

El cibrecrimen en el ámbito económico y patrimonial

Prof. Dr. iur Dr. med. Carlos María Romeo Casabona
Prof. Dr. Iñigo de Miguel Beriain

Tema 5º

Manipulaciones informáticas (I).

El fraude informático.

Las transacciones a través de la red y de terminales bancarios.

20. MANIPULACIONES INFORMÁTICAS (I). EL FRAUDE INFORMÁTICO. PLANTEAMIENTO

1. Concepto

La manipulación de datos informatizados constituye la forma más frecuente de aparición del conjunto de delitos informáticos en las sociedades de alto desarrollo tecnológico y forman también el núcleo de dichos delitos desde un punto de vista criminológico, es decir, son los que presentan una mayor incidencia.

La manipulación consiste en la modificación no permitida del resultado de un procesamiento automatizado de datos, mediante la alteración de los datos que se introducen o están ya almacenados en un sistema informático en cualquiera de las fases de su procesamiento o tratamiento informático, siempre que sea con ánimo de lucro y en perjuicio de tercero.

Estas conductas constituyen lo que se conoce como *fraude informático*. Las manipulaciones recaen por lo general en modificaciones de la contabilidad de la empresa, de facturaciones de bienes, relación de pagos de salarios, pensiones o ayudas sociales y retenciones impositivas vinculadas con los mismos, estado y movimiento de cuentas de clientes bancarios, intereses de los mismos, balances, inventarios, etc. Tales alteraciones pueden producirse, como se indicaba, en las distintas fases en que puede ser dividido el manejo de los datos: a) en la entrada o introducción de los mismos en el programa correspondiente, o 'input'; b) en el programa mismo; y, c) en la salida de los datos, o 'output', una vez procesados convenientemente por el ordenador.

2. *El difícil encaje de las manipulaciones informáticas en los delitos tradicionales contra el patrimonio*

La peculiaridad del medio empleado en las manipulaciones de datos informatizados, el hecho de que en realidad la acción recae sobre elementos incorporales e intangibles (recuérdese, p. ej. la transferencia electrónica de fondos), y de que no se actúa directamente sobre personas sino sobre máquinas, plantea la dificultad del encuadre o adecuación de estas conductas en los tipos delictivos contra el patrimonio generales correspondientes, lo que ha dado lugar a la introducción en el Código Penal español –y de modo semejante en las leyes penales de otros países– de un delito específico con el fin de prevenir estas conductas.

De todos modos, todavía es útil realizar un breve estudio de esos delitos contra el patrimonio, con el fin de poner de relieve sus fallos e inconvenientes para poder castigar adecuadamente las conductas de fraude informático y justificar la necesidad de un nuevo delito, como hizo el legislador en el CP de 1995. Por consiguiente, a continuación proponemos un análisis dogmático de los tipos penales patrimoniales de enriquecimiento más significativos recogidos en el Código penal vigente español, comparándolos con las modalidades más problemáticas de manipulaciones de datos informatizados.

20.1. Los delitos de apoderamiento

Supuestos de inaplicabilidad de estos delitos.

En el delito de hurto, que es el más característico de estos delitos, el objeto en el que recae la acción ha de ser una cosa mueble ajena,

señala el Código Penal (art. 234: “El que, con ánimo de lucro, tomare las cosas muebles ajenas sin la voluntad de su dueño...”). El recurso a esta expresión impone analizar el concepto de cosa mueble.

No cabe duda de que ha de tratarse de cosas corporales, en las que sea posible su aprehensión o apoderamiento material, quedando excluidas las incorporales o inmateriales. Trasladada esta apreciación a las manipulaciones del llamado dinero contable, escritural o documental, o de mercancías virtuales, operando a través de sistemas informáticos, la conclusión lógica es que no caben estos delitos aplicados a las mismas: en estos casos se está actuando sobre cosas inmateriales, se trata no de una cosa material (p. ej., dinero en metálico), sino de un derecho de crédito en favor de su titular. A la misma conclusión podemos llegar cuando lo que se sustrae por este procedimiento son bienes que se facturan a un cliente ficticio, siempre que no se produzca una aprehensión material de los mismos por el autor del hecho. Por estas razones, el delito de hurto no ofrece de lege lata los medios adecuados para la represión penal de estas manipulaciones realizadas con ánimo de lucro.

Supuestos en los que los delitos de apoderamiento son aplicables.

Hay otros casos en los que se producen conductas de manipulaciones informáticas más o menos sofisticadas -aunque también en los que las manipulaciones son burdas, ni siquiera informáticas o no existen manipulaciones en cuanto tales-, pero en los que estos delitos pueden aplicarse y, por consiguiente, el autor o autores pueden ser castigados, evitando su impunidad. Esto ocurre fundamentalmente con los accesos a aparatos mecánicos o electrónicos semejantes que proporcionan productos a cambio de su pago correspondiente, bien en metálico, bien por medio de una tarjeta magnética o similar. En la mayor parte de estos supuestos puede sostenerse que existe un delito de robo con fuerza en las cosas -en el sentido figurado de “fuerza” que utiliza en ocasiones la ley- y pueden por ser calificados los hechos como robo, que es una modalidad agravada del hurto (tipo agravado), evitando así la impunidad del autor.

