiva (UE) 2019/713.

**TITLE:** From plastic money to intangible money. Criminal legal interpretation of payment cards with special consideration of Directive (EU) 2019/713

**ABSTRACT:** The interpretation of criminal offenses that contain technological elements presents considerable levels of difficulty for legal operators and even for the legislator himself. In the field of bank cards and similar payment instruments, this situation becomes clear when analyzing the constant legislative reforms - with the corresponding interpretative fluctuations - that do nothing but reinterpret their conceptualization and assessment in criminal reproach over and over again. Despite the fact that the last relevant reform on the matter dates from 2010, there is still no clear criterion when it comes to interpreting some criminal behaviors that use these instruments. Directive (EU) 2019/713 updates the punitive panorama regarding means of payment other than cash. Spain, with months of delay, has recently prepared the Draft Project with which it intends to comply with this rule. In this sense, it is necessary to analyze the behaviors currently punished in our legislation to determine the need to reform the Penal Code and, especially, the adequacy of the proposal made with European requirements and with our limiting principles of state coercion.

**KEYWORDS:** bank cards; card counterfeiting; computer fraud; improper fraud; Directive (EU) 2019/713.

Fecha de recepción: 15 mayo 2021

Fecha de publicación en RECPC: 29 diciembre 2021

Contacto: [mariana.solari@gm.uca.es](mailto:mariana.solari@gm.uca.es)

*SUMARIO: 1. Evolución de las tarjetas bancarias. 2. Conceptualización y funciones de las tarjetas de pago. 3. Castigo penal antes de 1995. 4. Castigo penal a partir de 1995. 4.1. Falsificación de tarjetas. 4.1.1. Reforma de la LO 15/2003, de 25 de noviembre. 4.1.2. Reforma de la LO 5/2010, de 22 de junio. 4.2. Estafas. 4.2.1. Estafa propia o tradicional: art. 248.1 CP. 4.2.2. Estafa mediante tarjeta: art. 248.2.c) CP. 4.2.3. Estafa informática: art. 248.2.a) CP. 4.3. Utilización fraudulenta de tarjetas en cajeros automáticos. 4.4. El castigo autónomo de los actos preparatorios y de colaboración. 5. La Directiva (UE) 2019/713 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 17 de abril de 2019, sobre la lucha contra el fraude y la falsificación de medios de pago distintos del efectivo. 5.1. El Anteproyecto de reforma del Código penal y las exigencias de la Directiva (UE) 2019/713. 6. Conclusiones críticas. Bibliografía.*

---

## 1. Evolución de las tarjetas bancarias

Parece incuestionable la relevancia que en la actualidad tiene el fenómeno de las tarjetas bancarias. Desde su creación hace medio siglo, su rápido crecimiento obedece a las comodidades y ventajas que ofrece a sus usuarios quienes, guiándose siempre por la obtención de la máxima utilidad al menor coste, adoptarán aquellas tecnologías que les faciliten la vida. El desarrollo de este nuevo mercado y el consiguiente espacio de oportunidad criminal generado, ha despertado desde temprano el interés de los Estados con controlar el sector, aunque no siempre han sido capaces de comprender ni, por ende, regular adecuadamente.

Así, si bien el origen de las tarjetas de crédito suele situarse a finales del siglo XIX<sup>1</sup>, su desarrollo fundamental tendrá lugar en los Estados Unidos a mediados del siglo siguiente<sup>2</sup>. A partir de la década de los sesenta, este novedoso método de pago se vería inmerso en un crecimiento imparable, hasta el punto de que el propio Bank of América declaraba 1968 como el “año de la tarjeta de crédito”<sup>3</sup>, haciéndose eco de la rápida evolución vivida en tan corto período de tiempo<sup>4</sup>. Desde entonces, la utilización de tarjetas bancarias como medio de pago se ha generalizado hasta alcanzar en la actualidad una enorme relevancia en el conjunto de la actividad económica<sup>5</sup>.

Estas primeras tarjetas, no obstante, no tendrán una vocación de universalidad, como ocurre en la actualidad, sino que estarán asociadas al pago a crédito en determinados establecimientos; grandes almacenes, agencias de viajes y sociedades petrolíferas fueron sus creadoras y principales impulsoras. A comienzos de los sesenta, los bancos incorporarán la emisión de tarjetas como un servicio adicional a ofrecer a sus clientes, contribuyendo así a su expansión definitiva<sup>6</sup>.

Pocos años más tarde estas tarjetas comenzaron a circular por Europa multiplicándose

<sup>1</sup> PÉREZ-SERRABONA/FERNÁNDEZ, 1987, pp. 11 y ss.

<sup>2</sup> En contra de esta opinión generalizada, Simón sitúa su origen en Francia, Inglaterra y Alemania. SIMÓN, 1988, pp. 43 y ss.

<sup>3</sup> PÉREZ-SERRABONA/FERNÁNDEZ, 1987, p. 13.

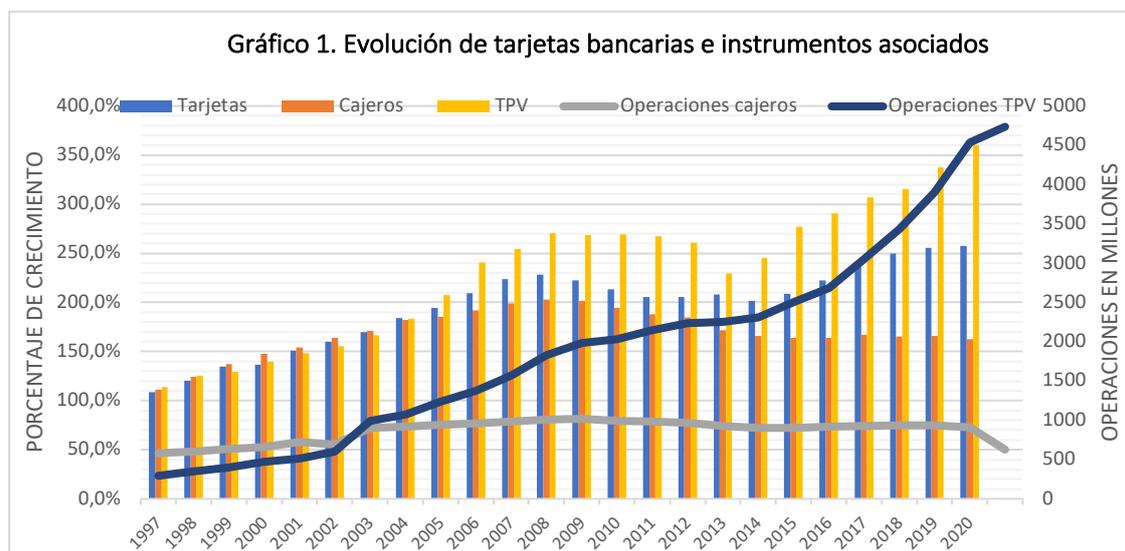
<sup>4</sup> Sobre las causas fundamentales del *boom* exponencial que supuso su crecimiento, cfr. SÁNCHEZ DEL VALLE, 1974, pp. 43 y ss.

<sup>5</sup> RUIZ RODRÍGUEZ, 2006, p. 2.

<sup>6</sup> BARUTEL MANAUT, 1997, pp. 47-48.

las entidades oferentes y las prestaciones asociadas a cada una de ellas. A comienzos de los setenta, las entidades bancarias españolas emiten sus propios títulos<sup>7</sup>. El Banco Español de Crédito, junto con el Banco Central, Banco Hispanoamericano y Banco Santander emiten la tarjeta *4B* en 1973; y el Banco de Vizcaya y el de Bilbao desarrollarían enseguida la tarjeta *Visa*. Las entidades menores fueron adoptando y aceptando estos sistemas de pago también, a la par que el mundo empresarial –igual que ocurrió en su ámbito originario- emitiría sus propias tarjetas de crédito: grandes almacenes –como *El Corte Inglés* o *Galerías Preciados*- e importantes cadenas hoteleras, como el *Club Meliá*, impulsaron a nivel nacional el uso de las tarjetas distribuyendo y fomentando su consumo a través de las diferentes sucursales situadas en todo el territorio<sup>8</sup>.

Las ventajas asociadas a estos instrumentos de pago supusieron una rápida aceptación por parte de los clientes. Como se refleja en el siguiente gráfico 1, en torno a la década transcurrida desde 1996 hasta 2005, las tarjetas en circulación y los terminales de punto de venta (TPV) duplicaron sus cifras, del mismo modo que lo hizo el número de cajeros en 2008. En general, puede observarse un crecimiento continuo y acusado hasta el año 2008; a partir de entonces, los efectos de la crisis económica y financiera que comenzaba a atravesar España se vieron directamente reflejados en el consumo y, por ende, en los instrumentos de pago<sup>9</sup>.



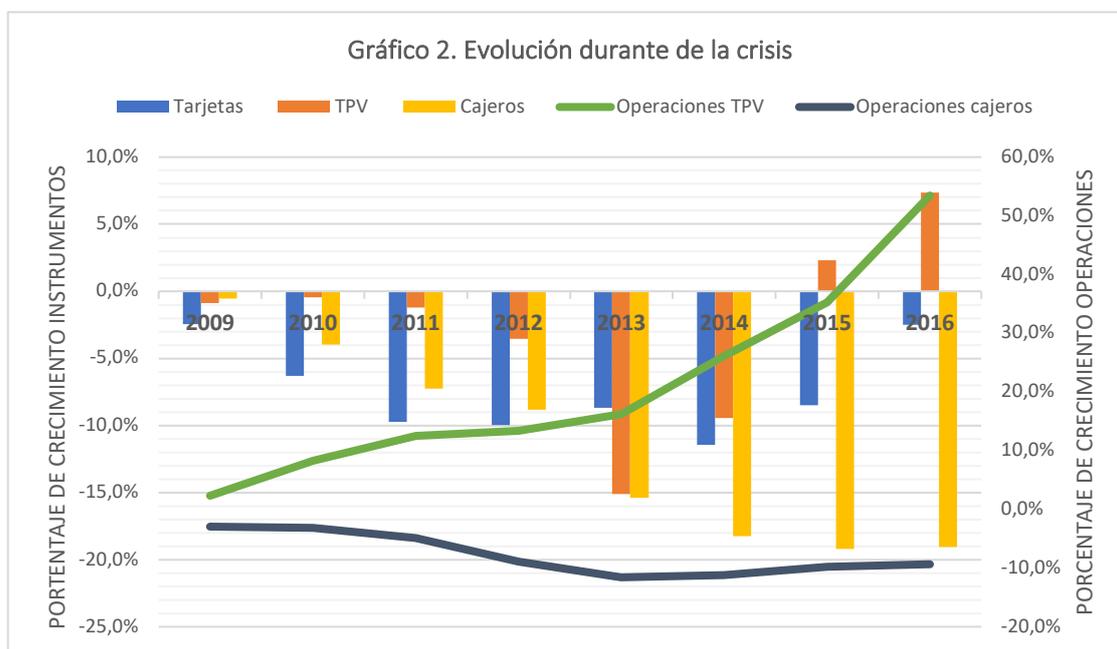
Elaboración propia en base a la información publicada por el Departamento de Sistemas de Pago. División de Vigilancia y Supervisión de Pagos del Banco de España, años 2019 y 2020. Accesible en [https://www.bde.es/bde/es/areas/sispago/Documentos\\_de\\_trabajo.html](https://www.bde.es/bde/es/areas/sispago/Documentos_de_trabajo.html) [Fecha de consulta: 11/05/2021]

<sup>7</sup> Señala Barutel que la primera tarjeta bancaria completamente española fue la *Tarjeta 6000*, creada por la Confederación Española de Cajas de Ahorro (CECA) en 1972 y actuando al poco tiempo como una tarjeta de débito independiente del talonario. En BARUTEL MANAUT, 1997, p. 48.

<sup>8</sup> Según señalan Pérez Serrabona González, J. L. y Fernández Fernández, L. M., en 1979 las tarjetas 6.000, 4B, Master Cahargue y Visa ascendían a 200.000 unidades en cada caso, el Corte Inglés contaba con 1.300.000, Galerías Preciados con 1.200.000 y Avis –destinada al alquiler de vehículos- 15.000 unidades. En PÉREZ-SERRABONA/FERNÁNDEZ, 1987, p. 15.

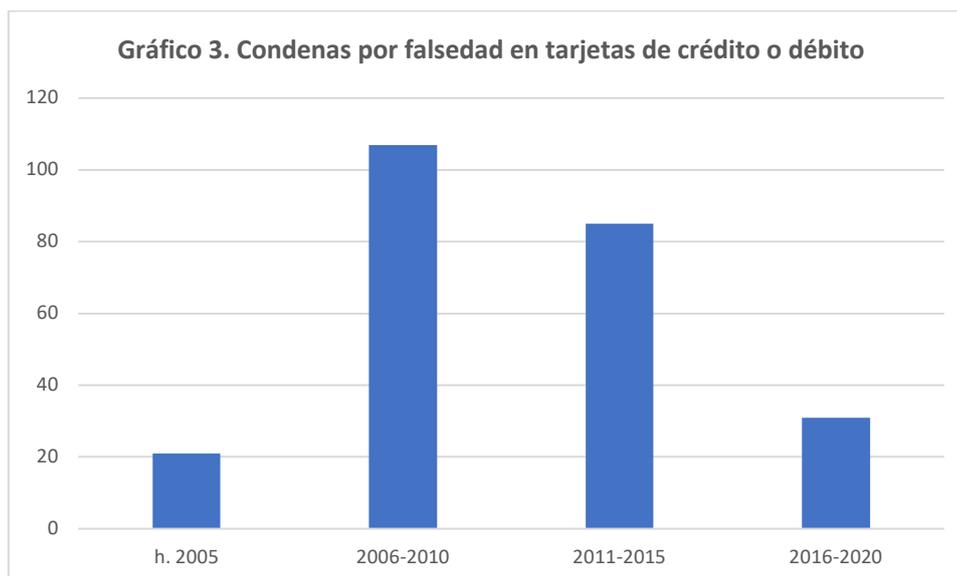
<sup>9</sup> Para un análisis en profundidad sobre los factores determinantes del uso de tarjetas de pago en España, véase BERNAL JURADO/PARRAS ROSA, 2003, pp. 171-189.

Durante la crisis, todos los instrumentos guardan similar tendencia de crecimiento a excepción de las operaciones realizadas en TPV que no se vieron afectadas por el brusco descenso experimentado por los anteriores. A un ritmo más pausado, las transacciones continuarían hasta el final de la crisis donde, nuevamente, comienza a acelerarse su crecimiento. El gráfico n. 2 muestra al detalle esta evolución para el período comprendido entre 2008 y 2016.



*Elaboración propia en base a la información publicada por el Departamento de Sistemas de Pago. División de Vigilancia y Supervisión de Pagos del Banco de España, años 2019 y 2020. Accesible en [https://www.bde.es/bde/es/areas/sispago/Documentos\\_de\\_trabajo.html](https://www.bde.es/bde/es/areas/sispago/Documentos_de_trabajo.html) [Fecha de consulta: 11/05/2021]*

El surgimiento de esta nueva dimensión en las relaciones económicas y comerciales de la población traerá aparejada también la aparición de nuevas formas de criminalidad que buscará obtener lucro adaptando sus conductas a las posibilidades que los instrumentos ofrecen. Conforme la utilización de las tarjetas se hace extensiva y sus características se diversifican, las posibilidades delictivas se multiplican dado que, por un lado, se dispone de mayores víctimas potenciales y, por otro, se diversifican los modos de comisión. Entre estas, destaca especialmente las actividades de alteración o falsificación de estos instrumentos.



*Elaboración propia en base al análisis jurisprudencial llevado a cabo. Se contabilizan sentencias de la Audiencia Nacional y Audiencias Provinciales con fallos condenatorios para los delitos de falsificación de tarjeta, en su modalidad de falsificación de moneda (con anterioridad a la reforma de la LO 5/2010) y falsificación de tarjetas de crédito y débito (art. 399 bis CP)*

Esto se refleja en la evolución que han tenido los casos en los tribunales españoles. Como puede verse en el gráfico 3, el número de condenas que giran en torno a la falsificación y uso fraudulento de una tarjeta bancaria durante los primeros años fue prácticamente insignificante, es a partir del año 2006 cuando su cifra se incrementa de modo considerable, llegando a su máximo histórico en el período comprendido entre 2006-2010. Aún con cifras elevadas, se observa un ligero descenso en el período de 2011-2015, que continúa con mayor intensidad entre 2016-2020.

En este sentido, se requiere un análisis de esta materia dada la complejidad que ha presentado la interpretación de conductas ilícitas realizadas mediante las tarjetas bancarias y, de modo especial, considerando la nueva Directiva (UE) 2019/713 que, junto a las tarjetas, viene a extender la protección penal a diversos instrumentos de pago distintos al efectivo. Clarificar la correcta valoración jurídico penal de estos elementos puede contribuir a interpretar de modo adecuado los nuevos instrumentos que vendrán, dada la constante evolución tecnológica. No obstante, antes de proceder a dicha exposición y a efectos de una mayor comprensión de la problemática surgida entonces, conviene analizar los aspectos fundamentales, esto es, su significado en el ámbito jurídico y sus funcionalidades.

## 2. Conceptualización y funciones de las tarjetas de pago

La amplia proliferación de modalidades de tarjetas y servicios asociados a cada una de ellas existente en la actualidad dificulta en gran medida esbozar un único concepto que recoja las diferentes características que presentan las tarjetas de pago.

Obviando los elementos accesorios, se puede entender que todas comparte un elemento común subyacente a los servicios extras asociados que es la finalidad última de las tarjetas de identificar a su emisor y a quien está autorizado al uso<sup>10</sup>. En este sentido, las tarjetas vienen a acreditar una relación preexistente, un contrato celebrado entre su titular y la entidad emisora<sup>11</sup> -no necesariamente un banco- que les confiere un valor meramente probatorio<sup>12</sup>.

No son pocos los autores que incorporan en la caracterización la descripción física del documento, asociándolo indefectiblemente a lo tangible. Es pacíficamente aceptado<sup>13</sup> que la tarjeta, en tanto documento plástico, incorpora información relativa al número de identificación personal (NIP) en su banda magnética o chip. Asimismo, las tarjetas *contactless*, esto es, que operan por proximidad, identifican el nombre del titular, su emisor o gestor (o ambos), firma, fecha de caducidad, entre otros.

En el mismo sentido, destaca Bernal Jurado<sup>14</sup> que, de un modo genérico, las principales características de las tarjetas de pago utilizadas en el comercio minorista son, en primer lugar, el elemento físico que las soporta; en segundo lugar, el hecho de que su emisión no está únicamente limitada a entidades financieras –muchas tarjetas pueden ser emitidas por grandes almacenes, compañías petrolíferas, etc.-; y, finalmente, la capacidad de identificar tanto al emisor como al titular a efectos de posibilitar la transacción financiera.

Parecería oportuno, sin embargo, dejar los aspectos físicos a un lado ya que el carácter material, tangible, de las tarjetas de pago no es la característica que las hace susceptibles de protección sino la función que están llamadas a cumplir. De hecho en la actualidad existen numerosas tarjetas virtuales que operan en el comercio *online* y, cada vez con mayor frecuencia, en el comercio físico, con prestaciones similares a las del mercado tradicional<sup>15</sup>; dispensarles una protección distinta en base a este aspecto accesorio no parece justificado.

Las restantes características mencionadas, en cambio, si bien no tienen un carácter esencial son relevantes y deben ser tenidas en cuenta a la hora de analizar qué tarjetas merecen protección penal, en qué medida ha de propiciarse y cuáles son las conductas que realmente vulneran su razón de ser, como se verá más adelante al exponer las diferentes modalidades delictivas.

De un modo más específico, es de destacar que la función más evidente que estos

<sup>10</sup> BERNAL JURADO, 2001, p. 51.

<sup>11</sup> JIMÉNEZ SÁNCHEZ/DÍAZ MORENO, 2020, §111, s/p; MORENO NAVARRETE, 2002 pp.122 y ss.; y GÓMEZ SÁNCHEZ, 2006, p. 2.

<sup>12</sup> MARÍO GOFFAN, 2000, p. 12.

<sup>13</sup> Entre otros, VICENTE CHULIÁ, 1986, p. 967; GETE-ALONSO/CALERA, 1997, p. 11; y BELTRÁN SÁNCHEZ et al., 2011, p. 273.

<sup>14</sup> BERNAL JURADO, 2001, p. 52.

<sup>15</sup> En el mismo sentido, señala Sánchez Tomás que las características físicas “si bien condicionan la delimitación de las conductas típicas, tampoco son las determinantes para su tratamiento penal diferenciado, toda vez que existe una multiplicidad de documentos tanto públicos como mercantiles que las comparten”, SÁNCHEZ TOMÁS, 2011, p. 1522.

instrumentos están llamados a cumplir es la de servir como medio de pago permitiendo la adquisición de bienes y servicios sin tener que efectuar desembolsos en efectivo<sup>16</sup>. Destaca acertadamente Barutel<sup>17</sup> que la tarjeta, no obstante, no nació para sustituir al dinero metálico sino a determinados títulos valores como las letras de cambio; su verdadera consideración como instrumento de pago vendrá con la aparición de las tarjetas de débito<sup>18</sup>.

Otras funciones que cumplen las tarjetas de pago son las de *garantía* –dado que el establecimiento que acepta el pago mediante tarjeta se halla ante un nuevo deudor-, de *crédito* –asociado a determinadas tarjetas que permiten la adquisición de productos sin disponer de fondos en el banco-, y de *retirada de efectivo* –función que están llamadas a cumplir prácticamente todas las tarjetas de pago tradicionales<sup>19</sup>.

En este sentido, de introducir la protección penal de estos instrumentos por considerarlos esenciales en el comercio y funcionamiento de la economía, se deberá atender a sus características y funciones esenciales y castigar únicamente aquellas conductas que realmente supongan una alteración o perturbación en su funcionamiento, evitando así la vulneración del principio de exclusiva protección de bienes jurídicos, de intervención mínima y de proporcionalidad. Como a continuación se expondrá, resulta cuanto menos dudoso que el legislador penal haya tenido esto en cuenta o, teniéndolo, haya realizado una valoración adecuada.

### 3. Castigo penal antes de 1995

El Código penal de 1973 carecía de referencias expresas de conductas delictivas que implicaran tarjetas bancarias, por lo que los tribunales acudían a los instrumentos existentes en el sistema, encajando estas nuevas formas comisivas en los delitos clásicos de estafa, falsedades y hurto, entre otros.

Así, la STS 8 mayo 1985 (ECLI:ES:TS:1985:1021), siguiendo la jurisprudencia al respecto [STS 19 abril 1976 (ECLI:ES:TS:1976:815); STS 22 noviembre 1976 (ECLI:ES:TS:1976:1539); STS 22 mayo 1979 (ECLI:ES:TS:1979:4019); STS 21 junio 1979 (ECLI:ES:TS:1979:3939); y STS 25 junio 1984 (ECLI:ES:TS:1984:658), entre otras], califica la utilización fraudulenta de tarjetas como un delito de abuso de tarjetas de crédito, entendiéndolo como una variedad del delito de estafa. La STS 16 julio 1987 (ECLI:ES:TS:1987:11650), en un caso de sustracción y posterior utilización de tarjeta ajena, otorgaba la consideración de documento mercantil y tipificaba

<sup>16</sup> Señalan Gete-Alonso y Calera, M. del C. que esta es su función más auténtica, la que provocó su creación y sintetiza las restantes funciones que puedan atribuírsele. GETE-ALONSO/CALERA, 1997, p. 11.

<sup>17</sup> BARUTEL MANAUT, 1997, p. 144.

<sup>18</sup> BERNAL JURADO, 2001, p. 52.

<sup>19</sup> En el mismo sentido, señalaba al STS 15 de marzo de 1994 (ECLI:ES:TS:1994:9600) que “como medio de pago, de crédito o de garantía, la tarjeta se ha impuesto no sólo por la facilidad que su uso representa sino también por la cobertura y por la protección que legal, judicial y socialmente se ha ido otorgando a la misma. Múltiples son los efectos, las consideraciones y los aspectos que su estudio propicia”.

el acto como un delito de estafa. En el mismo sentido, las STS 3 diciembre 1991 (ECLI:ES:TS:1991:6793) y STS 15 marzo 1994 (ECLI:ES:TS:1994:1765), recurren a la falsedad en documento mercantil poniendo esta última de manifiesto la problemática que entonces suponía para los tribunales la falta de regulación normativa; se afirma en su Fundamento primero que:

“La tarjeta de crédito se ha constituido en un documento esencial para el desenvolvimiento de las relaciones económicas y mercantiles de toda índole... La tarjeta de crédito es desde luego un documento mercantil, sin una efectiva regulación legal que la proteja y considere, sometida por ello a las normas, muchas veces discutibles, establecidas por las distintas entidades que las emiten. Su utilización indebida o abusiva no ha recibido en el ordenamiento jurídico y penal un tratamiento específico, tal se acaba de señalar, aunque la jurisprudencia se ha venido ocupando, cada vez más, del supuesto en el que las mismas se usan como medio de pago de cosas o servicios en establecimientos públicos, concertados al efecto con la entidad emisora, siempre en el contexto de los delitos de falsedad y estafa. También cuando de sacar dinero de la propia cuenta se trata, ya mediante los servicios prestados por los empleados de las correspondientes oficinas bancarias, ya mediante la utilización de los denominados cajeros automáticos, en estos casos alrededor de los delitos de robo con intimidación o robo con fuerza en las cosas en los que, prioritariamente, suscitasen distintas controversias en orden a la naturaleza de la tarjeta de crédito como llave, cuando no respecto de la tipicidad atinente a esas conductas generales por quienes las poseen y emplean irregularmente”

El Alto Tribunal destaca la relevancia adquirida por el uso extensivo de las tarjetas de crédito en las relaciones comerciales y se plantea, a su vez, las posibilidades delictivas de su utilización fraudulenta.

La entrada en vigor del nuevo Código penal, como se verá a continuación, va a suponer un posicionamiento por parte del legislador sobre el significado y la trascendencia penal que supone el uso delictivo de las tarjetas bancarias.

## 4. Castigo penal a partir de 1995

### 4.1. *Falsificación de tarjetas*

Con la entrada en vigor del Código penal de 1995 el legislador va a zanjar la hasta entonces oscilante jurisprudencia relativa a las conductas falsarias con tarjetas de pago tipificando expresamente esta modalidad como una forma de falsificación de moneda. El artículo 387 establecía que “*a los efectos del artículo anterior... se considerarán moneda las tarjetas de crédito, las de débito y los cheques de viaje...*”. Se anticipaba así el legislador a las exigencias internacionales de sanción penal de conductas relativas a fraudes informáticos, como a continuación se verá.

Ahora bien, esta redacción, lejos de aportar una solución pacífica o, cuanto menos,

clarificadora, plantea nuevas controversias a las que, una vez más, la jurisprudencia y la doctrina tratarán de poner fin<sup>20</sup>.

En primer lugar, resulta cuestionable la propia equiparación de las tarjetas a la moneda de curso legal para todos los supuestos descritos en el art. 386 CP sin tener en cuenta que los comportamientos delictivos desarrollados en relación a sendos objetos materiales presentan una fenomenología diferente. De este modo, las conductas incriminadas en el art. 386 CP están adaptadas a la realidad delictiva en relación con la moneda de curso legal falsa, pero no se acomodan tan bien a las actuaciones criminales que se proyectan sobre tarjetas o cheques de viaje<sup>21</sup>. Asimismo, la falta de precisión en la redacción supuso que fuesen los tribunales los responsables de determinar qué conductas eran subsumibles bajo el concepto de falsificación de tarjeta, es decir, si se limitaba a la confección de una tarjeta nueva, de una relación crediticia falsa, o se incluía la duplicidad de la tarjeta lícita basada en una relación de crédito real y legal<sup>22</sup>.

Si bien mayoritariamente la alteración de una tarjeta se interpreta como un delito de falsedad de moneda, existen excepciones como la STS 11 julio 2001 (ECLI:ES:TS:2001:6043) donde se analiza un caso en el que se modifica la información contenida en la banda magnética de una tarjeta de crédito, introduciendo los datos del titular de otra tarjeta. En este supuesto, entiende el Alto Tribunal que el supuesto debe ser calificado de falsedad documental “ya que ha existido alteración de un documento en sus elementos esenciales sin que pueda olvidarse que por documento hay que entender, conforme al artículo 26 del Código Penal, todo soporte material que exprese o incorpore datos, hechos o narraciones con eficacia probatoria o cualquier otro tipo de relevancia jurídica, características que concurren en las tarjetas de crédito”. Se acoge a un concepto restringido de fabricación de moneda falsa limitado exclusivamente a la creación de una nueva relación crediticia, no a la alteración de una preexistente como sería el caso que nos ocupa.

Esta incipiente línea jurisprudencial, no obstante, llegará a su fin con el Acuerdo Plenario de 28 de junio del 2002 del Tribunal Supremo que señala que la incorporación de datos obtenidos fraudulentamente a la banda magnética de uno de estos instrumentos de pago constituye un proceso de fabricación o elaboración que debe ser incardinado en el art. 386 del Código penal. Se afirma también que en estos supuestos no es posible imponer la pena de multa prescrita en el delito puesto que no es posible determinar el valor aparente de lo falsificado e insta al gobierno a reformar dicho precepto para contemplar de modo independiente esta modalidad delictiva a efectos de establecer penas más adecuadas, en consonancia con la Decisión Marco 2001/413/JAI del Consejo, de 28 de mayo de 2001, sobre la lucha contra el fraude y

<sup>20</sup> Una síntesis de la problemática en MORÓN LERMA, 2016, p. 1238.

<sup>21</sup> BRANDARIZ GARCÍA, 2010a, pp. 377-378.

<sup>22</sup> RUIZ RODRÍGUEZ, 2006, p. 5.

la falsificación de medios de pago distintos del efectivo (en adelante, DM 2001/413/JAI).

A partir de entonces, los tribunales han apreciado un delito de falsificación de moneda aplicando una relación concursal con los usos fraudulentos posteriores que se realicen con ese instrumento de pago [STS 8 julio 2002 (ECLI:ES:TS:2002:5063), STS 26 septiembre 2002 (ECLI:ES:TS:2002:6195), y SAN 17 julio 2006 (ECLI:ES:AN:2006:5432), entre otras]<sup>23</sup>. Los supuestos de alteración del chip electrónico que contienen algunas tarjetas también quedarán incardinados en este precepto.

La doctrina se ha mostrado crítica con esta interpretación entendiendo que en modo alguno este supuesto puede entrar en el concepto de “fabricación”<sup>24</sup>. Apunta Ruiz Rodríguez<sup>25</sup> 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 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”. Es decir, se trata de títulos de carácter mercantil que no son emitidos en régimen de monopolio por el Estado, como la moneda, sino por entidades privadas<sup>26</sup> por lo que resulta desproporcionado asignarles la misma pena –y conviene recordar que se trata de una elevadísima pena de ocho a doce años de prisión- a conductas que no presentan el mismo nivel de ofensividad<sup>27</sup>.

En el mismo sentido, Rodríguez Ramos y Rodríguez de Miguel<sup>28</sup> desautorizan uno a uno los argumentos de la citada STS 8 julio 2002 (ECLI:ES:TS:2002:5063) que se hace eco del Acuerdo del Pleno no jurisdiccional del 28 de junio del mismo año. Se posicionan los autores en contra de la consideración de falsificación de la sustitución de datos de la banda magnética de la tarjeta puesto que incurre en una interpretación extensiva *in malam partem* del término “fabricar”, proscrita por el art. 4.1 CP. Tales supuestos, se señala, deberán ser calificados como falsedad documental y penados conforme al art. 392 CP en relación con el art. 390.1.1.º CP.

<sup>23</sup> SUÁREZ-MIRA RODRÍGUEZ, 2018, p. 360. Sobre la relevancia de las consecuencias procesales de esta doctrina, PULIDO QUECEDO, 2003, p. 14; VILLACAMPA ESTIARTE, 2008, pp. 3 y ss.; y MATA y MARTÍN/JAVATO MARTIN, 2009, pp. 37-53.

<sup>24</sup> Por todos, QUINTERO OLIVARES, 2006, p. 85. En contra, uno de los pocos autores que defiende la doctrina del Acuerdo, JAÉN VALLEJO, 2002, *passim*.

<sup>25</sup> RUIZ RODRÍGUEZ, 2006, p. 5.

<sup>26</sup> FARALDO CABANA, 2009, *s/p*.

<sup>27</sup> BRANDARIZ GARCÍA, 2010b, p. 391. En el mismo sentido, QUERALT JIMÉNEZ, 2010, p. 714, y QUERALT JIMÉNEZ, 2015, p. 758; QUINTERO OLIVARES, 2010, pp. 325 y ss.; MUÑOZ CONDE, 2019, p. 393; y, del mismo autor, 2021, pp. 714-715.

<sup>28</sup> RODRÍGUEZ RAMOS/RODRÍGUEZ DE MIGUEL, 2003, pp. 268 y ss.

El legislador penal, no conforme con estas interpretaciones, decide intervenir haciendo suya la doctrina del citado Acuerdo no plenario. En la reforma operada por la LO 15/2003, de 25 de noviembre, se modifican los artículos 386 y 387 ampliando considerablemente el tipo delictivo al equiparar –en el primer caso- la alteración, exportación y transporte a la fabricación, e incluir en el art. 387 CP como objeto material del delito, junto a las tarjetas de crédito y débito, “*las demás tarjetas que puedan utilizarse como medio de pago*”. Así, el legislador pretende zanjar las distintas corrientes interpretativas existentes, dando a su vez cumplimiento a las obligaciones internacionales asumidas por España.

#### 4.1.1. *Reforma de la LO 15/2003, de 25 de noviembre*

En el año 2003 el legislador ampliará el tipo delictivo los supuestos de falsedad de tarjeta de crédito, añadiendo nuevas acciones típicas –exportación y transporte, equiparadas penológicamente a la alteración- y ampliando el objeto del delito mediante la cláusula abierta de “*las demás tarjetas que puedan usarse como medio de pago*”.

Cabe mencionar que esta reforma se encuentra, en parte, motivada por los compromisos internacionales asumidos por España. Así, el Convenio del Consejo de Europa sobre la ciberdelincuencia, de 23 de noviembre de 2001, cuyo art. 7 bajo la rúbrica “Falsificación informática”, dispone 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 introducción, alteración, borrado o supresión dolosa y sin autorización de datos informáticos, generando datos no auténticos, con la intención de que sean percibidos o utilizados a efectos legales como auténticos, con independencia de que sean directamente legibles e inteligibles. Las Partes podrán reservarse el derecho a exigir la concurrencia de un ánimo fraudulento o de cualquier otro ánimo similar para que nazca responsabilidad penal”.

En el ámbito europeo<sup>29</sup>, se presiona cada vez más a los Estados para que incrementen las medidas de protección del euro. Ya a finales del siglo pasado la Recomendación n. 18, letra d), del Plan de acción para luchar contra la delincuencia organizada, aprobado por el Consejo Europeo de Ámsterdam de 16 y 17 de junio de 1997<sup>30</sup>, así como el punto 46 del Plan de acción del Consejo y de la Comisión sobre la mejor manera de aplicar las disposiciones del Tratado de Ámsterdam relativas a la creación de un espacio de libertad, seguridad y justicia, aprobado por el Consejo Europeo de Viena de 11 y 12 de diciembre de 1998<sup>31</sup>, abogaban por actuar en este sentido.

<sup>29</sup> Para un análisis en profundidad de la evolución legislativa europea, DE LA MATA BARRANCO, 2015, pp. 179-189.

<sup>30</sup> Establece que “debería abordarse el problema del fraude y la falsificación en relación con todos los instrumentos de pago, incluidos los electrónicos”, propuesta que se reitera en la orientación política núm. 15, contenida en el mismo texto.

<sup>31</sup> De acuerdo con el cual, “deberán adoptarse las siguientes medidas en un plazo de dos años a partir de la entrada en vigor del Tratado: a) (...) Entre los candidatos principales para este análisis podrían incluirse, en la medida en que estén relacionados con la delincuencia organizada, el terrorismo y el tráfico de drogas, delitos

Asimismo, la DM 2001/413/JAI<sup>32</sup> se ocupa de los delitos relacionados con instrumentos de pago materiales en su art. 2 estableciendo que “cada Estado miembro deberá adoptar las medidas necesarias para garantizar que las siguientes conductas sean delitos penales cuando se produzcan de forma deliberada, al menos con respecto a tarjetas de crédito, tarjetas eurocheque, otras tarjetas emitidas por entidades financieras, cheques de viaje, eurocheques, otros cheques y letras de cambio: (...) b) falsificación o manipulación de instrumentos de pago, para su utilización fraudulenta”.

En este sentido incide también el Reglamento (CE) n° 1338/2001 del Consejo de 28 de junio de 2001 por el que se definen las medidas necesarias para la protección del euro contra la falsificación considerando como tal “todas las acciones fraudulentas de fabricación o alteración de billetes o monedas de euros, sea cual fuere el medio utilizado para producir el resultado” (art. 1.2.a).

El primer aspecto a destacar de la reforma es que el legislador, en un intento de evitar lagunas de punibilidad, emplea una cláusula abierta que pretende dar cobertura a realidades venideras que podrían resultar lesivas para el bien jurídico añadiéndose al art. 387, junto a las tarjetas de crédito, las de débito y los cheques de viaje, *las demás tarjetas que puedan utilizarse como medio de pago*. Si bien es cierto que puntualmente se ha planteado la posibilidad de castigar las conductas falsarias cuando recayeran sobre tarjetas que, sin ser de crédito o débito, puedan utilizarse como medios de pago, parece a todas luces desaconsejable la amplitud del tipo dado que de esta forma se produce una equiparación entre conductas que sí afectarían al sistema de pagos, nacional o internacional, con otras que permanecerán exclusivamente en el ámbito privado.

Como bien señala Castro Moreno, al no establecerse quiénes deben ser las entidades emisoras de las tarjetas, existían dudas ante la posible inclusión de las tarjetas de pago emitidas por los Centros Comerciales –normalmente fabricadas por la Fábrica Nacional de Moneda y Timbre y garantizadas por financieras. Entiende el autor que, en principio, no cabría discriminación en este sentido, deben ser consideradas monedas de curso legal. Ocurre que entonces se plantea el mismo problema en relación a otros medios de pago privados, como pueden ser las tarjetas de compra de *El Corte Inglés* o la moneda interna de dicho Centro Comercial, puesto que ambas comparten las características esenciales con las anteriores: tienen un origen privado y su validez

tales como el tráfico de seres humanos y la explotación sexual de los niños, delitos en materia de tráfico de drogas, corrupción, fraude informático, delitos cometidos por terroristas, delitos cometidos contra el medio ambiente, delitos cometidos por medio de Internet y blanqueo de dinero vinculado a esas distintas formas de delincuencia. Debe tenerse en cuenta el trabajo que se realiza en paralelo en organizaciones internacionales como el Consejo de Europa. b) Estudiar la posibilidad de aproximar, en caso necesario, las legislaciones nacionales en materia de falsificación (protección del euro) y de fraude y de falsificación de medios de pago distintos del pago en efectivo”.

<sup>32</sup> Esta Decisión Marco se sustituye en 2019 por la Directiva (UE) 2019/713 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 17 de abril de 2019, sobre la lucha contra el fraude y la falsificación de medios de pago distintos del efectivo y por la que se sustituye la Decisión Marco 2001/413/JAI del Consejo.

se produce dentro de dicho Centro. La cuestión que subyace es señalada por el autor al preguntarse “¿por qué quien falsifica y paga con tarjeta de compra debe tener pena muy superior a quien realiza idéntica conducta tratándose de la moneda interna? ¿Qué pasa con las tarjetas-regalo o con los cheques-regalo de El Corte Inglés? ¿Podría decirse que sí son moneda las tarjetas-regalo, pero no los cheques-regalo, ya que el art. 387 del CP sólo alude a las tarjetas, a pesar de que su origen, validez y hasta su funcionamiento sean prácticamente idénticos?”<sup>33</sup>.