Como expondremos más abajo, pero será conveniente razonarlo con mayor detalle, algo semejante ocurre con el acceso a cajeros automático que dispensan dinero en metálico, asentando el débito o crédito a una determinada cuenta, de la que es supuestamente

titular la persona que accede a dicho cajero por medio de una tarjeta electrónica.

20.2. El delito de apropiación debida

Por su parte, el delito de apropiación indebida (que consiste en que “los que en perjuicio de otro se apropiaren o distrajeren dinero, efectos, valores o cualquier otra cosa mueble o activo patrimonial que hayan recibido en depósito, comisión o administración, o por otro título que produzca obligación de entregarlos o devolverlos, o negaren haberlos recibido”, art. 252 del Código Penal) presenta algunos elementos comunes a los delitos de hurto y de estafa, y en esa medida tropieza con las dificultades expuestas que presentaban a su vez estos delitos. Por otro lado, esta forma de trabajo exclusivamente a través de sistemas informáticos, plantearía con frecuencia una seria duda acerca de la presencia de otro elemento típico peculiar del delito de apropiación indebida: haber “recibido en depósito, comisión o administración, o por otro título” el objeto del delito (una cosa mueble o un activo patrimonial). Tales condiciones de depositario o administrador no concurren en los programadores, analistas, alimentadores de datos, etc., ni en otros empleados a los que no corresponde funcionalmente o de hecho la administración, gestión o custodia del dinero o de las operaciones contables, ni toman decisiones sobre los mismos y, sin embargo, pueden tener de una u otra forma acceso a los datos informatizados como consecuencia de su actividad profesional.

20.3. El delito de estafa

20.3.1. Su inaplicabilidad en los supuestos de operaciones contables virtuales

Por lo que se refiere a las posibilidades que ofrece el delito de estafa, en su concepción tradicional, empezamos recordando que el bien jurídico protegido en este delito es el patrimonio considerado en su totalidad, lo que comprende en el ordenamiento jurídico todo tipo de cosas -muebles e inmuebles- o derechos. Con esta observación quedan, en principio, solventadas las dificultades que acabamos de apreciar en relación con el delito de hurto y el dinero contable, créditos y otros derechos de

contenido patrimonial, que son objeto de protección a través del delito de estafa y a los cuales se suelen dirigir aquellas manipulaciones.

Para decidir si el delito de estafa cubre o no estas manipulaciones informáticas (no olvidemos, realizadas con intención de lucro), debemos tener presente cuál es la descripción que hace la ley (el Código Penal) del delito de estafa en su modalidad tradicional:

“Cometen estafa los que, con ánimo de lucro, utilizaren engaño bastante para producir error en otro, induciéndolo a realizar un acto de disposición en perjuicio propio o ajeno” (art. 248.1).

Ocurre que el engaño y el subsiguiente error que caracterizan al delito de estafa han de recaer y originarse sucesiva y exclusivamente en un individuo, en un ser humano, mediante el nexo psicológico que se crea entre el engañado y el autor. A partir de aquí es fácil sostener que estos elementos del tipo faltarán casi siempre en las manipulaciones informáticas, particularmente cuando se realizan en la fase de la programación o procesamiento de los datos, pues aquéllas recaen sobre el sistema informático sin la intervención de persona alguna a la que realmente se engañe y se induzca a error. Como se apunta en sentido figurado ocasionalmente, en realidad se “engaña” a una máquina.

En efecto, por lo que se refiere a la manipulación informática como procedimiento del engaño, es necesario que dicha maniobra sea captada, percibida física o visualmente por una persona; es precisa una captación del contenido de los datos manipulados, de forma que como consecuencia de la misma se modifique su representación intelectual sobre la realidad que ha sido falseada. No cabe duda, por consiguiente, que ésta es una exigencia esencial para que el engaño pueda existir en general, y, lógicamente también, en las manipulaciones informáticas. Así, tal requisito no se dará normalmente en el responsable del departamento de informática de una empresa o banco, al igual que sucede con el operador u otros empleados que tienen un acceso meramente mecánico a los datos y programas, sin alcanzar a ver su contenido ni comprender el sentido exacto de los mismos, ni tener capacidad de ejecución o revisión de las operaciones del ordenador. Estas personas no pueden ser engañadas en tales condiciones.

De todas formas, no siempre está excluida la posibilidad de la percepción del objeto del engaño en el sentido del delito de estafa que estamos confrontando. Ello dependerá en gran medida del sistema de trabajo y toma de decisiones adoptados por la empresa o institución en la que se utiliza el instrumental informático, en concreto, que la orden no permitida deba ser ejecutada o supervisada por otro empleado; así como de los métodos de control de cuentas y auditorías (que habrían de ser previas a la conducta presuntamente criminal, lo que, ciertamente, no suele ocurrir en estos casos) y del propio tratamiento y procesamiento de datos. En estos casos sí que podrá concurrir este elemento del tipo. Sin embargo, el reconocimiento de la presencia del engaño incluso cuando han sido adoptados procedimientos regulares de control preventivo depende precisamente de cómo se efectúen los mismos. En primer lugar, un control sistemático de todos y cada uno de los procesos en los que son manejados los datos sería materialmente imposible o implicaría unos costes a todas luces desmesurados y desproporcionados con los objetivos de racionalidad en la gestión propuestos. En consecuencia, el control se limitaría a un muestreo de aquéllos y a los resultados finales de las operaciones contables. Esto significa ya de entrada que las posibilidades de descubrir las eventuales manipulaciones fraudulentas perpetradas por algún empleado se reducen considerablemente, con lo cual no se produce la percepción o captación por parte del auditor de la manipulación de esos datos necesaria para el engaño, y su representación errónea de la situación no estará apoyada en ese engaño, que no se ha llegado a producir. Si por el contrario, descubre la manipulación y con ello el engaño, no se habrá producido el error, pero sí la tentativa de estafa; téngase en cuenta, no obstante, que precisamente por las especiales características operativas de los sistemas informáticos, el resultado de eliminación de deudas, abono de créditos, etc., suele ser instantáneo, y en consecuencia el descubrimiento de la manipulación será posterior al mismo, lo que no permitirá por sí solo la concurrencia de la estafa.

Por su parte, el error ha de recaer sobre otra persona y ha de ser originado por el engaño. Este engaño, nos dice el Código penal, ha de ser "bastante para producir error en otro", es decir, que no todo engaño ha de considerarse idóneo para el mismo, sino que ha de ser suficiente, adecuado para producirlo, lo cual ha de medirse de acuerdo con las circunstancias del caso. Se trata aquí de la relación de causalidad entre error y engaño. En conclusión,

se puede afirmar que este elemento del tipo del delito de estafa frecuentemente estará ausente en las manipulaciones de datos informatizados, bien por faltar su presupuesto, el engaño, bien porque éste no recae en la formación de la voluntad de una persona, en su representación de la realidad, como requiere el error, sino en las operaciones automatizadas del ordenador. Cuando interfiere en el proceso una tercera persona a causa de la división del trabajo en el seno de la empresa o de los controles periódicos a que se encuentra sometido el personal de la sección de procesamiento de datos, si se ha producido el engaño en los términos expuestos más arriba, sí que podrá generar aquél el error, si esta interferencia ocurre en un momento intermedio entre el engaño y el acto de disposición, lo cual no siempre sucede, pues con frecuencia depende del azar. Sin embargo, algún autor especialista en esta materia no compartía esta conclusión con anterioridad a la reforma del Código Penal, a la que nos referiremos más abajo, partiendo para sustentar su tesis de que el error al que venimos aludiendo no es un elemento autónomo del tipo del delito de estafa. No obstante, la jurisprudencia ya entonces había tenido ocasión de pronunciarse en sentido similar al que proponíamos en aquella época.

También plantea algunas dificultades el requisito del delito de estafa referido al acto de disposición patrimonial, que por ser redundantes, vamos a omitir su mención.

Por todo lo expuesto, el delito tradicional de estafa tampoco reúne las características típicas necesarias para un adecuado castigo de las manipulaciones de datos informatizados, pues o no concurren los elementos del tipo del delito o se origina un engarce desnaturalizado entre los mismos; y cuando los hechos son típicos, esto es, adecuados al delito de estafa, sucede de forma excepcional y aleatoria, lo que no constituye garantía alguna sobre la eficacia de su sanción penal.

20.3.2. Aplicabilidad del delito de estafa a los supuestos de transacciones comerciales a través de la red

El delito de estafa es aplicable sin especiales dificultades cuando se realizan transacciones comerciales a través de Internet entre varias personas. Por ejemplo, en la compraventa de un producto que se pone a disposición en Internet, el comprador elige el modelo que desea adquirir, realiza el pago correspondiente,

normalmente transmitiendo al vendedor en el curso de la operación los datos numéricos de una tarjeta de débito o de crédito, de forma que éste pueda hacerse pago previamente al envío de la mercancía por correo postal (p. ej., equipos, piezas o programas informáticos, libros, entradas para asistir a un espectáculo, pasajes de viaje, reservas de hospedaje, etc.), o bien directamente por la red (música, películas, libros electrónicos, etc.). Es previsible que este procedimiento de transacciones se incremente de forma muy intensa en el futuro, dada la comodidad que comporta para ambas partes, la rapidez con que puede gestionarse la operación y el abaratamiento de costos que conlleva (si bien este efecto no se refleja siempre de forma correlativa en los precios de venta al público), a medida de que vayan ganando confianza entre los consumidores y no constituya, por otro lado, una fuente más de abusos contra éstos. La confianza está supeditada precisamente a la seguridad de las transacciones, tanto respecto a la opacidad y seguridad de las mismas en relación con terceros (intimidación, no apoderamiento de los datos de las tarjetas, etc.) como la buena fe entre las partes.