Puesto que todos los medios de pago han de tener el mismo tratamiento, se debe decidir si se consideran o no moneda legal. En caso de hacerlo, habría que otorgar esta categoría también a otros documentos de pago como pueden ser las fichas de casinos o las tarjetas de pago utilizadas en hoteles y cruceros e incluso los cupones-descuento, tarjetas telefónicas de pre-pago o los vales que algunas empresas otorgan a sus empleados. Acertadamente señala el autor que la amplitud del tipo resultaría a todas luces excesiva, siendo conveniente conservar únicamente la protección de las tarjetas de crédito y débito en el ámbito de la falsificación de moneda<sup>34</sup>.

No obstante, como se ha mencionado, esta no fue la opción seguida por el legislador que, al abrir la protección a las *demás tarjetas de pago*, originó también importantes problemas interpretativos y de proporcionalidad dada la equiparación penológica de conductas con una muy diferente lesividad.

En este sentido, parte de la doctrina<sup>35</sup> considera aplicable la definición de “instrumentos de pago” contenida en la DM 2001/413/JAI según la cual se entiende por tal “todo instrumento material, exceptuada la moneda de curso legal (es decir los billetes de banco y las monedas metálicas), que por su naturaleza específica permita, por sí solo o junto con otro instrumento (de pago), al titular o usuario transferir dinero o un valor monetario —como, por ejemplo, tarjetas de crédito, tarjetas eurocheque, otras tarjetas emitidas por entidades financieras, cheques de viaje, eurocheques, otros cheques o letras de cambio— que esté protegido contra las imitaciones o la utilización fraudulenta, por ejemplo, a través del diseño, un código o una firma” (art. 1.a). Ciñéndose a la finalidad de servir como instrumento de pago, se le exige un único requisito que sería la materialidad del objeto, algo absurdo que convierte un elemento accesorio en el punto de partida de la tipificación.

Pero incluso excluyendo aquellas tarjetas que carezcan de soporte material, sigue siendo necesario acotar el ámbito de aplicación del delito dada la proliferación de tarjetas de pago existentes en la actualidad.

Así, según la citada DM 2001/413/JAI, quedarían incluidos las tarjetas de prepago y los monederos electrónicos pero no las tarjetas virtuales o cibertarjetas concedidas

<sup>33</sup> CASTRO MORENO, 2002, pp. 554-557.

<sup>34</sup> Con esta exclusión entiende Borja Jiménez que se interpretan los elementos típicos en la regulación actual. BORJA JIMÉNEZ, 2019, p. 662. En el mismo sentido, GÓMEZ RIVERO, 2019, p. 420, quien añade que la falsificación de otros elementos será punible, en su caso, conforme a las falsedades mercantiles.

<sup>35</sup> Ver FARALDO CABANA, 2009, s/p.

por las entidades financieras para transacciones por internet y que se componen de una numeración, un código PIN y una fecha de caducidad. Aunque estas tarjetas se basan también en el prepago –el titular realiza una carga en el cajero automático, por internet o en la sucursal de la entidad emisora- carecen del soporte físico que, al igual que el art. 26 CP, se requiere en la normativa europea.

Tanto las tarjetas monedero electrónico como las denominadas tarjetas inteligentes (*smart cards*)<sup>36</sup> o tarjetas chip cuentan con el requerido soporte material, por lo que sí son equiparables a la moneda de curso legal. Estas últimas suponen una digitalización de las tarjetas monedero tradicionales ya que sustituyen o añaden a la banda magnética uno o más microcomputadores con microcontrol<sup>37</sup>, lo que otorga una mayor seguridad permitiendo a su vez almacenar una cantidad de dinero, no muy elevada, para realizar pagos posteriores aportando rapidez, sencillez y anonimato a la relación comercial.

Se plantea también la cuestión de las tarjetas de prepago destinadas a una función específica como pueden ser las tarjetas telefónicas prepagadas. Apunta Aránguez Sánchez<sup>38</sup> que no pueden ser entendidas como medios de pago ya que este se ha realizado con anterioridad, sirviendo la tarjeta únicamente como título de legitimación para la entrega del bien o la prestación del servicio; su falsificación daría lugar a una falsedad en documento mercantil<sup>39</sup>.

Finalmente, es de destacar que con esta nueva regulación podrían quedar equiparadas a la moneda legal las tarjetas de compra que otorgan los establecimientos comerciales, como se señalaba anteriormente. Señala Faraldo Cabana<sup>40</sup> que su funcionamiento es similar al de las tarjetas de crédito o débito, ya que permiten realizar una compra con la postergación del pago hasta el período de facturación, esto es, conceden un crédito, por lo que deberían ser consideradas como un instrumento de pago a efectos del art. 387 CP.

Por otra parte, cabe destacar que con la reforma se produce también una ampliación de las conductas típicas. Ya no es necesario recurrir a una forzada interpretación del verbo “fabricar” para que pueda incluir la alteración de moneda ya que el legislador la introduce expresamente en el art. 386 CP. Asimismo, junto a la importación,

<sup>36</sup> Sobre la evolución y las diferentes modalidades de *smart cards*, RANKL/EFFING, 2003, *passim*.

<sup>37</sup> BARUTEL MANAUT, 1997, p. 123.

<sup>38</sup> ARÁNGUEZ SÁNCHEZ, 2000, pp. 40 y ss.

<sup>39</sup> Con argumentos diferentes llegaba a la misma conclusión la Fiscalía General del Estado en la Consulta 3/2001, de 10 de mayo, en relación a las tarjetas de prepago de la compañía Telefónica. Su alteración, considera la Fiscalía, podría constituir un delito de falsedad documental, pese a que cierta jurisprudencia no lo entendía así. En el mismo sentido, SAP M 3 octubre 2000 (ECLI:ES:APM:2000:13243); SAP M 22 diciembre 2000 (ECLI:ES:APM:2000:17823); SAP M 24 noviembre 2000 (ECLI:ES:APM:2000:16257); SAP M 24 enero 2001 (ECLI:ES:APM:2001:938), entre otras. FARALDO CABANA, 2009, s/p, por su parte, entiende que se trata de un delito contra la propiedad industrial y que la utilización de estas tarjetas podría dar lugar a un delito de defraudación de telecomunicaciones ya que el uso de una tarjeta falsificada constituye un medio clandestino empleado para realizar una defraudación que perjudica al suministrador del servicio que es, a la postre, la finalidad principal de quien comete el delito

<sup>40</sup> *Ibidem*.

se castiga ahora también la exportación y el transporte de moneda en connivencia con el falsificador, dando así cumplimiento a la normativa internacional expuesta anteriormente. Ahora bien, en ningún caso se exigía la equiparación de la moneda en vigor con los distintos instrumentos de pago sino que fue una decisión puramente interna del legislador nacional que a lo largo de los años, conforme se fueron ampliando los supuestos típicos y fundamentalmente el concepto de tarjeta, ha ido suponiendo la aplicación de penas desproporcionadas en relación al nivel de ofensividad que presentaban estas conductas.

Con respecto a la tenencia de moneda falsa para su expedición o distribución, castigada en el apartado segundo del art. 386 CP con una pena inferior en uno o dos grados, los tribunales venían castigando alternativamente por un delito de falsedad de moneda –al aplicarle la equiparación prevista en el art. 387 CP- o un concurso medial entre un delito de falsedad documental y un delito de estafa –ante una mera tenencia, la estafa solía aplicarse en grado de tentativa. Del mismo modo, antes de la reforma de la LO 5/2010 se aplicaba tentativa de estafa cuando, con conocimiento de su falsedad, se utilizaba una tarjeta falsificada en un comercio sin conseguir la adquisición de productos, tal y como recuerda la STS 9 marzo 2017 (ECLI:ES:TS:2017:847).

El Acuerdo Plenario de 18 de febrero de 2004 del Tribunal Supremo viene a aclarar la interpretación que deben tener dichas conductas y la consiguiente atribución competencial que nace entonces. Así, se afirma que la tenencia de tarjetas de crédito equiparada a efectos de los arts. 386 y 387 CP es aquella que tiene la finalidad de una expedición o distribución posterior; la mera tenencia de tarjetas falsificadas sin comprobarse dicha finalidad deberá quedar subsumida en el delito de falsedad en documento mercantil y, en su caso, de estafa<sup>41</sup>. En este sentido, la primera conducta será juzgada por la Audiencia Nacional –art. 65 de la LOPJ- y las restantes por los tribunales ordinarios.

No será hasta el año 2010 cuando el legislador acabe, en cierto modo, con el castigo desproporcionado de estas conductas. Mediante la LO 5/2010, de 22 de junio, se modifica el art. 387 CP extrayendo del mismo toda referencia a instrumentos de pago distintos de la moneda metálica o en papel. Dentro de las falsedades documentales se crea una sección cuarta donde se recogen los delitos de falsificación de tarjetas de crédito y débito y cheques de viaje, con lo que se crea una situación muy similar a la existente con anterioridad a la entrada en vigor del Código penal de 1995. La pena que reciben estos delitos, si bien continúa siendo bastante elevada, se ha

<sup>41</sup> Distinto es el caso en que los datos de la tarjeta intervenida coincidan con el del poseedor. Existe una consolidada línea jurisprudencial que califica dichos supuestos como fabricación, al entender que la conducta del poseedor fue esencial para la comisión del delito por tener que proporcionar sus datos a quien falsificara el instrumento de pago. En este sentido, se trata de una colaboración necesaria. Cfr., entre otras, STS 11 marzo 2016 (ECLI:ES:TS:2016:1174), STS 4 noviembre 2016 (ECLI:ES:TS:2016:4773), y SAP M 28 junio 2018 (ECLI:ES:APM:2018:10724).

rebajado pasando a ser de cuatro a ocho años de prisión –anteriormente, la pena era de ocho a doce años de prisión.

#### 4.1.2. *Reforma de la LO 5/2010, de 22 de junio*

La reforma de 2010 introducirá una novedosa Sección 4ª relativa a la falsificación de tarjetas de crédito, débito y cheques de viaje que contiene un único artículo, 399bis, donde se recogen las diversas conductas relativas –o relacionadas- con la falsificación de estos instrumentos. Es de destacar, en primer lugar, que se realiza en este precepto una enumeración taxativa que impide castigar la falsificación de otros instrumentos de pago distintos a las tarjetas de crédito y débito y cheques de viajes, como las tarjetas prepago y otras aludidas anteriormente. Las actividades ilícitas que tengan por objeto estas tarjetas quedarán comprendidas dentro de los delitos de falsedad en documento mercantil<sup>42</sup>.

Como se ha comentado anteriormente, la exclusión de los *demás medios de pago* cuya falsificación insta a castigar la DM 2001/413/JAI no supone una vulneración toda vez que no se requiere que haya una única pena para las distintas modalidades delictivas<sup>43</sup>.

Bien es cierto que hubiera sido conveniente caracterizar a las tarjetas por sus funciones en lugar de citar de un modo excluyente a las de crédito y débito. Una vez más, es de destacar que el objeto de protección es el sistema de pagos por lo que se deben castigar las conductas que incidan sobre tarjetas que tengan un alcance general –y no limitado a un establecimiento en concreto- y cumplan función de pago y/o retirada de efectivo<sup>44</sup>.

Dejando a un lado la tenencia y uso, castigados también en este artículo, el precepto recoge las falsificaciones castigadas antes como moneda de curso legal; ahora, cuando se dan sobre tarjetas de crédito o débito, la conducta introducida es la clonación –denominada *skimming*- que, según el ATS 21 febrero 2019 (ECLI:ES:TS:2019:2819A) se caracteriza por la “la manipulación de los datos de las pistas de la banda magnética de la tarjeta genuina una vez ha sido copiada, alterando los datos concernientes al nombre del titular para finalmente grabarlos a una tarjeta emitida originalmente por una entidad bancaria que coincida con el nombre de la persona que va a pasar la tarjeta”. Durante cierto tiempo, como se verá más adelante, se cuestionó su posible solapamiento con el delito de estafa mediante manipulación informática o artificio semejante, esforzándose la doctrina en distinguir ambas modalidades y destacar que la ausencia de transferencia de activos las aleja de aquéllas.

<sup>42</sup> Entre otros, BRANDARIZ GARCÍA, 2010b, p. 393; y JAVATO MARTIN, 2013, p. 19.

<sup>43</sup> Sobre la adecuación de la regulación española a la normativa europea, véase ECHANO BASALDUA/GIL NOBAJAS, 2014, pp. 83 y ss.

<sup>44</sup> De un modo similar Lloria pone el acento en las funciones que estos instrumentos están llamados a cumplir, entendiéndolo que deberían quedar incluidos en este art. 399 bis todo documento mercantil que cumpla las mismas funciones que las tarjetas de crédito o débito. En LLORIA GARCÍA, 2012, p. 440.

En el mismo sentido, la STS 19 noviembre 2014 (ECLI:ES:TS:2014:4982)<sup>45</sup>, precisa que “la falsificación de tarjetas de crédito mediante lo que la propia sentencia de instancia denomina *skimming*, conoce muchas formas de ejecución. Todas ellas tienen en común la incorporación de la banda magnética que identifica la legitimidad e integridad de una tarjeta de crédito, a otro soporte distinto del original y que permite su utilización subrepticia para la extracción de dinero o, en su caso, para el pago del precio de objetos adquiridos en establecimiento público”; en el caso de estudio se seguía un *modus operandi* tradicional ya que “la copia de la información alojada en la tarjeta original, así como del número que identificaba a su titular, se realizaba mediante la creación de un teclado idéntico -llamado luego a ser desmontado- a aquel que tenía instalado la entidad bancaria en la máquina que hacía posible la extracción de dinero. Todo estaba, por tanto, concebido para que, una vez puesto en marcha el mecanismo de clonado y obtenida la información que habilita el uso de la tarjeta, los acusados pudieran realizar cuantas extracciones dinerarias tuvieran por conveniente”<sup>46</sup>. Del mismo modo, se profundiza sobre las distintas modalidades existentes en STS 29 octubre 2017 (ECLI:ES:TS:2019:3326).

Es de destacar, como señala Javato<sup>47</sup>, que si bien la clonación suele ser la modalidad más frecuente, el artículo 399 bis CP castiga junto a la copia, la alteración, reproducción o falsificación de cualquier modo de las tarjetas. Este último supuesto constituye una apertura del tipo<sup>48</sup> que, no obstante, entiende el autor debe interpretarse como fabricación *ex novo* del medio de pago, sin que en ningún caso haya existido con anterioridad<sup>49</sup>.

#### 4.2. Estafas

Si bien constituye un delito autónomo, se ha de considerar que las falsificaciones suelen ser el paso previo para la utilización fraudulenta de los objetos falsificados, obteniendo con los mismos cualquier tipo de beneficio.

En el caso de las tarjetas de crédito y débito falsificadas, uno de los destinos más frecuentes es comisión de estafas, ya sea física o virtualmente. El panorama de estos

<sup>45</sup> Más recientemente, SAP VA 23 enero 2020 (ECLI:ES:APVA:2020:108), SAP GU 11 septiembre 2019 (ECLI:ES:APGU:2019:323) y SAP 15 marzo 2018 (ECLI:ES:APLO:2018:131).

<sup>46</sup> Junto con este método de clonación donde se opera en cajeros automáticos, el otro sistema más habitual es el que se realiza en comercios al pasar la tarjeta por un datófono o terminal alterado. Sobre los métodos más habituales de clonación de tarjetas, véase JAVATO MARTIN, 2013, p. 20, y AZCONA ALBARRÁN, 2012, § VI, s/p.

<sup>47</sup> JAVATO MARTIN, 2013. Queralt, en cambio, entiende que estamos ante dos conductas típicas: la clonación, que recogería la copia, alteración y reproducción, y la creación *ex novo*, citada en la “*falsificación de cualquier modo*”. QUERALT JIMÉNEZ, 2015, p. 767.

<sup>48</sup> MORÓN LERMA/RODRÍGUEZ PUERTA, 2010, p. 331 y ss.

<sup>49</sup> FERNÁNDEZ PANTOJA, 2011, pp. 489 y ss.; y MORILLAS CUEVA, 2015, pp. 1071 y ss.

delitos, no obstante, presenta una relativa complejidad dada multiplicidad de conductas y figuras dispares que, como apunta la doctrina<sup>50</sup>, si no fuera porque el legislador introduce al inicio de cada numeral una referencia a su inclusión dentro del tipo, nada haría sospechar que forman parte del mismo concepto de estafa.

Antes de exponer las diferentes modalidades existentes, cabe destacar que la reforma operada por la LO 5/2010, de 22 de junio, ha llevado a cabo una importante modificación en este ámbito. Nos encontramos ahora con una clara distinción entre el delito tradicional de estafa recogido en el art. 248.1 CP, por un lado, y diferentes ilícitos cuya comisión, anuncia legislador en el numeral segundo, “*también se considerarán (...) estafa*”. Pero la reordenación de estas conductas no es la única novedad, se introduce una nueva modalidad de estafa *impropia* en el apartado c) del art. 248.2 CP tipificando las operaciones fraudulentas que se realicen con las tarjetas de crédito o débito, o con los cheques de viaje, o los datos obrantes en cualquiera de ellos. No es que antes estas conductas fuesen impunes sino que, como se verá a continuación, tanto la doctrina como la jurisprudencia se han visto forzados a realizar enormes esfuerzos a lo largo de estos años tratando de encajar nuevas conductas en tipos penales pensados para una realidad distinta.

#### 4.2.1. *Estafa propia o tradicional: art. 248.1 CP*

El tipo penal del art. 248.1 CP recoge la denominada estafa tradicional o propia, esto es, aquélla en la que un sujeto, movido por el ánimo de lucro y mediante un engaño, induce a error a otra persona llevándola a realizar una disposición patrimonial que le causa un perjuicio propio o a un tercero<sup>51</sup>. Ninguna referencia a elementos tecnológicos existe en este precepto. Sin embargo, tanto la doctrina como la jurisprudencia, han ido entendiendo que las conductas relacionadas con el uso fraudulento en un comercio de una tarjeta de crédito o débito, sea ésta real o ficticia, podían ser englobadas en este tipo<sup>52</sup>.

Se descarta la calificación de estafa informática (art. 248.2 CP) a la que en principio se podría acudir porque, como se verá, las conductas no encajan en la redacción de los tipos. Pese a que su exposición tendrá lugar más adelante, cabe apuntar aquí algunas notas típicas de este delito para poder entender el problema suscitado entonces.

Comete estafa informática quien, con ánimo de lucro, se valga de alguna manipulación informática o artificio semejante para conseguir una transferencia no consentida de cualquier activo patrimonial en perjuicio de otro. Como se ve, dos son las notas que la diferencian de la estafa tradicional. En primer lugar, la sustitución del engaño por el uso de una manipulación informática o artificio semejante –se entiende

<sup>50</sup> QUERALT JIMÉNEZ, 2010, p. 501.

<sup>51</sup> MUÑOZ CONDE, 2019, p. 393.

<sup>52</sup> ROMÁN PUERTA, 1986, pp. 97-107.

así que el hecho de llevar a cabo estas conductas está orientado a producir engaño y, en segundo lugar, que ya no se exige que el tercero lleve a cabo una disposición patrimonial sino que se produzca una transferencia no consentida de cualquier activo patrimonial, algo distinto y más acotado, como bien destaca el Alto Tribunal en sentencias como las STS 12 febrero 2020 (ECLI:ES:TS:2020:332), STS 23 julio 2019 (ECLI:ES:TS:2019:2606), STS 26 octubre 2018 (ECLI:ES:TS:2018:3666), y STS 12 junio 2007 (ECLI:ES:TS:2007:3935), entre otras.

Luego la utilización de una tarjeta ajena pero real (*carding*) en un comercio no puede considerarse estafa informática ya que, ni se está realizando una transferencia de activos patrimoniales, ni existe manipulación informática por ningún sitio. Pese a esto, existen sentencias –sobre todo antiguas– como la de la SAP GC (Secc.º 2) 19 octubre 1998 (rollo 1/1997, sin ECLI) que considera que “en cuanto al delito continuado de falsedad en concurso con otro de igual clase de estafa, producido con las sucesivas compras y gastos efectuados por la procesada, simulando la firma de la perjudicada doña Natividad F. y así engañar a los comercios en los que aparentaba ser dicha persona para de ese modo presentarse como legítima tenedora de la tarjeta y titular de la cuenta corriente en la que se efectuaban los cargos correspondientes a las compras cuyas mercancías sí recibía pero cuya contraprestación no se producía al no estar autorizadas dichas compras por su verdadera titular (...) esta clase de estafas en las que se asegura la operación mediante una «firma electrónica» coincidente con la clave identificativa que figura en la banda magnética de las tarjetas, se apartan de la clase tradicional de estafas ya que el engaño se sofisticaba, haciéndose de este modo con un activo patrimonial a través de una transferencia no consentida, que es lo que tipifica el nuevo art. 248.2 del Código Penal”. Obviando el tema del concurso con el delito de falsedad, que se verá más adelante, la Audiencia, tras una escueta e incorrecta argumentación, condena a la acusada por un delito de estafa informática.

En cualquier caso, este no es el parecer mayoritario de la jurisprudencia. Está bastante generalizada la consideración de esta conducta como constitutiva de un delito de estafa (tradicional), haciendo depender su punición del cumplimiento por parte de la víctima de las normas de autoprotección<sup>53</sup>. Esto se justifica en que, como se ha expuesto, uno de los elementos constitutivos de la estafa es el engaño y cuando al comerciante le consta que la persona que intenta realizar el pago no es la titular de la tarjeta, no hay engaño apreciable<sup>54</sup>.

<sup>53</sup> Entre otros, ORTS BERENGUER/ROIG TORRES, 2005, pp. 87-128; y MATA y MARTÍN, 2007, pp. 319-365. En la jurisprudencia, cfr. SAP de León (Sección 3ª) Sentencia núm. 58/2021 de 12 febrero (ECLI:ES:APLE:2021:188) donde se condena al acusado por no incumplir la víctima su deber de autoprotección. En el mismo sentido, STS 15 junio 2012 (ECLI:ES:TS:2012:4613)

<sup>54</sup> Distinto es el caso de la utilización abusiva de la propia tarjeta, ya sea porque se sobrepasa el límite permitido, o porque la tarjeta está cancelada o caducada. En estos supuestos, la doctrina tiende a negar la consideración de estafa de las citadas conductas. Entre otros, BACIGALUPO ZAPATER, 1983, pp. 998 y 1004; ROMEO CASABONA, 1986, pp. 109-130; NÚÑEZ CASTAÑO, 1998, pp. 320 y ss.; GONZÁLEZ

La conducta denominada *skimming*, similar a la anterior pero en este caso la tarjeta ha sido previamente manipulada alterando los datos contenidos en la banda magnética, podría presentar más dudas respecto a su calificación como estafa informática. De hecho, la sentencia antes mencionada así lo entiende. Sin embargo, como apunta Ruiz Rodríguez<sup>55</sup>, si bien existe manipulación informática, no hay transferencia de activos ya que no se puede considerar de este modo la adquisición de bienes o servicios. Con distintos argumentos llega a la misma conclusión Faraldo Cabana que entiende que en este caso 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<sup>56</sup>.

La utilización de una tarjeta fraudulentamente da lugar, además de a un delito de estafa, a una falsedad, como se ha comentado. En el caso de que lo que se utilice sea una tarjeta auténtica, el autor del delito necesariamente deberá autenticarse ante el comerciante, como mínimo, falsificando la firma del titular<sup>57</sup>, por lo que los tribunales aplican habitualmente un delito de falsedad en documento mercantil en concurso medial con un delito de estafa<sup>58</sup>.

Se aplica en este caso el mismo principio victimológico dogmático que en el caso anterior. Así, si al comerciante le consta que quien firma no es el titular de la tarjeta, la jurisprudencia considera que tampoco existe falsedad en documento mercantil<sup>59</sup>. Para que la falsedad sea penalmente relevante, además de la concurrencia de los elementos típicos, es necesario el requisito de la antijuridicidad material, consistente en que la falsedad tenga aptitud para lesionar o poner en peligro el bien jurídico protegido por el delito, cual es la fe pública o confianza que la sociedad deposita en el valor probatorio de los documentos. Cuando la mendacidad llevada a cabo en el documento no resulte idónea para quebrantar la confianza depositada en su contenido, no produciéndose, en consecuencia, una lesión o puesta en peligro del bien jurídico protegido, dicha mendacidad carece de relevancia penal

No obstante, como afirma Quintero Olivares, la aplicación de un concurso medial supone valorar dos veces la idoneidad del documento falso para inducir a error a la otra persona, una en la falsedad y otra en la estafa. Propone acertadamente el autor introducir

RUS, 2005, p. 519; y MUÑOZ CONDE, 2008, p. 408.

<sup>55</sup> RUIZ RODRÍGUEZ, 2006, p. 11.

<sup>56</sup> FARALDO CABANA, 2009, s/p.

<sup>57</sup> Si además se presenta un documento oficial falso, como un DNI o pasaporte, dará lugar a otras figuras delictivas. Aunque escapa a nuestro objeto de trabajo, la realidad de las tarjetas de pago actuales no requiere la firma, siquiera la autenticación para su uso.

<sup>58</sup> Cfr. *supra*.

<sup>59</sup> Entre otras, STS 12 junio 2012 (ECLI:ES:TS:2012:3999) y SAP GI 15 abril 2013 (ECLI:ES:APGI:2013:1374).

una regla concursal para castigar solamente la estafa cuando el medio utilizado para el engaño sea una falsedad en documento mercantil o en documento privado<sup>60</sup>.

Si lo utilizado para llevar a cabo la estafa fuera, en cambio, una tarjeta falsificada –y puesto que el legislador consideraba las tarjetas de crédito, débito y demás instrumentos de pago como equivalentes a la moneda metálica o en papel de curso legal (redacción anterior del art. 387 CP)<sup>61</sup>- el concurso sería esta vez entre un delito de falsificación de moneda con uno de estafa.

La reforma de 2010, como se ha anticipado, introduce una modalidad específica de estafa cuando ésta se comete mediante una tarjeta de crédito o débito, o cheques de viaje, o los datos obrantes en cualquiera de ellos (art. 248.2.c CP) que viene a arrojar algo luz a este panorama confuso (y forzado) a nivel interpretativo.

#### 4.2.2. Estafa mediante tarjeta: art. 248.2.c) CP

La estafa impropia mediante tarjetas recogida en apartado c) del art. 248.2 CP completa el panorama de estos delitos tras la reforma operada por la LO 5/2010 que introdujo entre las mismas la cometida utilizando tarjetas de crédito o débito, o cheques de viaje, o los datos obrantes en cualquiera de ellos. Pese a las duras críticas recibidas por algún sector doctrinal<sup>62</sup>, los cuestionamientos sobre su necesidad y de lo desacertado de su técnica legislativa, las numerosas y dispares interpretaciones que estas conductas han tenido sí parecían requerir una intervención legislativa a efectos de dotar las figuras de mayor seguridad jurídica. Así, todas las conductas descritas anteriormente en relación a las tarjetas bancarias, algunas consideradas estafa tradicional, otras estafa informática, se castigarán ahora conforme a este precepto.

Cabe destacar que el precepto contiene una enumeración taxativa de medios a través de los que se puede cometer la estafa –tarjetas de crédito, débito o cheques de viaje- que supone la atipicidad de conductas que se valgan de otros instrumentos de eficacia similar. Esta problemática, presente ya con anterioridad a la reforma, no se ha visto resuelta.

En este sentido, se discute si la falsificación de títulos de transporte multiviaje empleados en el transporte público urbano constituye delito estafa siempre que sirvan para engañar al vigilante. Los tribunales y la fiscalía admiten la estafa incluso cuando el resultado de la manipulación es grosero, incapaz de inducir a engaño en caso de inspección ocular del documento, pero al introducirlo en la máquina canceladora da lugar al mismo sonido de aceptación que los títulos de transporte legítimos<sup>63</sup>. Esto,

<sup>60</sup> QUINTERO OLIVARES, 2006, p. 86.

<sup>61</sup> Como se analizó en el epígrafe correspondiente a las falsedades, esta situación ha cambiado con la LO 5/2010, de 22 de junio.

<sup>62</sup> Queralt Jiménez afirma que la introducción “de la novela de 2010” no hacía falta ya que no había ninguna laguna de punibilidad en relación a estas conductas. En QUERALT JIMÉNEZ, 2010, p. 501. En el mismo sentido se manifiesta en QUERALT JIMÉNEZ, 2015, p. 535.

<sup>63</sup> FARALDO CABANA, 2009, s/p.

según la Fiscalía General del Estado, “estimula en quienes realizan funciones de vigilancia la errónea representación de estar utilizando una tarjeta válida, por lo que confluyen los elementos del engaño y el error que exige el tipo de la estafa, a los que se añaden el acto de disposición patrimonial, consistente en la conducta omisiva del vigilante que tolera el acceso, y el consiguiente perjuicio, consistente en el disfrute de un servicio por parte de quien no lo ha pagado”<sup>64</sup>. En el mismo sentido lo entiende la Audiencia Provincial de Barcelona<sup>65</sup> si bien matiza que “cabe admitir que el mecanismo de producción del error sea mediante la manipulación de una máquina (...) deberá exigirse que el sujeto pasivo sobre el que se proyecta el error permanezca junto a la máquina que sirve a sus funciones de control, pues en otro caso el error no tendría destinatario inmediato al no poderlo ser la máquina por carecer (...) «de aptitud intelectual para discernir y ser capaz de formarse un conocimiento erróneo»”. Es decir, la punición de esta conducta depende de la presencia de un empleado de la entidad encargado de controlar el acceso ya que es el único modo en que el engaño puede tener cabida. En estos casos, afirma Faraldo Cabana<sup>66</sup>, la conducta no se ha de catalogar de modo distinto a la de quien, aun sin utilización de títulos manipulados ni artificio alguno, logra saltar el mecanismo de control y acceder al medio de transporte sin pagar el correspondiente billete, conducta ésta sancionable con un recargo extraordinario por el servicio utilizado o que se pretendía utilizar.

Por otra parte, es cuestionable que exista el otro elemento típico de la estafa, cual es el desplazamiento patrimonial. Un sector de la jurisprudencia<sup>67</sup> entiende que éste puede consistir en la pérdida que supone para la empresa prestar un servicio remunerable sin recibir la contraprestación económica correspondiente, constituida por el precio del viaje, y el consiguiente ahorro del viajero. La otra corriente jurisprudencial, con un criterio más acertado, entiende que en el caso de que el viajero sea sorprendido sin billete, con el abono de otra persona o manipulado, habiendo ilícitos administrativos suficientemente disuasivos, no concurren otros elementos que exige el ilícito de estafa, cual es la presencia de un engaño precedente, bastante y determinante del desplazamiento patrimonial respecto de la compañía de transporte prestataria en cualquier caso del servicio público indebidamente utilizado por el viajero que impaga el billete<sup>68</sup>.

No obstante, como se ha anticipado, la conducta que más debates ha originado ha

<sup>64</sup> Consulta 3/2001, de 10 de mayo, de la Fiscalía General del Estado, 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, citando la Consulta 4/1993, específicamente dedicada a la calificación jurídico-penal de las manipulaciones fraudulentas de las tarjetas multiviaje en los transportes públicos urbanos.

<sup>65</sup> SAP B (Secc. 10ª) 19 mayo 1994 (sin ECLI).

<sup>66</sup> FARALDO CABANA, 2009, s/p.

<sup>67</sup> Entre otras, SAP V 20 marzo 2002 (ECLI:ES:APV:2002:1539), SAP V 20 noviembre 2002 (ECLI:ES:APV:2002:6485) y SAP M 30 enero 2012 (ECLI:ES:APM:2012:129).

<sup>68</sup> Acordado en la Junta de Unificación de Criterios de los Magistrados de las Secciones Penales de la Audiencia Provincial de Madrid celebrada el 26 de mayo de 2006 y aplicada, entre otras, la SAP M 16 marzo 2007 (ECLI:ES:APM:2007:18050).

sido la utilización de una tarjeta de crédito o débito en un cajero automático por lo que es necesario realizar un recorrido por la evolución que han sufrido las interpretaciones relacionadas con la misma, tal y como se realizará más adelante.

#### 4.2.3. *Estafa informática: art. 248.2.a) CP*

La introducción de este delito en el Código penal tiene lugar en 1995, con la aprobación del texto que rige actualmente, si bien ha sufrido algunas reformas menores. Como se ha comentado, la creación de este delito era necesaria a efectos de cubrir las lagunas producidas por la generalización de la informática y, con ésta, de las inadecuadas manipulaciones de los programas, bienes o servicios. Como afirma Queralt Jiménez, dado que las máquinas no son susceptibles de engaño, quien conseguía obtener algo de una máquina, sin la contraprestación establecida que para obtener el bien se exigía por su titular, no cometía una estafa; lo que se producía era, en todo caso, un hurto o un robo con fuerza en las cosas<sup>69</sup>. Sin embargo, como se verá, tampoco estaba tan claro otorgar esta calificación a determinadas conductas.

Se han señalado anteriormente las notas que caracterizan a la estafa informática<sup>70</sup>, conviene ahora detenernos un poco más en su análisis a efectos de desentrañar el significado de los conceptos empleados por el legislador, no siempre de la claridad deseada, y las concretas conductas en las que esos se traducen.

Así, establece el art. 248.2.a) CP que el modo específico de comisión deberá realizarse “*valiéndose de alguna manipulación informática o artificio semejante*”. Mucho se ha criticado en la doctrina el empleo de estos términos sumamente inadecuados por su inexactitud y poco respetuosos con las exigencias de taxatividad que se derivan del principio de legalidad.

En relación a la acción típica, el verbo “*manipular*”, según la tercera acepción del DRALE, hace referencia a “*intervenir con medios hábiles y, a veces, arteros, en la política, en el mercado, en la información, etc., con distorsión de la verdad o la justicia, y al servicio de intereses particulares*”. Se trata, sin duda, de una definición, demasiado amplia que no aclara el sentido que el legislador quiso darle al verbo en este contexto. La doctrina se ha esforzado por arrojar luz a este asunto. Así, Orts Berenguer<sup>71</sup> entiende que una *manipulación informática* supone cualquier modificación del resultado de un proceso automatizado de datos, ya sea mediante la alteración de los que se introducen o de los ya contenidos en el ordenador, en cualquiera de las fases de su procesamiento. Otros autores, en base al art. 3 de la citada 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 –que obliga a los estados

<sup>69</sup>QUERALT JIMÉNEZ, 2010, pp. 456-457.

<sup>70</sup>Cfr. *supra*.

<sup>71</sup>ORTS BERENGUER/ROIG TORRES, 2001, s/p.

parte a tipificar, entre otras, la introducción, alteración, borrado o supresión indebidas de datos informáticos especialmente datos de identidad; y la interferencia indebida en el funcionamiento de un programa o sistema informáticos-, señalan que el concepto de “manipulación informática” debe incluir 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<sup>72</sup>.

Ahora bien, incluso de seguir esta definición, no hay acuerdo acerca de las conductas concretas a las que se está haciendo referencia. Existe un consenso generalizado en distinguir las diferentes etapas donde se puede producir el delito<sup>73</sup>: por un lado, encontramos acciones relativas a la fase *input*, esto es, a la introducción de datos falsos o alteración, supresión u ocultación de los ya introducidos; por otro, tendríamos las manipulaciones en el propio programa (acciones relativas a la fase de tratamiento); y finalmente, las manipulaciones en el sistema de salida de datos u *output*, por ejemplo, en la impresión de documentos. Estas últimas se entienden excluidas del precepto<sup>74</sup>.

Cabría calificar de manipulación informática la denominada *salami technique* consistente en introducir instrucciones para que un programa informático redondee por defecto los céntimos en transferencias bancarias o nóminas, de suerte que a través de pequeñas manipulaciones, el autor obtiene un importante beneficio<sup>75</sup>.

Problemas específicos plantea el supuesto de introducción de datos reales en el sistema informático por una persona no autorizada. Por ejemplo, cuando obteniendo por cualquier medio<sup>76</sup> datos de una tarjeta de crédito o débito (identidad del titular, número de tarjeta, fecha de caducidad, número de control, etc.) se utiliza por un tercero para realizar compras en el comercio electrónico cargándosele el importe al titular (*card-non-present fraud*). Entiende Faraldo Cabana que este supuesto sí cabría calificarlo como estafa informática “ya que hay manipulación, pues aunque el sistema informático funciona correctamente y los datos introducidos son reales, se utilizan sin consentimiento del titular”<sup>77</sup>. Contra esta interpretación, que coloca al consentimiento del titular como elemento constitutivo de la manipulación, se sitúa la

<sup>72</sup> FARALDO CABANA, 2009, s/p. En un sentido similar, Choclán Montalvo la define como “toda acción que suponga intervenir en el sistema informático alterando, modificando u ocultando los datos que deban ser tratados automáticamente o modificando las instrucciones del programa con el fin de alterar el resultado debido de un tratamiento informático y con el ánimo de obtener una ventaja patrimonial”, CHOCLÁN MONTALVO, 2001, pp. 328-329. De modo similar lo entiende González Cussac, quien añade a su interpretación el “valorar las instrucciones de elaboración”, GONZÁLEZ CUSSAC, 2019, pp. 409-410.

<sup>73</sup> Por todos, LUZÓN CUESTA, 2018, p. 198.

<sup>74</sup> GONZÁLEZ CUSSAC, 2019, p. 410.

<sup>75</sup> CHOCLÁN MONTALVO, 2001, p. 331.

<sup>76</sup> Pueden ser medios informáticos, como introducirse en el sistema informático de una entidad bancaria o emplear un programa espía (“*spyware*”), o no informáticos, por ejemplo, buscar en la basura de otro los datos de interés (“*dumpster diving*”). En cualquier caso, se trata de que estas conductas se lleven a cabo sin el consentimiento del titular.

<sup>77</sup> FARALDO CABANA, 2009, s/p.

postura de Choclán Montalvo que afirma que “no parece querer el legislador una ampliación del sentido del término «manipulación» hasta comprender supuestos de simples usos no autorizados de los datos informatizados. (...) existe una introducción no autorizada de datos y como consecuencia de ello el sujeto no autorizado obtiene una ventaja patrimonial en perjuicio de un tercero”<sup>78</sup>.

En el plano jurisprudencial, mayoritariamente se califican estas conductas de estafa informática. Así, STS 29 abril 2021 (ECLI:ES:APM:2021:5069), STS 12 febrero 2020 (ECLI:ES:TS:2020:332), STS 29 octubre 2019 (ECLI:ES:TS:2019:3326), STS 4 noviembre 2019 (ECLI:ES:TS:2019:3532), STS 16 de septiembre 2015 (ECLI:ES:TS:2015:4169), STS 18 mayo 2015 (ECLI:ES:TS:2015:2855), y, entre otras <sup>79</sup>, STS 26 octubre 2018 (ECLI:ES:TS:2018:3666) que destaca que la utilización indebida de estos datos “en el momento de consecución del dinero, aunque no sea equiparable a engaño desde una consideración psicológica intersubjetiva, integra al artificio que permite que los activos patrimoniales, en principio virtuales, se materialicen en físico desplazamiento patrimonial...”. Es de destacar también la STS 26 octubre 2018 (ECLI:ES:TS:2018:3666) que analiza esta situación en el ámbito de otros instrumentos que permiten el acceso a los fondos disponibles en la entidad bancaria, como las libretas de ahorro. Así, “el supuesto de autos, de conformidad con la jurisprudencia expuesta, debería ser integrado en el art. 248.2.a) CP, como estafa informática, y si bien el supuesto de autos, guarda obvias equivalencias con la modalidad introducida por la LO 5/2010, al considerar también en el apartado c) del art. 248.2, reos de estafa, a los que utilizando tarjetas de crédito o débito, o cheques de viaje, o los datos obrantes en cualquiera de ellos, realicen operaciones de cualquier clase en perjuicio de su titular o de un tercero, resulta que el listado casuista de los instrumentos de 'pago' incluidos en el tipo no menciona el utilizado en autos, una libreta de ahorros, lo que impide su inclusión en esta nueva modalidad, permaneciendo por ende tipificada la conducta de autos, en el art. 248.2.a)”. En este sentido, se debe entender que la misma conducta será castigada conforme a un precepto u otro en atención a que su objeto sea alguno de los enumerados en el apartado c), o se empleen otros instrumentos, en cuyo caso su punición se producirá por vías de apartado a).