Es en relación con esto último donde pueden cometerse estafas, bien porque el supuesto comprador no tenga la intención de pagar el producto o servicio, dando claves falsas pero creíbles, bien porque el vendedor remita un producto que no responde a las características o a la calidad ofertadas. En estos supuestos, ciertamente, los elementos del delito de estafa concurrirán con facilidad y podrán ser castigados penalmente sus autores por tal delito.

Aclarado lo anterior, debe apuntarse que en realidad el sistema informático como medio de la transacción comercial y, en su caso, de la conducta delictiva, no aporta ninguna característica específica relacionadas con las TIC que requiera una particular atención por parte del Derecho Penal, pues un hecho semejante podría cometerse por medios tradicionales o incluso por otros medios técnicos (p. ej., por teléfono), siendo estos medios irrelevantes para la caracterización delictiva de los hechos, no en vano hemos propuesto que es la estafa, en su modalidad tradicional o estricta, el delito aplicable en estos casos (art. 248.1 del CP).

También pueden concurrir otras variantes, en las cuales el sujeto activo obtiene información relevante del sujeto pasivo, el cual mediante un engaño previo, aporta tal información de forma

voluntaria, pero incurriendo en error sobre la naturaleza de la operación que está realizando y sobre la verdadera identidad y personalidad de la persona con la que supuestamente está realizando una determinada operación. Así, cuando una persona aporta los datos de su cuenta bancaria o la numeración y código de acceso de su tarjeta bancaria (de crédito o de débito), creyendo erróneamente que tales datos los está facilitando a su propia entidad bancaria, de la que es cliente, para que la misma realice supuestamente alguna acción de control; o cuando suministra los datos de su tarjeta y código de acceso a la entidad emisora o a un comerciante, cuando en realidad se facilita a otras personas que con dicha información obtendrán dinero o cargarán operaciones o transacciones a la cuenta o tarjeta del sujeto pasivo. En algunos de estos casos se trata en realidad de personalidades interpuestas, y mediante manipulaciones informáticas el sujeto que aparenta ser la entidad que figura representada en la imagen desvía la información aportada por el cliente para utilizarla a continuación (realización de operaciones bancarias de débito, compras u otras transacciones: "phising"). En estos casos concurren los elementos de la estafa (art. 248.1 del CP) y, probablemente también, los del fraude informático (art. 248.2).

En fin, la dinámica criminal actual está abriéndose a supuestos que son fácilmente reconducibles a la estafa tradicional, sin perjuicio de que el mero hecho de obtener de forma ilícita los datos mencionados constituye tan sólo un acto preparatorio, que en cuanto tales no serían punibles.

20.4.El fraude informático y conductas asimiladas

20.4.1. La necesidad de nuevos delitos: la reforma penal

A la vista del riesgo de lagunas punitivas en relación con la manipulación de datos o sistemas informáticos, el único camino practicable que quedaba consistía en la introducción en el Código Penal de una figura delictiva nueva que se adaptase a las peculiaridades comisivas que presentan las manipulaciones informáticas con ánimo de lucro, puesto que aunque comportan un evidente contenido defraudatorio, estas conductas no encajan en la mayor parte de los casos en el delito de estafa. No se olvide que la prohibición de aplicar por analogía la ley (esto es, aplicar ésta hechos semejantes a los recogidos y prohibidos por ella, pero

realmente no idénticos), cuando implica un efecto perjudicial para el sujeto procesado (analogía *in malam partem*), está completamente prohibida por la misma ley, incluso también por la Constitución.

Las anteriores propuestas de política legislativa, propugnadas por amplios sectores de los especialistas, dieron lugar a que el legislador se planteara seriamente la oportunidad de introducir un nuevo delito que atendiera de forma suficiente a las necesidades de prevención penal de estos auténticos fraudes informáticos. Así, los Proyecto de CP de 1992 y de 1994 introdujeron la figura de estafa o fraude informático, que finalmente pasaría a incorporarse al Código Penal de 1995 en el art. 248.2, como veremos más adelante con detalle.

Frente a las diversas opciones que nos ofrece el derecho comparado, nos parece más correcta la que adoptó el Proyecto citado y mantuvo el legislador en el CP de 1995, que sustituye de la forma más concisa posible los elementos de la estafa clásica que fracasan en relación con estos comportamientos -como hemos expuesto más arriba-, si tenemos además en cuenta que es equiparable el desvalor de la acción y del resultado en ambas modalidades defraudatorias (la estafa en sentido estricto y las manipulaciones informáticas).

20.4.2. Análisis del delito de fraude informático

Como ya se indicó más arriba, las conductas que venimos estudiando comportan auténticas estafas, cometidas con mayor frecuencia en el seno de las empresas, de las entidades bancarias y de las sociedades financieras por sus empleados, valiéndose de procedimientos informáticos como instrumentos del delito. Sin embargo, preferimos utilizar la expresión “fraude informático”, porque expresa al mismo tiempo la proximidad que guarda con el delito de estafa, pues en ambos casos hay un comportamiento defraudador, y sus diferencias, pues sólo en la estafa encontramos un engaño dirigido a una persona. El legislador parece coincidir en estimar que estas conductas no son, en sentido estricto, estafas -al decir “también se consideran reos de estafa”, art. 248.2-, sino comportamientos defraudatorios próximos a ellas, de modo que aquéllos se equiparan a la estafa.

El legislador de 1995 introdujo un nuevo tipo penal. En efecto, el art. 248 del CP recoge el delito de estafa en su párr. 1º (mencionado más arriba), y en el párr. 2º un nuevo tipo penal diferente, que suele llamarse “estafa informática” o “fraude informático”. Con posterioridad se incorpora un nuevo delito (art. 248.3, a partir de 2010, pasa a la letra b del art. 248.2).

Por fin la reforma del CP experimentada por LO 2/2010 introduce un delito nuevo (el de la letra c), quedando redactado el art. 248.2 en la actualidad de la siguiente forma:

“También se consideran reos de estafa:

- a) Los que, con ánimo de lucro y valiéndose de alguna manipulación informática o artificio semejante, consigan una transferencia no consentida de cualquier activo patrimonial en perjuicio de otro.
- b) Los que fabricaren, introdujeran, poseyeran o facilitaren programas informáticos específicamente destinados a la comisión de las estafas previstas en este artículo.
- c) 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.”

Para la configuración de este delito se ha recurrido a la técnica de equivalencia, es decir, se han sustituido los elementos propios del delito tradicional de estafa por otros adaptados a las nuevas características comisivas; técnica que debe acogerse favorablemente, tanto por razones dogmáticas como político-criminales. La equivalencia viene construida en el tipo en primer lugar por valerse de alguna manipulación informática o artificio semejante, equiparable a utilizar engaño bastante para producir error en otro; y en conseguir la transferencia no consentida de cualquier activo patrimonial, que es equivalente a inducir a la realización de un acto de disposición patrimonial.

Sin entrar aquí en un análisis pormenorizado del tipo, que debe contextualizarse con las demás estafas, es oportuno señalar el acierto en no haber recurrido a ninguna descripción excesivamente técnica, pues podría quedar superada por nuevas innovaciones tecnológicas en este campo.

Por ello se ha dado cabida a una fórmula amplia –en principio, poco escrupulosa con el principio de taxatividad: “o artificio

semejante"-, pero que ha de ser efectiva y no excesiva siempre que se interprete con la ayuda de los demás elementos del tipo, empezando por su referente, esto es, la primera modalidad de la acción ("alguna manipulación informática"), el resultado y su contexto, las estafas.

En cuanto a si es suficiente la descripción de la conducta típica ("...valiéndose de alguna manipulación informática o artificio semejante"), es difícil preverlo, pero al menos quedan cubiertas las diversas manipulaciones conocidas en la actualidad, como son las que se refieren a los programas del sistema o de aplicación y a los datos en cualquiera de sus fases del procesamiento informático. De todos modos, algún autor ha denunciado algunas lagunas punitivas que pueden producirse con esta regulación, al no cubrir en su opinión todas las variantes que desde una perspectiva de política criminal deberían ser sancionadas penalmente.

El resultado que requiere el tipo consiste en conseguir la transferencia no consentida de cualquier activo patrimonial. Por consiguiente, el objeto del delito –activo patrimonial- es también amplio, basta con un título de crédito de naturaleza económica.

La falta de consentimiento a la que alude el tipo se refiere, naturalmente, al sujeto pasivo del delito. Significa que la transferencia del activo se habrá producido como consecuencia de las interferencias informáticas, sin que haya habido un tercero competente que haya validado la operación con su consentimiento o autorización. De todos modos, la expresión legal es engañosa, pues es posible que se haya prestado un consentimiento, pero que este esté viciado respecto a la naturaleza y la causa del negocio jurídico, en cuyo caso aquél será nulo y podrá sostenerse que no ha mediado consentimiento, al menos jurídicamente reconocible como tal. En esta hipótesis incluso podría asumirse que nos encontramos ante una estafa en sentido estricto, la del art. 248.1, pues es probable que haya habido un engaño –bastante- inductor de un error sobre el que autoriza la transferencia –realiza el acto de disposición-.

En la parte subjetiva del delito es necesario el dolo en cualquiera de sus variantes (directo o eventual). Sin embargo, es dudosa la naturaleza objetiva o subjetiva del perjuicio, esto es, si tal perjuicio –económico- ha de existir realmente, o basta tan sólo con que el sujeto activo actúe movido por esa intención de perjudicar,

con independencia de que se haya irrogado o no tal resultado. Puesto que venimos sosteniendo el paralelismo que mantienen las estructuras típicas de la estafa y el fraude informático, este elemento, que figura también en la estafa (con la diferencia de que ésta admite, por razones, explicables, que el perjuicio sea propio o de tercero), es entendido en sentido subjetivo en ella, también será de naturaleza subjetiva en el delito de fraude informático.