Ante el mismo problema se encuentra la calificación de varias modalidades de engaño que operan por internet orientadas a conseguir datos que luego puedan ser usados de forma fraudulenta para obtener beneficios patrimoniales. Entre estas, el *phishing* suele ser la más frecuente y tiene a su vez varias clases, sintetizadas por Benítez Ortúzar<sup>80</sup> en:

<sup>78</sup> CHOCLÁN MONTALVO, 2001, p. 331. En el mismo sentido RUIZ RODRÍGUEZ, 2006, p. 10.

<sup>79</sup> STSJM 27 abril 2021 (ECLI:ES:TSJM:2021:3771), SAP V 29 marzo 2021 (ECLI:ES:APV:2021:1094), SAP AB 16 diciembre 2020 (ECLI:ES:APAB:2020:929), SAP AL 25 noviembre 2020 (ECLI:ES:APAL:2020:911), y SAP BI 7 mayo 2020 (ECLI:ES:APBI:2020:3091).

<sup>80</sup> BENÍTEZ ORTÚZAR, 2009, pp. 111 y ss.

- Phishing sobre *web* falsas de recarga de móviles: con llamativas ofertas de descargas más económicas con el objetivo de hacerse con información del usuario.
- Phishing a través de la propia *web*: con la suplantación de la página *web* de una entidad financiera (*web spoofing*) obtienen los datos bancarios con los que después operar.
- Phishing laboral o *Scam*: oferta falsa de trabajo, con el objetivo de obtener la cuenta bancaria del destinatario y utilizarla luego para blanquear dinero a nombre de ésta.
- Phishing-car: oferta de vehículos de lujo a bajo coste solicitando una cantidad económica para la entrada.
- Phishing de las loterías falsas: mediante un correo comunicando al destinatario que ha ganado un premio de lotería. Si éste contesta, se le solicitan los datos bancarios para el falso ingreso del dinero.

Distinta es la denominada técnica del *pharming*, donde desaparece la necesidad de manipular a las personas para conseguir que realicen voluntariamente actos que normalmente no realizarían. Esta conducta consiste en explotar una vulnerabilidad en el *software* de los servidores DNS o en el equipo del usuario, o en la introducción de un código malicioso (generalmente troyanos) que permite redirigir un nombre de dominio a una máquina distinta, ofreciendo una página *web* falsa, pero muy parecida o igual a la original, para obtener los datos, normalmente bancarios, de la víctima.

Entendemos que ninguna de estas conductas encaja en la descripción típica de la estafa informática. Puesto que con el *artificio* creado –si es que cabría calificar de tal modo el acto de *phishing* o *pharming*– no se produce la transferencia de activos patrimoniales, tal y como exige el tipo. El autor sólo conseguirá los datos necesarios para poder llevar a cabo esta segunda conducta en un momento posterior. Esto es, se trata de un acto previo a la estafa informática. Tampoco pueden ser calificadas de estafa común puesto que nos encontramos en la misma situación. En el caso del *phishing*, el engañado<sup>81</sup> se limita a proporcionar los datos que dan acceso a su patrimonio, pero no realiza disposición patrimonial alguna, siendo necesario un acto de apoderamiento por parte del delincuente, materializado en el uso de los mencionados datos. En el caso del *pharming* ni siquiera es la víctima o un tercero quien proporciona los

<sup>81</sup> Señala Fernández Teruelo que en ocasiones el engaño no es idóneo para causar el error, o directamente no hay engaño alguno. Piénsese que en la mayoría de los casos el español utilizado presenta evidentes faltas de ortografía y errores gramaticales y sintácticos, e incluso a veces no se oculta la dirección del envío, que puede provenir de fuera del país. A ello hay que añadir que tanto las entidades financieras como las asociaciones de consumidores y usuarios advierten en sus páginas *web* del peligro que suponen estas conductas, y de que no se debe contestar jamás a tales correos. En estos supuestos cabe plantearse si debe protegerse mediante el Derecho penal al usuario que cree que Caja Madrid le envía un correo electrónico desde Bulgaria, en mal español. En FERNÁNDEZ TERUELO, 2007, s/l.

datos, sino el *software* malicioso instalado sin su conocimiento, pudiendo ser de aplicación, en su caso, los delitos contra la intimidad o de acceso ilícito al sistema. Distinto sería que la víctima realizara un acto de disposición patrimonial ya que entonces sí, a consecuencia del error en el que incurre debido al engaño, se habría cometido un delito de estafa. Estafa que, entendemos, debe ser la *común*, esto es, del art. 248.1 CP ya que, como hemos mencionado, el engaño se produce en la persona; el *artificio* es el medio empleado para dar credibilidad al engaño.

Sin embargo, este no es el parecer mayoritario de la jurisprudencia. Con independencia de que exista un acto de transferencia patrimonial o no –y, recordamos, es un elemento típico–, las conductas de *phishing* son consideradas estafas informáticas [en los pronunciamientos más actuales, STS 7 abril 2021 (ECLI:ES:TS:2021:1601), STS 26 octubre 2018 (ECLI:ES:TS:2018:3666) STS 30 mayo 2009 (ECLI:ES:TS:2009:4164), SAN 13 julio 2021 (ECLI:ES:AN:2021:3137), SAP M 7 julio 2021 (ECLI:ES:APM:2021:8286), SAP B 11 junio 2021 (ECLI:ES:APB:2021:8201), y SAP O 7 mayo 2021 (ECLI:ES:APO:2021:1649),] al igual que las de *pharming* [entre otras, SAP M 2 junio 2020 (ECLI:ES:APM:2020:4742), SAP M 25 enero 2016 (ECLI:ES:APM:2016:3277), SAP SO 27 febrero 2012 (ECLI:ES:APSO:2012:47), SAP LE 29 julio 2011 (ECLI:ES:APLE:2011:1048)].

Por otra parte, el empleo de la expresión “artificio semejante”, de necesaria desaparición según Queralt Jiménez<sup>82</sup>, presenta un dudoso acatamiento al principio de legalidad. Su incorporación 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 pero la técnica utilizada por el legislador ha sido del todo incorrecta ya que la obtención fraudulenta de prestaciones de un aparato automático (como una máquina de tabaco o, expendedora de gasolinas o de bebidas, etc.) probablemente nada tenga de semejante a una manipulación en un sistema informático<sup>83</sup>. Es decir, se entiende aquí que el “artificio” debe ser sinónimo de manipulación incorrecta del propio sistema, y que la “semejanza” no puede estar referida al resultado, sino al método de ejecución<sup>84</sup>. En este sentido, señala Salinero Alonso que el concepto “incluye operaciones similares, siempre que contengan algún elemento de carácter informático”, excluyendo manipulaciones de simples máquinas automáticas<sup>85</sup>. Diversas sentencias<sup>86</sup>, siguiendo a las STS 9

<sup>82</sup> Afirma el autor que, con esta introducción, “el legislador ha querido curarse en salud y dejar abierta la puerta a otras posibles incriminaciones de la mano de la analogía, esta apertura es radicalmente inconstitucional y, en tal caso, debe tomarse por no puesta”, en QUERALT JIMÉNEZ, 2010, pp. 456 y ss.

<sup>83</sup> CHOCLÁN MONTALVO, 2001, p. 331.

<sup>84</sup> RUIZ RODRÍGUEZ, 2006, p. 8.

<sup>85</sup> SALINERO ALONSO, C., 2016, p. 409.

<sup>86</sup> Entre otras, ATS 19 abril 2018 (ECLI:ES:TS:2018:6725A), ATS 15 junio 2017 (ECLI:ES:TS:2017:7336A), ATS 1 marzo 2012 (ECLI:ES:TS:2012:2407A), y STS 17 diciembre 2008 (ECLI:ES:TS:2008:7322).

mayo 2007 (ECLI:ES:TS:2007:3258) y 21 diciembre 2004 (ECLI:ES:TS:2004:8324), señalan que la semejanza debe estar determinada por la aptitud del medio informático empleado para producir el daño patrimonial. Así, lo los efectos del contenido de ilicitud, es equivalente que el autor modifique materialmente el programa informático indebidamente o que lo utilice sin la debida autorización o en forma contraria al deber. Las líneas jurisprudenciales más actuales son incluso más laxas en su interpretación, calificando de artificio cualquier uso que se aleje del habitual. Baste como ejemplo la SAP Cádiz 4 febrero 2019 (ECLI:ES:APCA:2019:2476) que señala que “una de las acepciones del término artificio hace que este signifique artimaña, doblez, enredo o truco. 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... es equivalente, a los efectos del contenido de la ilicitud, que el autor modifique materialmente el programa informático indebidamente o que lo utilice sin la debida autorización o en forma contraria al deber. En el presente caso, el recurrente carecía de autorización para utilizar el medio informático y, además, produjo efectos semejantes a la misma, sobre el patrimonio del Banco”<sup>87</sup>.

En cualquier caso, la delegación implícita que el legislador realiza en los jueces conduce a resultados absurdos y desproporcionados como el que tuvo lugar en la SAP LU 9 julio 1998 (ECLI:ES:APLU:1998:443) que condena por estafa informática a dos sujetos que obtienen dinero de una máquina tragaperras introduciendo monedas sujetas con un hilo de seda, afirmando 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”. Una manipulación mecánica tan sencilla como la expuesta entendemos que no es equivalente a la informática.

Finalmente, en cuanto a la transferencia de activos se refiere, queda claro que esto no necesariamente tiene que ser dinero. Como afirma Queralt Jiménez<sup>88</sup>, “la informática no transmite dinero ni otros activos: no transforma un billete o una acción en impulsos eléctricos que alguien puede recoger al final de la red, desde su terminal”. El sistema informático, y esto es lo que hay que entender por “transferencia de activos”, lleva a cabo anotaciones que un sujeto podrá materializar, desde las transferencias bancarias, anotaciones en cuenta a valores, confección de apuestas, etc.

<sup>87</sup> De modo similar, ATS 17 enero 2019 (ECLI:ES:TS:2019:906A), STS 17 diciembre 2008 (ECLI:ES:TS:2008:7322) y SAP M 29 abril 2021 (ECLI:ES:APM:2021:5069).

<sup>88</sup> QUERALT JIMÉNEZ, 2010, p. 518.

### 4.3. *Utilización fraudulenta de tarjetas en cajeros automáticos*

El Código penal de 1995 introdujo la equiparación de las tarjetas, magnéticas o perforadas, y los mandos o instrumentos de apertura a distancia bajo el concepto de llaves falsas a efectos del delito de robo. Se consolidaba así una línea jurisprudencial comenzada con la STS 6 marzo 1989 (ECLI:ES:TS:1989:1607) que afirmaba que el concepto de *llave falsa* “no se corresponde exactamente con el significado usual y vulgar de la misma, ya que, como señala la doctrina, es eminentemente funcional”.

El debate doctrinal suscitado hasta entonces en relación al concepto de llave falsa, si bien en referencia al empleo de tarjetas como mecanismo de apertura de puertas – por ejemplo, de hoteles o garajes-, se trasladó rápidamente a su utilización en cajeros automáticos. La entrada en vigor del Código penal solucionó temporalmente esta cuestión y la jurisprudencia, fundamentalmente a partir de la STS 16 marzo 1999 (ECLI:ES:TS:1999:1835), consideró que la extracción de dinero de un cajero automático haciendo uso de una tarjeta magnética –como son las bancarias- ajena encajaba dentro de la conducta típica del art. 237 CP en relación con el 239.3 CP.

Esta interpretación resulta sin duda forzada. En primer lugar, porque la introducción de la tarjeta en el cajero, por sí sola, no permite obtener el dinero, es necesario además el tecleo del número PIN. Además, tampoco hay que olvidar que la utilización de llaves falsa es un medio para *acceder* al lugar donde las cosas están, algo que no sucede en un cajero automático ya que es propia máquina la que expulsa el dinero. En relación a esto último, algunos autores<sup>89</sup> apuntan que cabría la calificación de robo en el caso de que se acceda al sitio donde el cajero se encuentra ya que en este caso la tarjeta sí que se emplearía como llave. Sin embargo, esta interpretación, además de forzada, puede llevar a una injusta discriminación entre conductas cometidas en cajeros que se encuentran dentro del banco o entidad análoga de aquellos otros situados en el exterior del banco, a los que no sería necesario acceder. Tampoco se podría considerar que haya utilizado una llave falsa quien espera que salga otra persona para acceder al cajero o, simplemente, aprovecha que la puerta está abierta<sup>90</sup>.

La Fiscalía General del Estado se ha posicionado en este asunto a través de la Consulta 2/1988, de 3 de noviembre, afirmando 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

<sup>89</sup> Por todos CHOCLÁN MONTALVO, 2002, pp. 262-265.

<sup>90</sup> En este sentido se expresa Queralt Jiménez, si bien el autor afirma que “violentar, para el CP en este contexto, no es aquí otra cosa más que la superación ilegítima de un recinto cerrado en el que se hallan los bienes muebles que el sujeto activo quiere obtener”. Afirma también que la explicitación de las tarjetas no era necesaria porque, sin necesidad de recurrir a una interpretación etimológica (llave viene de *clavis*, y una clave es lo que tienen las tarjetas de crédito), la remisión al concepto material es suficiente. QUERALT JIMÉNEZ, 2010, p. 457.

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, como afirma Faraldo Cabana<sup>91</sup>, 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.

El conocimiento del número PIN es un elemento necesario para que el sujeto pueda llevar a cabo la conducta y la posibilidad de que un tercero, probando aleatoriamente diversas combinaciones, acierte con la correcta, es ínfima. Aun así, los tribunales vienen considerando estas conductas como tentativa inacabada idónea y, por tanto, punible<sup>92</sup>.

En cualquier caso, esta interpretación analógica si hizo extensiva a las cartillas de ahorro con banda magnética que, al igual que las tarjetas, permite extraer dinero en los cajeros automáticos<sup>93</sup>, y a supuestos de utilización de tarjeta con banda magnética para obtener billetes de viaje en una máquina expendedora<sup>94</sup>.

Sin embargo, como se apuntaba al principio, la solución aportada por el Código penal de 1995 quedó pronto obsoleta por la evolución de la tecnología. Las tarjetas de banda magnética han ido paulatinamente reemplazándose por tarjetas electrónicas, que contienen un chip con circuitos integrados (tarjetas de memoria) y, en ocasiones, un microprocesador (tarjetas inteligentes o *smart cards*), y por 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 ejemplo, 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<sup>95</sup>. Pues bien, estas tarjetas, por mucho que se fuerce, no encajan en el concepto de tarjeta magnética empleado por el art. 239 CP<sup>96</sup>.

<sup>91</sup> FARALDO CABANA, 2009, s/p.

<sup>92</sup> Condena por tentativa la SAP M 19 junio 2007 (ECLI:ES:APM:2007:6496) y SAP M 7 julio 2014 (ECLI:ES:APM:2014:11246).

<sup>93</sup> SAP AB 30 junio 2011 (ECLI:ES:APAB:2011:702) y SAP B 23 septiembre 2004 (ECLI:ES:APB:2004:11243), entre otras.

<sup>94</sup> Existe una consolidada jurisprudencia al respecto. En los pronunciamientos más recientes, cfr. SAP B 15 diciembre 2020 (ECLI:ES:APB:2020:14047), SAP M 25 septiembre 2019 (ECLI:ES:APM:2019:8423) y SAP TF 6 mayo 2019 (ECLI:ES:APTF:2019:2872).

<sup>95</sup> FARALDO CABANA, 2009, s/p.

<sup>96</sup> Apunta Dopico Gómez-Aller que existen otros instrumentos que, sin tener forma de tarjeta magnética ni perforada ni operar como mando a distancia, desarrollan funciones de llave. Es el caso de soportes USB, pulseras o llaveros magnéticos, códigos de barras o códigos QR sobre la más amplia variedad de soportes (pulseras, tarjetas no magnéticas ni perforadas, simples tickets de papel, mensajes de teléfono móvil), etc. En DOPICO GÓMEZ-ALLER, 2010, § 29, s/p.

Otra línea jurisprudencial se ha ido consolidando a partir de la STS 20 noviembre 2001 (ECLI:ES:TS:2001:9045) que condena por un delito de estafa informática (art. 248.2.a CP) a un sujeto que, utilizando una tarjeta ajena y en connivencia con los empleados de ciertos establecimientos comerciales, efectuaba cargos al titular de la tarjeta. Se afirma en la sentencia que:

“La actual redacción del art. 248.2 del Código Penal permite incluir en la tipicidad de la estafa aquellos casos que mediante una manipulación informática o artificio semejante se efectúa una transferencia no consentida de activos en perjuicio de un tercero admitiendo diversas modalidades, bien mediante la creación de órdenes de pago o de transferencias, bien a través de manipulaciones de entrada o salida de datos, en virtud de los que la máquina actúa en su función mecánica propia.

Como en la estafa debe existir un ánimo de lucro; debe existir la manipulación informática o artificio semejante que es la modalidad comisiva mediante la que torticeramente se hace que la máquina actúe; y también un acto de disposición económica en perjuicio de tercero que se concreta en una transferencia no consentida. Subsiste la defraudación y el engaño, propio de la relación personal, es sustituido como medio comisivo defraudatorio por la manipulación informática o artificio semejante en el que lo relevante es que la máquina, informática o mecánica, actúe a impulsos de una actuación ilegítima que bien puede consistir en la alteración de los elementos físicos, de aquellos que permite su programación, o por la introducción de datos falsos.

Cuando la conducta que desapodera a otro de forma no consentida de su patrimonio se realiza mediante manipulaciones del sistema informático, bien del equipo, bien del programa, se incurre en la tipicidad del art. 248.2 del Código Penal. También cuando se emplea un artificio semejante. Una de las acepciones del término artificio hace que éste signifique artimaña, doblez, enredo o truco. 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”.

Será la STS 21 diciembre 2004 (ECLI:ES:TS:2004:8324) la que hará extensiva esta interpretación a la obtención de dinero de cajeros automáticos, no ya de terminales de punto de venta. A partir de ésta, sucesivas sentencias<sup>97</sup> han ido condenando por el delito de estafa informática sin especificar si la acción podía ser considerada manipulación informática o artificio semejante.

Finalmente, la STS 9 mayo 2007 (ECLI:ES:TS:2007:3258) parece dar por zanjada

<sup>97</sup> Entre otras, STS 24 febrero 2006 (ECLI:ES:TS:2006:928) y STS 26 junio 2006 (ECLI:ES:TS:2006:4054).

la cuestión afirmando que “en tales casos se están ocultando datos reales e introduciendo datos falsos en el sistema: se oculta la identidad real del operador y se suplanta la del verdadero titular. Tal identificación, a través de la introducción del número secreto obtenido indebidamente, tiene una relevancia o eficacia jurídica que constituye el dato clave para estimar que si estamos ante una manipulación informática. Dicha relevancia se pone de manifiesto a través de la consideración de que teclear el *password* ante el sistema es tanto como identificarse”. Recurre también al art. 3 de la DM 2001/413/JAI, vista con anterioridad, afirmando que si algo caracteriza a estas conductas es que se trata de manipulaciones informáticas y, por tanto, deben incluirse en el art. 248.2 CP<sup>98</sup>.

Sin embargo, como afirma Ruiz Rodríguez<sup>99</sup>, 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. 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. Tampoco estaríamos ante un artificio semejante porque no se ha manipulado incorrectamente el sistema.

Por otra parte, el tipo penal del art. 248.2 CP exige la “*transferencia no consentida de cualquier activo patrimonial*”, algo que, como apunta Queralt Jiménez<sup>100</sup>, significa pasar los activos de un depósito a otro y no hacer efectivo, que es lo que se obtiene de un cajero.

La forzada interpretación del Tribunal, y apoyada por algún sector doctrinal<sup>101</sup>, parece traer su causa en un deseo de adaptarse a lo que sería la reforma introducida por la LO 5/2010 ya que, de hecho, cita al Anteproyecto de la misma.