Ya se expuso más arriba cómo las transacciones fraudulentas perpetradas a través de internet, tanto por parte de quien ofrece un producto o servicio como por quien lo solicita, podrían subsumirse en la estafa propia (art. 248.1 CP). Pero ha de tenerse presente que habría que resolver conforme al art. 248.2, esto es, como fraude informático, cualquier otro comportamiento manipulador, etc. en el que no intervenga una persona como sujeto pasivo del hecho.

20.4.3. Punibilidad de algunos actos preparatorios

La LO 15/2003, que modificó el CP en numerosos aspectos, ha introducido como delito unas conductas que no dejan de ser actos preparatorios del delito de estafa, al estar relacionadas con la creación de programas de ordenador con el fin de cometer el delito de estafa, o de realizar otras conductas que faciliten el uso para uno mismo o para terceros (art. 248.3). Como es sabido, los actos preparatorios suelen ser impunes, a salvo que se hayan recogido explícitamente como delito, lo que así ocurrió en este caso en 2003.

Desde 2010 ha pasado a ser el art. 248.2, b). Recordémoslo:

“Los que fabricaren, introdujeran, poseyeran o facilitaren programas informáticos específicamente destinados a la comisión de las estafas previstas en este artículo.”

Como he adelantado, se trata de actos preparatorios del delito de estafa, tanto la señalada en sentido estricto como la estafa informática (“las estafas previstas en este artículo”). En consecuencia, no es necesario para la existencia del delito que se hayan realizado actos ejecutivos de una estafa concreta. El conjunto de acciones típicas que prevé el precepto gira en último término sobre el alcance preciso que pueda darse a que los programas de ordenador estén específicamente destinados a la comisión de estafas, pues significa aceptar que ese sea su destino predeterminado y que ha sido creado con tal propósito y no otro.

Por consiguiente, un programa creado con fines lícitos, al que se le descubre una utilidad especialmente adecuada para cometer estos delitos no sería punible a través de este delito, sino tan sólo cuando el hecho formara parte del inicio de actos ejecutivos del delito de estafa propiamente dicho.

El Proyecto CP 2007 preveía la supresión en este precepto (art. 248.3) de la conducta típica de “poseer” el programa.

20.4.4. Otras formas de estafa

La última modalidad de estafa (art. 248.2, c), hace referencia 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.”

Si nos fijamos en su redacción este delito tampoco requiere un acto de engaño sobre el sujeto pasivo del delito, sino utilizar esos instrumentos de pago o los datos que contienen en perjuicio de su titular o de un tercero. Por ello puede denominarse como estafa impropia, al no serlo en sentido estricto, como tampoco tiene que ser necesariamente un fraude informático.

21. ESPECIAL CONSIDERACIÓN DE LOS DELITOS COMETIDOS EN CAJEROS AUTOMÁTICOS

21.1. Operatividad y naturaleza jurídica de las tarjetas electrónicas

Cualquier observador atento ha podido apreciar un notable incremento en la utilización de tarjetas electrónicas en el tráfico mercantil y económico de los últimos años, en su triple función como instrumento de pago, de garantía y de crédito. Una función especialmente útil y extendida de estas tarjetas es la de obtención de dinero en metálico, tanto a crédito como a débito. Como es sabido, los cajeros bancarios automáticos permiten extraer dinero en metálico a los clientes del banco o institución de ahorro, tanto cuando éste se encuentra en horario comercial como fuera de él, gracias a dichas tarjetas (y en la actualidad también la mayoría de las libretas de ahorro) provistas a tal fin de una banda magnética que registra los datos personales del cliente así como su número

personal secreto de identificación (PIN). Esta innovación tecnológica de incluir al banda magnética ha sido, con toda probabilidad, el factor decisivo para impulsar la extensión de su uso no sólo en los citados cajeros, sino también en otros servicios, como los de terminales de puntos de venta, telecompra y telebanca, también en estos casos con la ayuda de los sistemas modernos de comunicación.

Normalmente las condiciones del contrato establecidas por el instituto emisor -ya sea una entidad bancaria, caja de ahorros, un consorcio bancario u otra organización financiera- para el uso de estas tarjetas incluyen un límite de disposición, que el cliente no debe superar, y cuando se trata de obtener dinero de los cajeros automáticos ellos mismos están programados con el fin de que ese límite más específico no pueda ser rebasado, de tal forma que no expide más dinero al cliente cuando se ha llegado al tope previsto. Este control es prácticamente infranqueable cuando los diversos cajeros de la red están conectados de modo permanente -lo que es ya práctica común- con el ordenador (sistema on line), que es el que recibe y almacena de modo instantáneo las operaciones realizadas por cada cliente y da las instrucciones correspondientes a todos los terminales (cajeros automáticos), y permite guardar en su memoria la relación completa de tarjetas que han sido anuladas, por las razones que fueren, por la entidad crediticia emisora. Es realmente difícil que incluso un cliente hábil consiga burlar el ordenador, salvo que aproveche un error momentáneo en la programación o funcionamiento del mismo o si no existe la referida conexión permanente de las terminales al ordenador central (sistema off line), que poseen, además, una capacidad limitada de almacenamiento de relaciones de tarjetas anuladas. En proceso todavía de experimentación se encuentran las denominadas tarjetas 'inteligentes', llamadas a sustituir en el futuro a las de banda magnética, que ofrecen una gama variada de sofisticación y de prestaciones o servicios, pero se caracterizan todas ellas por contar con una o dos pastillas microelectrónicas (chips), que actúan como un auténtico microprocesador y pequeño banco de datos sobre la identidad de su titular y el total de operaciones realizadas, lo que impedirá abusos consistentes en rebasar el límite crediticio concedido, en los excepcionales casos en que resulta hoy todavía posible, así como su alteración o falsificación (al menos, según pretenden sus creadores). Son imaginables, no obstante, varias hipótesis de