Hasta ahora se ha hecho referencia a la utilización en cajero automático de una tarjeta real aunque ilícitamente sustraída o apropiada. En el caso de que lo que se utilice se una tarjeta falsa o falsificada nos encontraríamos ante el mismo problema de calificación jurídica. Pero si el autor, en lugar de sacar dinero del cajero automático lo que hace es una transferencia de activos, por ejemplo, saldando una deuda

<sup>98</sup> En prof., cfr. AGUDO FERNÁNDEZ/JAÉN VALLEJO/PERRINO PÉREZ, 2020, pp. 61 y ss.

<sup>99</sup> RUIZ RODRÍGUEZ, 2006, p. 8.

<sup>100</sup> QUERALT JIMÉNEZ, 2010, p. 507.

<sup>101</sup> Afirma Faraldo Cabana que “tratándose de la utilización de una tarjeta ajena para obtener dinero del cajero automático, al igual que en el caso de la introducción de datos del titular en un sistema informático, sin su consentimiento, para conseguir una transferencia patrimonial que no ha autorizado, es preferible la calificación como estafa informática, convirtiéndose el hurto en una figura subsidiaria”, en FARALDO CABANA, 2009, s/p.

suya con fondos del titular de la tarjeta, si cabría aplicar el delito de estafa informática ya que la manipulación informática no sólo se refiere al soporte informático del cajero, sino que la de la tarjeta, como acto ejecutivo de la estafa, también cubre la tipicidad de la conducta. Esta vez sí se puede entender que 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<sup>102</sup>.

La reforma operada por la LO 5/2010, de 22 de junio, va a suponer un cambio importante en esta materia. En primer lugar, se modifica el art. 239 CP para dar cabida, junto con las tarjetas magnéticas o perforadas y los mandos o instrumentos de apertura a distancia, a *cualquier otro instrumento tecnológico de eficacia similar*. Esta puesta al día del código penal respecto del estado de la técnica viene justificada por la necesidad de “*adaptar la definición de llave a los avances tecnológicos*”<sup>103</sup>, solucionando en gran medida los conflictos planteados anteriormente<sup>104</sup>. Como anteriormente se ha comentado, la modificación de los delitos de estafa supone que estas conductas analizadas se castiguen conforme al art. 248.2.c) CP<sup>105</sup>.

#### 4.4. *El castigo autónomo de los actos preparatorios y de colaboración*

Esta novedosa concepción de la tecnología fue introducida por la LO 15/2003, de 25 de noviembre, que, adelantando considerablemente la intervención del Derecho penal, tipificaba la fabricación, introducción, posesión o facilitación de programas informáticos<sup>106</sup> específicamente destinados a la comisión de estafas. Lo que serían actos preparatorios son elevados a la categoría de delito autónomo castigado con la misma pena que recibe la consumación de la acción realmente atentatoria contra el bien jurídico.

Exige el tipo del art. 248.2.b) que el programa informático esté “específicamente destinado” a la comisión de estafas, algo que reduce el excesivo ámbito de aplicación del precepto, al exigir que el instrumento esté inequívocamente predispuesto a la lesión del bien jurídico. En efecto, no puede tratarse, pues, de un programa que, creado para otro fin, se pueda aprovechar también para la comisión de la estafa<sup>107</sup>.

<sup>102</sup> RUIZ RODRÍGUEZ, 2006, p. 9.

<sup>103</sup> Justificación de la enmienda núm. 260 presentada por el Grupo Parlamentario de Esquerra Republicana, Izquierda Unida e Iniciativa per Catalunya Verds. BOCG de 18 de marzo de 2010.

<sup>104</sup> Si bien se solucionan estos problemas, la redacción suscita dudas respecto al respeto del principio de legalidad.

<sup>105</sup> En prof., SUÁREZ-MIRA RODRÍGUEZ, 2018, pp. 361 y ss.

<sup>106</sup> “Programas informáticos” fue una modificación de la LO 5/2010 ya que la LO 15/2003 utilizaba la expresión “programas de ordenador”. Se abre así la posibilidad de aplicación del tipo no sólo a las computadoras sino al mundo de la informática, más amplio que el anterior.

<sup>107</sup> FARALDO CABANA, 2009, s/p. En el mismo sentido, SUÁREZ-MIRA RODRÍGUEZ, 2018, p. 326 y QUERALT JIMÉNEZ, 2015, pp. 771-772.

Aún así, y pese a la claridad de la letra de la ley, hay quien propone una interpretación extensiva del precepto ya que “la práctica totalidad de los programas informáticos pueden cumplir múltiples y muy diferentes funciones, y no solamente la de permitir o posibilitar la comisión de ilícitos penales”<sup>108</sup>. Si bien es cierto que con la redacción actual se deja fuera del ámbito de aplicación, por ejemplo, a los técnicos informáticos desleales que puedan traficar con códigos fuentes de los programas que ellos mismos hayan producidos, la falta de perspicacia del legislador no puede dar vía libre a interpretaciones que se exceden del significado de los términos empleados por este<sup>109</sup>.

Asimismo, la finalidad de comisión de estafas no se predica necesariamente de quien fabrica, introduce, posee o facilita el programa; de ser así, esta conducta quedaría consumida por la efectiva comisión del fraude informático.

Bajo este precepto se castigaría entonces las conductas mencionadas cuando su objetivo son los programas empleados para llevar a cabo el “*phishing*”, el “*pharming*” y los “*dialers*”<sup>110</sup> y “*crackeadores*”<sup>111</sup>. Más problemático sería el castigo de las conductas asociadas a los “*keyloggers*”, diagnósticos utilizados en el desarrollo de “software”, encargados de registrar las pulsaciones que se realizan sobre el teclado para memorizarlas en un fichero o enviarlas a través de internet. El registro de lo que se teclea puede hacerse tanto por medio del “hardware” como del “software” y su utilización puede estar relacionada con múltiples aplicaciones, muchas de ellas lícitas, por lo que no se daría la nota de especificidad exigida en el tipo<sup>112</sup>.

Esta tendencia legislativa, ejemplificada con el 248.2.b), puede observarse asociada a diversos preceptos tecnológicos del Código penal, donde pueden hacerse similares críticas. No resulta justificado en ningún caso que el componente tecnológico sea interpretado, de por sí, lesivo para el bien jurídico estableciendo, una vez más, diferenciaciones injustificadas respecto a las modalidades no tecnológicas.

Así, basta comparar los siguientes preceptos:

- Art. 248.2.b) CP: “Los que fabricaren, introdujeran, poseyeran o facilitaren

<sup>108</sup> CRUZ DE PABLO, 2006, pp. 46-47.

<sup>109</sup> QUERALT JIMÉNEZ, 2010, p. 520. En el mismo sentido se manifiesta Fernández Teruelo lamentando que el legislador no haya aprovechado para reformar este problema en la última modificación del Código penal. Propone el autor la sustitución de la expresión “específicamente destinados” por “con el fin de destinarlos a la comisión de estas estafas” ya que así, “se pondría el acento, a través de un elemento subjetivo del injusto, en lo realmente importante, lo que permitiría restringir la aplicación del tipo, sin margen de duda, sólo a aquellos supuestos en que el sujeto actúe con la específica intención de defraudar”. En FERNÁNDEZ TERUELO, 2010, § 29, s/p.

<sup>110</sup> Los “*dialers*” son programas que marcan un número de tarificación adicional, de coste superior al de una llamada nacional, que se pueden descargar tanto con autorización del usuario como automáticamente, sin avisar de su instalación.

<sup>111</sup> Programas que prueban diferentes *passwords*, uno tras otro, hasta dar con el correcto.

<sup>112</sup> Lo mismo puede decirse respecto de los *sniffers* –programas que permiten la captura de tramas que circulan por la red- y de los *screenloggers* –funcionan de modo similar a los *keyloggers* pero, en lugar de registrar las pulsaciones, capturan imágenes de pantalla y las remiten directamente a su ordenador-. En contra de esto se posiciona Fernández Teruelo que afirma sin más que estas conductas son típicas. En FERNÁNDEZ TERUELO, 2010, § 29, s/p.

programas informáticos específicamente destinados a la comisión de las estafas previstas en este artículo”. [Comentado recientemente]

- Art. 197ter CP: “Será castigado con una pena de prisión de seis meses a dos años o multa de tres a dieciocho meses el que, sin estar debidamente autorizado, produzca, adquiriera para su uso, importe o, de cualquier modo, facilite a terceros, con la intención de facilitar la comisión de alguno de los delitos a que se refieren los apartados 1 y 2 del artículo 197 o el artículo 197 bis: a) un programa informático, concebido o adaptado principalmente para cometer dichos delitos; o b) una contraseña de ordenador, un código de acceso o datos similares que permitan acceder a la totalidad o a una parte de un sistema de información”. [Introducido por la LO 1/2015, de 30 de marzo, en relación a los delitos contra la intimidad]
- Art. 264ter CP: “Será castigado con una pena de prisión de seis meses a dos años o multa de tres a dieciocho meses el que, sin estar debidamente autorizado, produzca, adquiriera para su uso, importe o, de cualquier modo, facilite a terceros, con la intención de facilitar la comisión de alguno de los delitos a que se refieren los dos artículos anteriores: a) un programa informático, concebido o adaptado principalmente para cometer alguno de los delitos a que se refieren los dos artículos anteriores; o b) una contraseña de ordenador, un código de acceso o datos similares que permitan acceder a la totalidad o a una parte de un sistema de información”. [Introducido por la LO 1/2015, de 30 de marzo, en relación a los delitos de daños informáticos]
- Art. 400 CP: “La fabricación, recepción, obtención o tenencia de útiles, materiales, instrumentos, sustancias, datos y programas informáticos, aparatos, elementos de seguridad, u otros medios específicamente destinados a la comisión de los delitos descritos en los Capítulos anteriores, se castigarán con la pena señalada en cada caso para los autores”. [En relación a los delitos de falsedades]

Las conductas relacionadas con la fabricación, tenencia o facilitación de útiles para la comisión del delito podrán ser calificadas, a lo sumo, como un acto preparatorio –no siempre punible- o de complicidad, pero no castigadas de igual modo que la misma comisión delictiva. Equiparar figuras que no merecen el mismo reproche penal y fases diversas del *iter criminis* supone una grave vulneración del principio de proporcionalidad y de ofensividad que no encuentra ningún fundamento en un Estado social y democrático de Derecho<sup>113</sup>.

<sup>113</sup> En el mismo sentido, SALINERO ALONSO, C., 2016, p. 410; SUÁREZ-MIRA RODRÍGUEZ, 2018, p. 326; GONZÁLEZ CUSSAC, 2019, pp. 410-411; GÓMEZ RÍVERO, 2019, p. 121; MUÑOZ CONDE, 2021, p. 415.

## 5. La Directiva (UE) 2019/713 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 17 de abril de 2019, sobre la lucha contra el fraude y la falsificación de medios de pago distintos del efectivo

En abril de 2019, la Unión Europea aprobó la Directiva (UE) 2019/713 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 17 de abril de 2019, sobre la lucha contra el fraude y la falsificación de medios de pago distintos del efectivo (en adelante, *la Directiva*) que viene a sustituir a la comentada DM 2001/413/JAI. Como se apunta en los Considerandos del texto legal, el crecimiento de la economía digital y la proliferación de los instrumentos de pago hacen necesaria una actualización de la DM 2001/413/JAI a efectos de actualizar y complementar los métodos de pago distintos al efectivo allí recogidos.

Aunque excede al objeto de nuestro trabajo, es de destacar especialmente la consideración que se realiza en la Directiva hacia los métodos de pago que permiten realizar transferencias de dinero electrónico y las monedas virtuales. Asimismo, junto a la tipificación de diversas conductas, se introducen previsiones específicas en materia de criminalidad organizada, responsabilidad de las personas jurídicas y la obligatoriedad para los Estados de proporcionar datos estadísticos sobre la situación real de estos delitos en su territorio.

La Directiva establece infracciones relativas al uso fraudulento de instrumentos de pago distintos al efectivo (art. 3), introduciendo un tipo mixto alterativo según los instrumentos utilizados hayan sido objeto de robo, apropiación u obtención ilícita (ap. a) o hayan sido previamente falsificados o alterados (ap. b). La pena máxima establecida para ambas modalidades, según el art. 9.2, de al menos 2 años de privación de libertad.

Los arts. 4 y 5 guardan una estructura similar proscribiendo conductas previas en el *iter criminis* de la utilización del instrumento de pago recogida en el art. 3 pero distinguiendo según el carácter material (art. 4) o inmaterial (art. 5) del mencionado instrumento. Se trata de actos de sustracción o apropiación ilícita (art. 4.a.) u obtención ilícita o apropiación indebida (art. 5.a., que remite a su vez a obtención del instrumento mediante la comisión de alguno de los delitos recogidos en los arts. 3 a 6 de la Directiva 2013/40/UE, de 12 de agosto, relativa a los ataques contra los sistemas de información<sup>114</sup>); falsificación o alteración fraudulenta del instrumento (arts. 4.b. –material- y 5.b –inmaterial); posesión para uso fraudulento robado, apropiado u obtenido ilícitamente, falsificado o alterado (arts. 4.c. –material- y 5.c. –inmaterial); y la obtención, para sí o para tercero, de un instrumento que haya sido robado (u obtenido ilícitamente en la versión inmaterial del art. 5.d), falsificado o alterado para su uso fraudulento (arts. 4.d. –material- y 5.d. –inmaterial).

<sup>114</sup> Puesto que se trata de instrumentos inmateriales, la obtención ilícita se tiene que haber realizado, según los citados arts., mediante acceso ilícito a un sistema de información (art. 3), interferencia ilegal en los sistemas (art. 4) o datos (art. 5), o interceptación ilegal de transmisiones no públicas de datos informáticos (art. 6).

Las penas asociadas a estas conductas parecen establecer una distinción según la gravedad de las mismas. Así, las recogidas en los apartados a. y b. de los arts. 4 y 5 tienen una pena privativa de libertad con un máximo mínimo de 2 años, mientras que las contempladas en los apartados c. y d. de dichos arts., un máximo mínimo de 1 año.

Asimismo, en el art. 6 se introduce el castigo de la realización o causación de transferencias de dinero, valor monetario o moneda virtual mediante la obstaculización o interferencia en sistema de información (ap. a.) o introduciendo, alterando, borrando, transmitiendo o suprimiendo indebidamente datos informáticos (ap. b.). Estas son las conductas más graves consideradas en la Directiva, asociándoles una pena máxima mínima de 3 años de privación de libertad (art. 9.4.).

Como resulta habitual ya en esta materia –según se comentó anteriormente– se prevé el castigo de la producción y obtención de “*un dispositivo o instrumento, datos informáticos o cualquier otro medio diseñado principalmente, o adaptado específicamente*” para cometer alguno de las infracciones recogidas en los arts. 4.a, 4.b., 5.a., 5.b. y 6 (art. 7). La pena establecida en este caso tiene un máximo mínimo de 2 años de privación de libertad (art. 9.2.).

Finalmente, cabe destacar que el art. 9.6. prevé una agravante que eleva el máximo mínimo de las penas de todas las infracciones contempladas en la Directiva hasta los 5 años para el caso de comisión en el marco de una organización delictiva.

### **5.1. *El Anteproyecto de reforma del Código penal y las exigencias de la Directiva (UE) 2019/713***

El 27 de octubre de 2021 el Consejo de Ministros aprobó el *Anteproyecto de Ley Orgánica por la que se modifican la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal, para la transposición de directivas en materia de lucha contra el fraude y la falsificación de medios de pago distintos del efectivo y de abuso de mercado, y la Ley Orgánica 7/2014, de 12 de noviembre, sobre intercambio de información de antecedentes penales y consideración de resoluciones judiciales penales en la Unión Europea, a los efectos previstos en el artículo 26.4 de la Ley 50/1997, de 27 de noviembre, del Gobierno* (en adelante, *el Anteproyecto*). En relación a la reforma instada por la Directiva, el Anteproyecto surge con meses de retraso respecto al plazo marcado por la normativa comunitaria que establece en su art. 20 la obligatoriedad de transposición “*a más tardar el 31 de mayo de 2021*”, debiendo dar cuenta inmediatamente de las medidas adoptadas. De hecho, este incumplimiento por parte de España supuso que la Comisión adoptara la apertura de un procedimiento de infracción (2021/0222), de 26 de julio de 2021, mediante la notificación de una Carta de emplazamiento por la no comunicación de las medidas de transposición.

La adaptación pretendida por el legislador en el Anteproyecto pretende conjugar las exigencias comunitarias con los criterios internos de nuestra normativa. Así, cabe

recordar, según se expuso anteriormente, que España no contempla un apartado en el Código penal donde se recojan todas las conductas relativas a la moneda o instrumentos equivalentes utilizados para el pago. Antes bien, la ubicación sistemática de los delitos se hace en atención al bien jurídico protegido y no al objeto del delito o al medio en el que tiene lugar la conducta, tal y como se recuerda en la propia *Memoria del análisis de impacto normativo* que acompaña el Anteproyecto y la exposición de motivos del texto<sup>115</sup>.

Así, las distintas conductas descritas en la Directiva se proponen incorporar en el Código penal español entre los delitos de estafa y de falsedades, según corresponda. Se observa aquí una primera discrepancia en la consideración de estas conductas en sendas sedes comunitaria y estatal y es que, mientras que en el ámbito de la UE la diferenciación de ilícitos se hace en atención las características del objeto –material o inmaterial-, aquí se atiende al bien jurídico contra el que se atenta; el patrimonio individual en el caso de las estafas, la fe pública en el caso de las falsedades. Con esta distinción en mente, los delitos que atentan contra el bien jurídico individual se introducen en el art. 248 CP y los que lo hacen contra el interés colectivo se insertan en el art. 399 bis.

En este sentido, todas las figuras que guardan relación con las estafas se introducirían en el art. 248.2 CP, relativo a las estafas impropias, en los siguientes términos:

“a) Los que, con ánimo de lucro, *obstaculizando o interfiriendo indebidamente en el funcionamiento de un sistema de información o introduciendo, alterando, transmitiendo o suprimiendo indebidamente datos informáticos* o valiéndose de cualquier otra manipulación informática o artificio semejante consigan una transferencia no consentida de cualquier activo patrimonial en perjuicio de otro.”

Se introduce en este precepto la previsión del art. 6 de la Directiva relativa al fraude en los sistemas de información. El prelegislador español realiza una copia casi literal del precepto aunando los dos grupos de conductas recogidos en la Directiva. La redacción resulta similar a la recogida en el delito de daños informáticos y en el de obstaculización de sistemas por lo que, en base a la presencia o no del elemento subjetivo del injusto de *ánimo de lucro*, será de aplicación este tipo o aquellos. Se observa en el precepto, no obstante, el empeño por mantener la referencia a la manipulación informática o artificio semejante que tan problemática ha resultado<sup>116</sup>,

Se ha visto anteriormente que el encaje de algunas conductas *relacionadas* con la

115 Ministerio de Justicia, *Memoria del análisis de impacto normativo*, 27 de octubre de 2021, p. 17, y *Anteproyecto de Ley Orgánica por la que se modifican la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal, para la transposición de directivas en materia de lucha contra el fraude y la falsificación de medios de pago distintos del efectivo y de abuso de mercado, y la Ley Orgánica 7/2014, de 12 de noviembre, sobre intercambio de información de antecedentes penales y consideración de resoluciones judiciales penales en la Unión Europea, a los efectos previstos en el artículo 26.4 de la Ley 50/1997, de 27 de noviembre*, del Gobierno, III, p. 3.

116 Cfr., *supra*, epígrafe 4.2.3.

informática resultaba problemático. Así, las conductas de *phishing*, *pharming* y similares, forzadas a encuadrarse dentro de los conceptos altamente imprecisos de manipulación informática o artificio semejante, resultan claramente abarcados por el tipo. No obstante, la reforma no altera la necesidad de obtención de la transferencia de activos por lo que, según entendemos, no resulta punible bajo este precepto la mera obtención de las claves para operar, según hemos analizado anteriormente<sup>117</sup>.

“b) Los que fabricaren, *importaren*, *obtuvieren*, poseyeren, *transportaren*, *comerciaren*, o de otro modo *facilitaren a terceros dispositivos, instrumentos o datos o programas informáticos, o cualquier otro medio diseñado o adaptado* específicamente para la comisión de las estafas previstas en este artículo.”

Una vez más, el *horror vacui* punitivo se hace presente, esta vez impulsado por la instancia supranacional. Se introduce aquí la previsión del art. 7 de la Directiva que insta al castigo de acciones que giran en torno a las herramientas utilizadas para cometer los algunos de los delitos de estafa y falsificación previstos en la norma. Como se ha comentado, esta previsión no es novedosa para España<sup>118</sup>, mas la nueva redacción propuesta viene a introducir dos cambios fundamentales. En primer lugar, la ampliación de las acciones típicas y, en segundo lugar, una precisión respecto a las características del objeto. Por lo que respecta al primer cambio, el casuístico legislador europeo, seguido en parte por el español, enumera diversas acciones a título ejemplificativo siendo muchas de ellas concreciones de otras más amplias. Así, entendemos que la importación es una forma de obtención, y transportar o comercializar pueden ser comprendidas por la amplia expresión de *facilitar a terceros*. En cualquier caso, nuestro prelegislador pretende *combinar* la redacción vigente con el mandato europeo.

Por lo que respecta al segundo cambio mencionado, resulta sin duda un acierto si consideramos la finalidad del precepto (distinto es que nosotros critiquemos la existencia de este precepto en los términos actuales). Se ha comentado la problemática surgida en torno a la necesidad de que los programas informáticos objeto de la acción estén “específicamente destinados” a la comisión de estafas, dados los múltiples usos que pueden darse a estos medios. En la redacción propuesta se habla de medios “diseñados o adaptados específicamente” a tales fines, lo cual ampliará, sin duda, la aplicación del precepto atendiendo a la finalidad específica del instrumento en el caso concreto.

Ahora bien, cabe destacar que la obligación europea respecto a esta figura rige en relación a los delitos recogidos en los arts. 4.a, 4.b, 5.a, 5.b y 6. Dejando a un lado los relativos a las falsedades (arts. 4.b y 5.b), que se comentarán más adelante, la propuesta española hace extensiva la aplicación del precepto a *las estafas previstas*

117 Cfr., *supra*, epígrafe 4.2.3.

118 Cfr. *supra*, epígrafe 4.4.

*en este artículo.* Esto es, todos los delitos introducidos por la Directiva, extendiendo el adelantamiento punitivo creado. Asimismo, la norma europea marca una pena máxima de, al menos, 2 años de prisión, mientras que la equiparación española a las restantes estafas impropias supondrá una pena mínima de 3 años.

“c) Los que, utilizando de forma fraudulenta tarjetas de crédito o débito, cheques de viaje o cualquier otro medio de pago distinto del efectivo o los datos obrantes en cualquiera de ellos, realicen operaciones de cualquier clase en perjuicio de su titular o de un tercero.”

Se introduce en este precepto el castigo del uso fraudulento de medios de pago alternativos. Cabe destacar que, acertadamente, el prelegislador no reproduce de modo literal el precepto europeo (art. 3.a de la Directiva), omitiendo la necesidad de que los medios *hayan sido objeto de robo o de otra forma de apropiación u obtención ilícita*. Entendemos que esta precisión acotaría injustificadamente el precepto toda vez que un uso fraudulento supone un uso no autorizado, como sería el que deriva de una obtención ilícita previa del instrumento.

Como se ha comentado anteriormente, la amplitud del objeto hacia *otros medios de pago distintos del efectivo* resulta acertada toda vez que carece de fundamento la discriminación en la protección del patrimonio basada en características no esenciales del objeto empleado para lesionarlo<sup>119</sup>. Bien es cierto que el concepto de *cualquier otro medio de pago* puede resultar impreciso y excesivamente amplio según se interprete, mas se debe considerar que la propia Directiva contiene una definición del mismo (art. 2.a) que nuestro prelegislador propone introducir en el art. 399 ter CP, como se verá. La ubicación sistemática del precepto –presumimos que en la Sec. 4ª del Cap. II del Tít. XVIII, junto a las falsedades de tarjetas- pudiera hacer pensar que la definición sólo sería de aplicación a los delitos de falsificación. No obstante, el propio precepto señala que su interpretación es válida “a los efectos de este Código”.

En relación a la acción típica, cabe destacar que el Anteproyecto mantiene la estructura vigente y, con ella, se aleja del castigo de la mera actividad, como marca la normativa europea. Así, en España será preciso *realizar operaciones... utilizando de forma fraudulenta...*, mientras que la Directiva dictamina el castigo del mero uso de los instrumentos. En la *Memoria del análisis de impacto normativo* se afirma que se trata de un delito de resultado cortado<sup>120</sup> mas resulta claro que la redacción exige que las operaciones, efectivamente, se realicen para que el delito se consuma; la utilización fraudulenta de los instrumentos de pago es el medio que debe emplearse para realizar las operaciones. En este sentido, la propuesta resulta más adecuada desde el punto de vista de la lesividad que deben tener las conductas penadas, mas será la Unión Europea quien determine su *satisfacción* con la transposición, considerando,

119 Cfr. *supra*, epígrafe 4.2.4.

120 Ministerio de Justicia, *Memoria del análisis de impacto normativo*, cit., p. 16.

como se apunta, la necesidad de respetar los principios internos que rigen en cada Estado a la hora de adaptar su ordenamiento jurídico.

Finalmente, cabe señalar que la pena máxima marcada en el Anteproyecto excedería en un año al recomendado en la Directiva de 2 años.

*“d) Los que, para su utilización fraudulenta, sustraigan, se apropiaren o adquieran de forma ilícita tarjetas de crédito o débito, cheques de viaje o cualquier otro instrumento de pago distinto del efectivo”.*

Este novedoso y desafortunado precepto se propone introducir como una nueva modalidad de estafa impropia castigando con una pena de hasta 3 años de prisión – la Directiva marca un mínimo máximo de 2 años- la realización de conductas que presentan un nivel de ofensividad mucho menor para el interés protegido toda vez que se encuentran más alejadas de su lesión. Así, se castigan diversos actos de apropiación ilícita de los medios de pago citados cuando se lleven a cabo para su uso fraudulento. Un uso que podrá ser del propio sujeto que realiza las acciones o de un tercero. Si es para uso propio, el precepto tendrá un importante efecto criminógeno toda vez que la pena asociada al uso posterior es la misma. Así, se castiga de modo autónomo una conducta que ni siquiera podría ser considerada una tentativa de uso. Si es para uso ajeno, la conducta constituiría un acto de colaboración que planteará problemas concursales con la nueva figura que se introducirá en la letra e), tal y como veremos a continuación

Toda vez que estas conductas se encuentran ya castigadas en el Código penal, se han de considerar los posibles problemas concursales que pueden surgir también con las figuras de hurto, robo y apropiación indebida en las que se encuadraría actualmente su castigo. En atención a la especificidad del precepto, entendemos que resulta de aplicación preferente respecto a las diversas formas de apropiación ilícita, quedando, a su vez, subsumido en el caso de utilización posterior (art. 248.2.c) o puesta a disposición de terceros (art. 248.2.e, a comentar).

*“e) Los que, para su utilización fraudulenta y sabiendo que fueron obtenidos ilícitamente, posean, obtengan, transfieran, distribuyan o pongan a disposición de terceros tarjetas de crédito o débito, cheques de viaje o cualesquiera otros instrumentos de pago distintos del efectivo.”*

Este precepto resulta también novedoso en la legislación española en sede de las estafas impropias. No así en el Código penal. Así, dado que el sujeto debe tener conocimiento del origen ilícito del instrumento, entendemos que todas las acciones constituyen formas de colaboración con quien realizó el delito de previo, esto es, bien formas de receptación, castigadas con una pena de hasta 2 años de prisión (art. 298 CP), bien actos blanqueo, con una pena de prisión de hasta 6 años (art. 301 CP). Al igual que en el caso anterior, la especificidad del precepto supondrá su aplicación preferente y, como veremos a continuación, privilegiada respecto a la receptación y el blanqueo.

De este modo, se propone la tipificación conjunta de las previsiones contenidas en las letras c) y d) de sendos artículos 4 y 5 de la Directiva. Estas figuras, previas en el *iter criminis*, adelantan la intervención penal a acciones anteriores al efectivo uso del instrumento y lesión del bien jurídico. En este sentido, las conductas quedarán subsumidas en el art. 248.2.c cuando la efectiva utilización de los medios enumerados tenga lugar. Ocurre que, consciente de este adelantamiento, la normativa europea sugiere una pena menor que la de las restantes figuras, limitada a 1 año de prisión como máximo. Nuestro prelegislador, en lugar de seguir tal previsión, propondrá su castigo con la mitad inferior de la pena marcada para el delito de estafa (de 6 meses a 3 años de prisión), sobrepasando dicha recomendación europea. Aun así, como se ha comentado, la pena es menor que las asociadas a los delitos de receptación y blanqueo.

El Anteproyecto propone también, como se ha anticipado, reformar el art. 249 CP para introducir la siguiente previsión: “*en los supuestos de la letra e) del apartado 2 del artículo anterior se impondrá la pena en su mitad inferior*”. Nos remitimos a los comentarios realizados en el párrafo anterior al respecto.

Es de destacar, no obstante, que se omite la reforma de la previsión relativa a los 400€, que marca el límite para la aplicación de la pena de prisión o la pena de multa. Esta regla entendemos que es de aplicación únicamente para las figuras de las letras a) y c), toda vez que son las únicas que contienen formas de estafa; los restantes son actos previos a las mismas. Ahora bien, si bien consideramos acertada la previsión, se plantean dudas sobre el cumplimiento de los mandatos de la Directiva toda vez que las conductas podrán ser castigadas con penas de multa atendiendo a dicha cuantía. Asimismo, se plantearía una situación paradójica y es que conductas previas en el *iter criminis* –esto es, más alejadas de la lesión del bien jurídico– podrían tener una pena mucho más grave que la efectiva lesión que supone la defraudación –el uso del instrumento. Así, por ejemplo, quien posea una tarjeta o instrumento de pago ilícitamente obtenido para su posterior utilización (nuevo art. 248.2.e CP), dado que no ha defraudado cantidad alguna, no se vería subsumido en la modalidad atenuada; su pena necesariamente será de prisión de hasta 3 años. Si el mismo sujeto, una vez obtenga el instrumento, lo utiliza –defrauda– (art. 248.2.c CP) podrá evitar la pena de prisión. Así, el efecto criminógeno no sólo se incrementa sino que llega a resultar casi una incitación al uso del instrumento toda vez que, si el sujeto se mantiene dentro de ese límite de los 400€, la pena será de multa.

Por lo que respecta a las conductas que giran en torno a la falsificación o alteración de los instrumentos de pago, se propone la reforma del art. 399 bis CP en los siguientes términos:

“1. El que altere, copie, reproduzca o de cualquier otro modo falsifique tarjetas de crédito o débito, cheques de *viaje o cualquier otro instrumento de*

*pago distinto del efectivo*, será castigado con la pena de prisión de cuatro a ocho años...”

La única reforma aquí contemplada es la ampliación del objeto típico para dar cabida a los diversos instrumentos de pago existentes. Como se ha anticipado, se recogen conjuntamente las previsiones de los arts. 4.b y 5.b de la Directiva. La pena asociada sobrepasa con creces el límite máximo mínimo allí sugerido de 2 años de prisión.

“2. La tenencia de tarjetas de crédito o débito, cheques de viaje o cualesquiera otros instrumentos de pago distintos del efectivo falsificados, destinados a la distribución o tráfico será castigada con la pena señalada a la falsificación”.

El prelegislador aprovecha la ocasión para proponer la reforma de este precepto introduciendo la equiparación de los objetos aquí recogidos a los medios de pago alternativos. Cabe destacar que este delito no se recoge de modo expreso en la Directiva puesto que únicamente se hace referencia a la *posesión* (arts. 4.c y 5.c), no a la tenencia para distribución.

“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, cheques de viaje o cualesquiera otros instrumentos de pago distintos del efectivo falsificados, será castigado con la pena de prisión de dos a cinco años”.

Al igual que en los casos anteriores, la única reforma contemplada en el precepto es la relativa a la inclusión de los medios de pago alternativos. Se da así cumplimiento al art. 3.b de la Directiva y se sobrepasa también el límite máximo sugerido para la pena establecido en 2 años de prisión.

“4. El que, para su utilización fraudulenta y a sabiendas de su falsedad, posea u obtenga, para sí o para un tercero, tarjetas de crédito o débito, cheques de viaje o cualquier otro instrumento de pago distinto del efectivo será castigado con pena de prisión de 1 a 2 años”.

Esta previsión, original también en esta sede, es similar a la que se propone introducir en el art. 248.2.e CP. La duplicidad se debe a la comentada diferenciación que realiza el prelegislador entre los actos relativos a las falsificaciones y a las estafas. En cualquier caso, al igual que allí ocurría, se viene a dar cumplimiento, de modo conjunto, a los arts. 4.c, 4.d, 5.c y 5.d de la Directiva. Así, nos remitimos a los comentarios anteriormente realizados puesto que los mismos problemas se originan en relación al solapamiento con las figuras de receptación y blanqueo.

Cabe destacar que la pena excede en un año las recomendaciones marcadas por la Directiva (1 año de prisión como límite máximo). Ahora bien, la tipificación expresa de la posesión acabará con aquellas líneas jurisprudenciales que interpretaban que la

posesión de una tarjeta falsificada o alterada, cuando los datos del poseedor coincidan con los reflejados en la tarjeta, podían calificarse como un acto de falsificación, con independencia del conocimiento de la persona que, efectivamente, realizó la falsificación<sup>121</sup> y castigaban las conductas con las elevadas penas marcadas para este delito.

Finalmente, las restantes reformas propuestas son las relativas a la definición de los *instrumentos de pago distintos al efectivo* (nuevo art. 399 ter CP<sup>122</sup>), donde se copia literalmente la definición dada por la Directiva (art. 2.a), y la adecuación del art. 400 CP<sup>123</sup> a la normativa europea (art. 7) relativa a las herramientas para la comisión de estos delitos –previsión similar a la introducida en el art. 248.2.b CP.

Asimismo, cabe destacar que la Directiva contempla el castigo agravado para el caso de comisión de los diferentes delitos (excepto el relativo a las herramientas del art. 7) en el seno de una organización delictiva (art. 9.6), en cuyo caso la pena máxima mínima se elevará a los 5 años de prisión. En este sentido, las conductas de falsificación no requieren adaptación puesto que su límite máximo es de 8 años (y, aun así, el art. 399 bis. 1 CP prevé su castigo con la mitad superior de la pena marcada cuando se de esta circunstancia). Las conductas de utilización (art. 399 bis. 3 del Anteproyecto) y de tenencia (Art. 399 bis. 4 del Anteproyecto) carecen de referencias específicas a esta modalidad agravada, mas la primera tienen una pena máxima de 5 años de prisión, con lo que se daría cumplimiento a la norma europea. La tenencia, en cambio, se castiga con una pena de 1 a 2 años de prisión, por lo que no se ajusta a los mandatos de la Directiva. En el caso de las estafas, la previsión se propone introducir expresamente en un nuevo apartado 3 del art. 250 CP donde el prelegislador, siguiendo las penas marcadas para las agravantes del apartado 1, prevé una pena de prisión de 2 a 6 años y una multa de 6 a 12 meses. En el caso de tratarse de jefes, administradores o encargados de la organización o grupo criminal, la pena se aplicará en su mitad superior, pudiendo llegar a la pena superior en grado.

## 6. Conclusiones críticas

Tras este largo periplo que venimos atravesando en España con la interpretación de instrumentos tecnológicos en la comisión de delitos, una nueva senda tortuosa se

121 Cfr. *supra*.

122 Redacción propuesta en el *Anteproyecto*: “a los efectos de este Código, se entiende por instrumento de pago distinto del efectivo cualquier dispositivo, objeto o registro protegido, material o inmaterial, o una combinación de estos, exceptuada la moneda de curso legal, que, por sí solo o en combinación con un procedimiento o conjunto de procedimientos, permite al titular o usuario transferir dinero o valor monetario incluso a través de medios digitales de intercambio”

123 Redacción propuesta en el *Anteproyecto*: “la fabricación, recepción, obtención, tenencia, distribución, puesta a disposición o comercialización de útiles, materiales, instrumentos, sustancias, datos y programas informáticos, aparatos, elementos de seguridad o cualquier otro medio diseñado o adaptado específicamente para la comisión de los delitos descritos en los Capítulos anteriores, se castigarán con la pena señalada en cada caso para los autores”

abre ante nosotros. La adaptación de la legislación española a la Directiva (UE) 2019/713, que debía realizarse antes de junio de 2021, no se ha producido aún. Con cinco meses de retraso, y una llamada de atención por parte de la Unión Europea, se presenta un Anteproyecto de reforma que ni satisface del todo los mandatos europeos, ni es respetuoso con nuestros parámetros internos.

Entre los aspectos acertados del texto, destacamos sin duda el procurar insertar las nuevas figuras delictivas en el sitio correspondiente del Código penal en atención al interés lesionado. Según la postura mantenida en este trabajo, el elemento tecnológico no puede distorsionar la valoración de la conducta ni de la afectación al bien jurídico. Así, este debe quedar relegado a un segundo plano primando en todo momento la protección de los distintos intereses reconocidos, concepción de la que el Código penal da cuenta a través de la ubicación sistemática de los delitos según los bienes jurídicos afectados. En este sentido, se rechaza la regulación conjunta de estas figuras como se realiza en la Directiva.

Ahora bien, por lo demás, se hace necesario una reconsideración del Anteproyecto a la luz del principio de lesividad y, en base al mismo, realizar una nueva valoración de la dispar ofensividad que representa cada conducta, asociando en cada supuesto un castigo proporcional. En este sentido, los límites máximos mínimos marcados por la Directiva pueden ser de utilidad como aproximación a la valoración que en sede comunitaria se realiza. Así, debemos comenzar señalando que la Directiva no parece diferenciar, en lo que a gravedad de la acción se refiere, los actos que giran en torno a la apropiación ilícita de los instrumentos de pago (incluimos aquí el uso de los instrumentos, considerado estafa) de aquellos que guardan relación con la falsificación. La diferenciación en el castigo de 1 o 2 años de prisión en la Directiva se realiza en atención a la cercanía de lesión del bien jurídico de las distintas acciones.

En España, como se ha comentado, las conductas de falsificación se consideran de mayor gravedad que las otras, diferenciándose la pena asociada en cada caso de modo considerable: prisión de hasta 3 años para las estafas, de hasta 8 años para las falsificaciones. Esta diferenciación radica en que allí el interés afectado es el patrimonio individual mientras que en las falsedades se ve afectada la confianza en el tráfico jurídico. Considerando la extensión del uso de estos medios alternativos de pago en la sociedad y la incidencia que la falsificación de los mismos puede tener – toda vez que se crea una nueva relación crediticia inexistente-, estimamos acertada esta diferenciación en la pena, no así su gravedad. Es necesario, sin embargo, atender a su naturaleza híbrida que, como se ha señalado, los sitúa a medio camino entre medio de pago y documento mercantil<sup>124</sup>. Si tomamos como punto de referencia la falsedad en documento mercantil, con una pena de prisión de hasta 3 años, y consideramos también la pena máxima mínima marcada por la Directiva, de hasta 2 años de prisión, los 8 años que se pueden imponer en España nos resultan a todas luces

124 MORÓN LERMA, 2016, p. 1237.

excesivos. Para su determinación, el legislador parece haber comparado la pena máxima del delito de falsificación de moneda (hasta 12 años) y la del de falsificación en documento mercantil (hasta 3 años), haciendo una media aritmética entre ambas (7 años y 6 meses, redondeado a 8 años) para marcar el límite máximo de la falsificación del delito comentado. Lo propio parece haberse hecho con su límite mínimo (de 8 años allí y 6 meses en documento mercantil). Ocurre que el elevado límite de la falsificación de moneda –cercano al del homicidio y sobrepasando el de la violación, según se ha apuntado<sup>125</sup>–, distorsiona este cálculo al alza. Antes bien, consideramos que un límite máximo de 6 años resultaría más adecuado toda vez que, con menos, también se puede hacer patente el mayor reproche penal que merecen estas conductas respecto a las estafas o las falsedades mercantiles, que recibirían la mitad de la pena.