utilización indebida de las tarjetas magnéticas que dominan el mercado.

Veamos algunos ejemplos: efectuar extracciones de dinero por el titular de la tarjeta superando la cuantía autorizada, manipulando de alguna forma en el cajero; falsificar la tarjeta, incluida su banda magnética, a cuenta de un cliente ficticio, o alterar los datos de la propia de modo que no se le carguen los adeudos que correspondan, cuya lectura mediante otro ordenador no suele ser, por lo demás, fácil, al encontrarse 'encriptados', aunque existen aparatos capaces de su lectura; sustraer la tarjeta de otro, haciéndose por cualquier procedimiento fraudulento con el número secreto personal de acceso. Este último ejemplo, no constituye en realidad una modalidad de conducta específicamente informática, aunque se mueve en su contexto, como veremos después. Un caso curioso descrito en Francia ha consistido en realizar numerosas copias de una tarjeta obtenida legalmente y utilizarlas en distintos cajeros al mismo tiempo, de tal forma que al ser simultáneas todas las operaciones el ordenador las identificó como correctas. Frecuentemente, cuando se trata de alterar o copiar tarjetas o, incluso, averiguar el número de identificación personal, suele ser necesario el concurso de empleados de las entidades bancarias encargados del mantenimiento de los cajeros automáticos o de las empresas fabricantes de los mismos. Un problema distinto se plantea cuando la tarjeta se utiliza para la consecución de bienes o servicios en el extranjero, infringiendo o rebasando los límites legalmente establecidos para la exportación de divisas.

Tal y como hemos visto y vamos a comprobar ahora, la fenomenología de la utilización irregular o abusiva de tarjetas de crédito o de cajeros bancarios automáticos es muy variada, y aunque en relación con estos últimos ciertamente en ocasiones nos encontramos ante manipulaciones en el ordenador -en la terminal- en sentido estricto, en otras tales manipulaciones no se producen en realidad y sin embargo también se obtiene dinero de forma irregular. Por otra parte, el instrumento que sirve de medio comisivo, la tarjeta de crédito con banda magnética, puede llevarnos en algún momento a plantearnos la existencia de falsedad documental. Por último, no hay que olvidar la frecuencia de conductas ilícitas que pueden perpetrarse cuando la tarjeta se utiliza como medio de pago para la obtención de bienes o servicios, que sigue constituyendo todavía el uso más generalizado. De ahí la conveniencia de su estudio desde la

perspectiva de la adecuación de las diversas conductas y variantes que se pueden presentar con los tipos penales de contenido patrimonial -aunque no sólo con éstos- de nuestro Código Penal más relevantes.

21.2. Modalidades delictivas

21.2.1. *Utilización de la tarjeta por un tercero sin el consentimiento de su titular*

La primera hipótesis que podemos plantearnos es la de la utilización de la tarjeta de crédito (con o sin banda magnética o microchip) por una persona distinta a la de su titular, sin conocimiento ni consentimiento de éste. El procedimiento más frecuente de obtención de la tarjeta es, lógicamente, la sustracción de la misma a su titular, su pérdida y subsiguiente hallazgo o su compra en el mercado negro.

La utilización de la tarjeta, como decíamos, puede presentar diversas formas: como instrumento de pago por la obtención de mercancías o servicios (comercios, restaurantes, hoteles, etc.), o como medio directo de obtención de dinero a través de entidades bancarias o instituciones de ahorro, frecuentemente distintas a la emisora de la tarjeta (en la medida en que existe un convenio a tal fin), o a través de los cajeros automáticos bancarios. Veamos la calificación jurídico-penal que merece su utilización abusiva en cada una de estas variantes.

a) *Utilización como instrumento de pago para la obtención de bienes o servicios, o como medio de obtención de metálico en una entidad crediticia*