Esta necesidad de volver a valorar la lesividad de las conductas se hace también patente en la nueva configuración propuesta de las conductas tipificadas en el art. 248.2 CP, confusamente denominado estafas impropias. Para empezar, cabe destacar que, de las cinco previsiones contenidas en el precepto, únicamente dos constituyen actos de defraudación (letras *a* y *c*), las restantes son conductas previas. El prelegislador es consiente que las conductas que propone tipificar en las letras *d* (apropiación ilícita de los instrumentos citados) y *e* (obtención y puesta a disposición de terceros de los mismos) son actualmente castigadas conforme a los correspondientes delitos contra el patrimonio (robo, hurto o apropiación indebida) y de receptación o blanqueo, respectivamente, tal y como se menciona en la propia *Memoria*. El motivo de sustraerlas del ámbito de su castigo habitual e insertarlas junto a otras conductas con las que se comparte el objeto típico es evitar el límite allí impuesto de los 400€ que determinaría exclusivamente la imposición de una multa<sup>126</sup>. Previsión que, cabe destacar, el Anteproyecto no realiza respecto a las conductas defraudatorias (letras *a* y *c*) que podrán subsumirse bajo la previsión de multa del art. 249 par. 2.

Ahora bien, a efectos de una mayor claridad –y por la conveniencia de separar aquello que es diferente–, sería conveniente la tipificación independiente de las conductas defraudatorias (*a* y *c*) respecto a las restantes (*b*, *d* y *e*). Pero no sólo esto, toda vez que las conductas presentan una mayor lejanía con la lesión del bien jurídico, se hace necesario que el reproche penal sea también menor. No encontramos justificado que todas las conductas, con excepción de la previsión de la letra *e*, tengan el mismo marco penal con un límite superior de 3 años de prisión. Como se ha comentado, esto no sólo vulnera el principio de lesividad y la proporcionalidad que debe tener el castigo penal, sino que tiene un importante efecto criminógeno. Bien es cierto que la Directiva, con la mencionada excepción, arroja el mismo límite de 2 años para todas

125 QUERALT JIMÉNEZ, 2015, p. 756.

126 Se alude también a la afectación de bienes jurídicos que “exceden del patrimonio del particular afectado”, mas entendemos que esta referencia no se realiza en relación a los delitos de estafa sino a los de falsificación. Ministerio de Justicia, Memoria del análisis de impacto normativo, cit., p. 20.

las conductas, pero también lo es la necesidad de respetar nuestros propios principios internos. Así, la rebaja en un año del límite máximo de la pena para estas figuras se ajustaría a dichos límites sin vulnerar los mandatos europeos. Esta reflexión la hacemos extensiva a la previsión del art. 400 bis relativo a las herramientas destinadas a la falsificación toda vez que el fundamento es el mismo.

Por otro lado, es de resaltar que la ampliación de los objetos típicos del art. 248.2.c) a “cualquier otro medio de pago distinto del efectivo” acabará con los problemas de encaje jurídico penal de las conductas que recaen en objetos que, teniendo las mismas funciones que las tarjetas recogidas en el precepto, no podían calificarse como tales. Así, por ejemplo, libretas de ahorro. Se ha visto que la respuesta de la jurisprudencia ha sido la de castigar estos actos conforme al delito de estafa informática, ampliando excesivamente la noción de *artificio semejante* (a la manipulación informática). Pues bien, la nueva propuesta de tipificación recoge también las conductas que recaigan en dichos instrumentos. En este sentido, habrá que ver si los tribunales rectifican la interpretación mantenida hasta entonces conforme al nuevo precepto o mantienen la –forzada– calificación de *artificio semejante*.

Ocurre que, a la luz de la reforma del apartado a) de dicho artículo, entendemos que se puede producir un solapamiento en determinados casos. Así, cuando habiendo obtenido ilícitamente los datos de una tarjeta de pago digital, se utilice fraudulentamente. Estos supuestos encajarían en el apartado c), en tanto instrumentos de pago – o tarjetas de crédito o débito– usados en perjuicio de su titular, y en el apartado a) con la nueva redacción propuesta (aunque, atendiendo a la interpretación mayoritaria, también como manipulación informática). Si bien ambas conductas reciben la misma pena, de atenderse al objeto delictivo se penará conforme a la letra c), y si se presta atención al elemento inmaterial de la conducta, serán castigadas según la letra a).

Finalmente, cabe destacar aspectos que pueden ser considerados menores, mas mejorarían la redacción típica propuesta. En primer lugar, atendiendo a la definición que se introduce en el art. 399 ter CP de *instrumento de pago distinto del efectivo*, resulta cuestionable que no se proponga eliminar las referencias expresas a las *tarjetas de crédito o débito* de los diferentes preceptos toda vez que resultan fácilmente calificables de tal modo. De hecho, la Directiva aquí analizada, sin contener referencias a dichos términos, viene a sustituir a la DM 2001/413/JAI que sí contiene menciones expresas. En este sentido, podemos entender que su omisión deriva del empleo del concepto más amplio comentado, por lo que el legislador nacional debería hacer lo propio y evitar este tipo de ejemplificaciones casuísticas.

En el mismo sentido, se debe reducir la casuística introducida en los preceptos que castigan la posesión, obtención o puesta a disposición de terceros de tarjetas (art. 248.2.e) o herramientas para cometer los delitos (art. 248.2.b en las estafas y art. 400 bis para las falsificaciones). Resulta llamativo que la propuesta del art. 399 bis.4, que

contiene esta nueva figura típica, se limite al castigo de la posesión u obtención de las tarjetas falsificadas, mientras que sus homólogos introduzcan expresamente acciones típicas que son citadas en la Directiva a título ejemplificativo. En efecto, *transferir y distribuir* son formas de *poner a disposición de terceros* (art. 248.2.e); asimismo, *importar* es una forma de *obtener*, y *transportar* o *comercializar* son formas de *facilitar a terceros* (art. 248.2.b); del mismo modo que *recibir y obtener* pueden entenderse como sinónimos en este contexto, y *distribuir* y *comercializar* pueden quedar comprendidos dentro de la expresión de *poner a disposición* (art. 400). El empleo de diferentes verbos para castigar lo mismo resulta sumamente confuso, no sólo entre las conductas relativas a las tarjetas, sino, de modo más significativo, entre las que se refieren a herramientas. Así, proviniendo de la misma referencia de la Directiva (art. 7), la propuesta de reforma recoge distintas acciones en el contexto de las estafas<sup>127</sup> y en el de falsificación<sup>128</sup>, sin que podamos encontrar una justificación en este sentido.

## Bibliografía

- AGUDO FERNÁNDEZ, E.; JAÉN VALLEJO, M.; PERRINO PÉREZ, A. L. (2020), *Derecho penal aplicado: parte especial. Delitos contra el patrimonio y contra el orden socioeconómico*, 2ª ed., Madrid.
- ARÁNGUEZ SÁNCHEZ, C. (2000), *La falsificación de moneda*, Barcelona.
- AZCONA ALBARRÁN, C. D. (2012), *Tarjetas de pago y derecho penal. Un modelo interpretativo del art. 248.2 c)*, Barcelona.
- BACIGALUPO ZAPATER, E. (1983), “Estafa y abuso de crédito”, *La Ley*, n. 3, pp. 998-1004.
- BARUTEL MANAUT, C. (1997), *Las tarjetas de pago y crédito*, Barcelona.
- BELTRÁN SÁNCHEZ et al. (Coords.) (2011), *Curso de Derecho Privado*, 14ª ed., Valencia.
- BENÍTEZ ORTÚZAR, I. F. (2009), “Informática y delito. Aspectos penales relacionados con las nuevas tecnologías”, en Benítez Ortúzar, I. F. (Coord.), *Reforma del Código Penal. Respuestas para una sociedad del siglo XXI*, Madrid, pp. 111-136.
- BERNAL JURADO, E. (2001), *El mercado español de tarjetas de pago bancarias: situación actual y perspectivas*, Madrid.
- BERNAL JURADO, E.; PARRAS ROSA, M. (2003), “Factores explicativos de la demanda de servicios de pago con tarjetas bancarias en España: una aproximación empírica”, *Sistema financiero español: estudios empíricos*, n. 805, marzo, pp. 171-189.
- BORJA JIMÉNEZ, E., (2019), “Lección XXXVI. Falsedades, con especial referencia a la falsedad documental”, en González Cussac, J. L. (Coord.), *Derecho penal. Parte especial*, 6ª ed., Valencia, pp. 647-668.
- BRANDARIZ GARCÍA, J. A. (2010a), “Falsificación de moneda (art. 387 CP)”, en Álvarez García, F. J. y González Cussac, J. L. (Dirs.), *Consideraciones a propósito del Proyecto de Ley de 2009 de modificación del Código Penal*, Valencia, pp. 377-378.
- BRANDARIZ GARCÍA, J. A. (2010b), “Falsificación de tarjetas de crédito y débito y cheques de viaje (art. 399 bis)”, en Álvarez García, F. J. y González Cussac, J. L. (Dirs.), *Consideraciones a propósito del Proyecto de Ley de 2009 de modificación del Código Penal*, Valencia, pp. 389-393.

<sup>127</sup> Se castiga aquí el fabricar, importar, obtener, poseer, transportar, comercializar o de otro modo facilitar a terceros.

<sup>128</sup> En este ámbito, las referencias son a la fabricación, recepción, obtención, tenencia, distribución, puesta a disposición o comercialización.

- CASTRO MORENO, A. (2002), “Consideraciones para una posible reforma de los delitos de falsificación de moneda, sellos y efectos timbrados”, *Actualidad penal*, n. 22, mayo-jun., pp. 547-580.
- CHOCLÁN MONTALVO, J. A. (2001), “Fraude informático y estafa por computación”, *Cuadernos de Derecho judicial*, n. 10, pp. 305-352.
- CHOCLÁN MONTALVO, J. A. (2002), “Infracciones patrimoniales en los procesos de transferencia de datos”, en Morales García, O. (Dir.), *Delincuencia informática. Problemas de responsabilidad*, *Cuadernos de Derecho Judicial IX-2002*, CGPJ, Madrid, pp. 241-280.
- CRUZ DE PABLO, J. A. (2006), *Derecho Penal y nuevas tecnologías. Aspectos sustantivos*, Madrid.
- DE LA MATA BARRANCO, N. J. (2015), *Derecho Penal europeo y legislación española: las reformas del Código Penal*, Valencia.
- DOPICO GÓMEZ-ALLER, J. (2010), “Modificaciones relativas a los tipos de robo con fuerza en las cosas y robo con violencia e intimidación”, en Álvarez García, F. J. y González Cussac, J. L. (Dir.), *Comentarios a la Reforma Penal de 2010*, Valencia, § 29, edición electrónica sin paginar.
- ECHANO BASALDUA, J. I.; GIL NOBAJAS, M. S. (2014), “Falsificación de medios de pago distintos del efectivo: Adecuación a la normativa europea y estudio comparado”, *Revista de Derecho y Proceso penal*, n. 34, abril-junio, pp. 59-99.
- FARALDO CABANA, P. (2009), *Las nuevas tecnologías en los delitos contra el patrimonio y el orden socioeconómico*, Valencia.
- FERNÁNDEZ PANTOJA, P. (2011), "art. 399 bis", en Cobo del Rosal, M.; Morillas Cueva, L. (dirs.) *Comentarios al Código Penal*, T.XII, Madrid, pp. 485-520.
- FERNÁNDEZ TERUELO, J. G. (2007), *Ciberdelitos. Los delitos cometidos a través de Internet*, Oviedo, s/l.
- FERNÁNDEZ TERUELO, J. G. (2010), “Estafas (arts. 248, 249, 250 y 251 CP)”, en Álvarez García, F. J. y González Cussac, J. L. (Dir.), *Comentarios a la Reforma Penal de 2010*, Valencia, § 31, edición electrónica sin paginar.
- GETE-ALONSO; CALERA, M. del C. (1997), *Las tarjetas de Crédito. Relaciones contractuales y conflictividad*, Madrid.
- GÓMEZ RIVERO, M. C. (2019), *Nociones fundamentales de Derecho penal. Parte especial*, 3ª ed., Madrid.
- GÓMEZ SÁNCHEZ, A. (2006), *El sistema de tarjeta de crédito*, Granada.
- GONZÁLEZ CUSSAC, J. L. (2019), “Lección XXIII. Delitos contra el patrimonio y el orden socioeconómico (VII): Estafas”, en González Cussac, J. L. (Coord.), *Derecho penal. Parte especial*, 6ª ed., Valencia, pp. 399-420.
- GONZÁLEZ RUS, J. J. (2005), “Lección 21. Delitos contra el patrimonio y contra el orden socioeconómico (V) Las defraudaciones. La estafa”, en Cobo del Rosal, M. (Coord.) *Derecho penal español. Parte especial*, 2ª ed., Madrid, pp. 505-528.
- JAÉN VALLEJO, M. (2002), “Falsificación de tarjetas de crédito o débito: la alteración de los datos contenidos en la banda magnética constituye falsificación de moneda (art. 386 CP). Nota sobre el Acuerdo del Pleno no jurisdiccional de la Sala Segunda del Tribunal Supremo de 28 de junio de 2002”, *RECPC*, 04-10, p. 1-3.
- JAVATO MARTÍN, A. M. (2013), “Las tarjetas de crédito y débito. Aspectos penales”, *Cuaderno Red de Cátedras Telefónica*, n. 10.
- JIMÉNEZ SÁNCHEZ, G. J.; DÍAZ MORENO, A. (2020), *Lecciones de Derecho Mercantil*, 23ª ed., Madrid.
- LUZÓN CUESTA, J. M. (2018), *Compendio de Derecho penal. Parte especial*, 21ª ed., Madrid.
- LLORIA GARCÍA, P. (2012), “Lección XIV. Delitos de falsedad (2). Falsedades documentales”, en Boix Reig, J. (Dir.) *Derecho penal. Parte especial. Vol. III*, Madrid, pp. 430-454.
- MARÍO GOFFAN, C. (2000), *Tarjetas de Crédito. Análisis contractual, problemática procesal y penal*, Buenos Aires.
- MATA y MARTÍN, R. M. (2007), “Medios electrónicos de pago y delito de estafa”, en Mata y

- Martín, R. M. (Dir.), *Los medios electrónicos de pago. Problemas jurídicos*, Granada, pp. 319-365.
- MATA y MARTÍN, R. M.; JAVATO MARTIN, A. M. (2009), “Tratamiento jurídico penal de los fraudes efectuados con tarjetas de pago. Doctrina y jurisprudencia”, *Revista Aranzadi de derecho y nuevas tecnologías*, n. 20, pp. 37-53.
- MORENO NAVARRETE, M. A. (2002), *Derecho-e. Derecho del comercio electrónico*, Madrid.
- MORILLAS CUEVA, L. (2015), "Falsedades (II). Falsedades Documentales", en Morillas Cueva, L. (Coord.), *Sistema de Derecho Penal Español. Parte Especial*, 2ª ed., Madrid, pp. 1065-1091.
- MORÓN LERMA, E. (2016), “Artículo 399 bis”, en Quintero Olivares, G. (Dir.), *Comentarios al Código penal español. Tomo II (artículos 234 a DFF. 7ª)*, 7ª ed., Cizur Menor, pp. 1236-1245.
- MORÓN LERMA, E.; RODRÍGUEZ PUERTA, M. J. (2010), “La clonación de tarjetas bancarias” en Quintero Olivares, G. (Dir.) *La Reforma Penal de 2010: Análisis y Comentarios*, Cizur Menor, pp. 233-238.
- MUÑOZ CONDE, F. (2008), “De la llamada estafa de crédito”, *RGDP*, n. 9, pp. 1 y ss.
- MUÑOZ CONDE, F. (2013), *Derecho penal. Parte especial*, Valencia.
- MUÑOZ CONDE, F. (2019), *Derecho penal. Parte especial*, Valencia.
- MUÑOZ CONDE, F. (2021), *Derecho penal. Parte especial*, Valencia.
- NÚÑEZ CASTAÑO, (1998), *La estafa de crédito*, Valencia.
- ORTS BERENGUER, E.; ROIG TORRES, M. (2001), *Delitos informáticos y delitos comunes cometidos a través de la informática*, Valencia.
- ORTS BERENGUER, E.; ROIG TORRES, M. (2005), “Delitos contra la intimidad, utilización fraudulenta de tarjetas de crédito y falsedad en documento electrónico: análisis de casos”, *Estudios de derecho judicial*, n. 71, pp. 87-128.
- PÉREZ-SERRABONA GONZÁLEZ, J. L.; FERNÁNDEZ FERNÁNDEZ, L. M. (1987), *La tarjeta de crédito*, Granada.
- PULIDO QUECEDO, M. (2003), “La falsificación de *banda magnética* de tarjetas de crédito como delito de falsificación de moneda falsa y la *competencia* de la Audiencia Nacional”, *Revista de Actualidad Jurídica*, Aranzadi, n. 571, 27/marzo, p. 14.
- QUERALT JIMÉNEZ, J. J. (2010), *Derecho penal español: parte especial*, Barcelona.
- QUERALT JIMÉNEZ, J. J. (2015), *Derecho penal español. Parte especial*, Valencia.
- QUINTERO OLIVARES, G. (2006), “Fraudes y defraudaciones ante una reforma del Código penal”, en Arroyo Zapatero, L., *et. al.*, *La reforma del Código penal tras 10 años de vigencia*, Cizur Menor, pp. 81-102.
- QUINTERO OLIVARES, G. (2010), “Las reformas en falsedades de moneda, documentos, de identidad y certificados, arts. 387, 392, 399 y 400 CP” en Quintero Olivares, G. (Dir.) *La Reforma Penal de 2010: Análisis y Comentarios*, Cizur Menor, pp. 325-330.
- RANKL, W.; EFFING, W. (2003), *Smart card handbook*, 3ª ed., Chichester.
- RODRÍGUEZ RAMOS, L.; RODRÍGUEZ DE MIGUEL, J. (2003), “Falsificación de tarjetas de crédito y uso fraudulento de las mismas (Comentario de la Sentencia de la Sala II del Tribunal Supremo de 8 de julio de 2002). Ponente: Sr. Maza Martín”, *Revista de Derecho Bancario y Bursatil*, n. 90, Julio-Septiembre, pp. 251-279.
- ROMÁN PUERTA, L. (1986), “Las tarjetas de crédito en el campo penal”, *Nuevas formas de delincuencia*, Consejo del Poder Judicial, número especial IX, Madrid, pp. 97-107.
- ROMEO CASABONA, C. M. (1986), “Delitos cometidos con la utilización de tarjetas de crédito, en especial en cajeros automáticos”, *Nuevas formas de delincuencia*, Consejo del Poder Judicial, número especial IX, Madrid, pp. 109-130.
- RUIZ RODRÍGUEZ, L. R. (2006), “Uso ilícito y falsificación de tarjetas bancarias”, *Revista de Internet, derecho y política*, n. 3. Documento de trabajo en línea. Accesible en < <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=2119652>> [Fecha de consulta: 11/05/2021].
- SALINERO ALONSO, C. (2016), “Lección 16. Delitos contra el patrimonio (III). Defraudaciones: estafa. Apropiación indebida. Defraudaciones de fluido eléctrico y análogas”, Madrid, pp. 403-434.

- SÁNCHEZ DEL VALLE, A. (1974), “Las tarjetas de crédito: un primer paso hacia la sociedad sin dinero”, *Teleinformática. Dinero y crédito*, vol. III, Madrid.
- SÁNCHEZ TOMÁS, J. M. (2011), “Los delitos de falsificación de moneda y efectos timbrados”, en Álvarez García, F. J. (Dir.) *Derecho penal español. Parte especial (III)*, Valencia.
- SIMÓN, J. A. (1988), *Las tarjetas de crédito*, Buenos Aires.
- SUÁREZ-MIRA RODRÍGUEZ, C. (2018), *Manual de Derecho penal. Parte especial. Tomo II, Cizur Menor*, pp. 361 y ss.
- VICENTE CHULÍA, F. (1986), *Compendio critico de Derecho Mercantil T II.*, 2ª ed., Barcelona.
- VILLACAMPA ESTIARTE, C. (2008), “La falsificación de medios de pago distintos del efectivo en el Proyecto de Ley Orgánica de Reforma del CP/2007: ¿respetamos las demandas armonizadoras de la Unión Europea?”, *Diario La Ley*, n. 6994, 22 de julio, pp. 3 y ss.