Como hemos visto, la tarjeta puede llegar a manos de un tercero distinto del titular por varios caminos o procedimientos. De los supuestos mencionados nos encontramos con que la sustracción de la tarjeta de crédito en sí misma puede encuadrarse sin mayores complicaciones en el delito de hurto del 234 del Código Penal; de la misma forma, encontrarse una tarjeta perdida puede llevarnos al delito de apropiación indebida en su particular modalidad del art. 253 del Código penal; así como, por último, su obtención del titular por medios engañosos daría lugar a una estafa. Sin embargo, si detenemos por unos instantes nuestro análisis, comprobamos que con ello poco hemos conseguido, por varias razones: el delito de hurto, de apropiación indebida o de

estafa, en su caso, quedaría reducido al valor de la cosa sustraída, lo que convertiría el hecho en una falta; con cierta frecuencia ocurre que el autor no quiere la tarjeta para sí, no hay ánimo de apropiación de la cosa, sino que la devuelve o pretende devolverla a su titular, lo que nos movería en un hurto de uso de la cosa. Ello no ha constituido óbice alguno para que en ocasiones el hurto de uso haya sido estimado punible por nuestra jurisprudencia -incluso referido a los vehículos de motor cuando no existía tal figura en el Código penal español-, atendiendo para determinar la pena al valor del beneficio económico obtenido con la utilización de la cosa. Pero en nuestro caso, mientras la tarjeta no sea utilizada para su destino natural no existe ventaja patrimonial alguna al margen de su valor intrínseco.

Aclarado esto, y puesto que lo frecuente es que se intente utilizar la tarjeta en cualquiera de sus funciones, para que la primera modalidad comisiva pueda llevarse a cabo es necesario que el autor del hecho al rellenar la factura acreditativa de la compra de bienes o del disfrute de los servicios obtenidos, imite la firma del verdadero titular de la tarjeta, que figura en ésta, pues es el único modo de conseguir su propósito sin levantar sospechas en el empleado del negocio, quien cotejará ambas firmas como aseguramiento de la coincidencia entre titular y tenedor de la tarjeta, en el caso de que no requiera algún otro medio de identificación. No cabe duda de la comisión de un delito de estafa en sentido estricto (art. 248.1 del CP), dado el engaño y subsiguiente error que se origina con la apariencia de una personalidad que no le corresponde al tenedor de la tarjeta, apariencia que es la que le ha permitido obtener el beneficio económico traducido en la adquisición de bienes u obtención de servicios; pero, al mismo tiempo, ha incurrido en un delito de falsedad en documento mercantil (art. 392 en relación con el art. 390 nº 2º del CP), que dará lugar a un concurso de delitos en relación de medio a fin (art. 77 del CP). En esta línea podemos inscribir a la doctrina jurisprudencial española.

La misma calificación jurídico-penal merecerán los hechos si lo que se obtiene es directamente dinero en metálico de una entidad bancaria o de ahorro, o de otras que prestan servicios, pero que excepcionalmente conceden créditos limitados en numerario a sus clientes.

b) *Utilización de la tarjeta para acceder a un cajero automático*

En relación con esta clase de conductas es de suponer, en primer lugar, que el autor obtiene, por cualquier medio, el código o número secreto de identificación (PIN) del titular de la tarjeta para que el referido acceso sea efectivo. El hecho de obtener el número secreto del propio titular de la tarjeta por cualquier procedimiento engañoso, no es suficiente para hacernos pensar en un delito de estafa en relación con el dinero que se obtiene con posterioridad a través de ella, puesto que aunque existe un engaño por parte del autor y presumiblemente un error en el titular de la tarjeta al facilitar el número secreto (en el supuesto que sea él quien lo comunique), no concurren los elementos de la estafa, en especial el acto de disposición, que realmente no existe y además el engaño no parece 'bastante' en el sentido del art. 248.1 del Código penal.

El objeto material de la acción recae sobre el dinero. En este sentido, no ofrece mayores objeciones la subsunción de la conducta en el delito de hurto, atendiendo a la cantidad de dinero sustraído mediante la tarjeta: ciertamente el autor toma una cosa mueble (el dinero) ajena sin la voluntad de su dueño.

En primer lugar, podría sostenerse, y nada habría de reprochable en esta afirmación en mi opinión, que el sujeto pasivo y perjudicado del delito es el titular de la tarjeta sustraída. No obstante, esto no siempre es así o, mejor dicho, no suele ser así. En la relación contractual que se establece entre el usuario de la tarjeta y la entidad emisora suele incluirse una cláusula según la cual en caso de pérdida o sustracción de aquélla, el titular queda exonerado de cualquier responsabilidad, esto es, de tener que soportar los débitos originados por el uso indebido de tercero, a condición de que comunique inmediatamente lo sucedido al emisor, quien a partir de ese momento (además de tomar las medidas oportunas para invalidar la tarjeta o, mejor, su utilización) asume los débitos que pudieran producirse, salvo que hubiera mediado culpa o negligencia por parte del titular de la misma. Nótese que también a partir de ese instante la situación deviene más compleja, puesto que ya no se trata de sustraer algo (dinero) de un tercero (el titular de la tarjeta) en un lugar determinado (el cajero), sino que ahora se presenta una relación directa entre el agente y el sujeto pasivo, la entidad bancaria o de ahorro.

Así es, en cuanto que aquél "solicita" el dinero directamente a la entidad, a través, desde luego, del cajero automático. Si

suponemos que la entidad no ha conseguido bloquear o invalidar la tarjeta sustraída (o perdida) cuando el autor realiza la operación, lo que sucede es lo siguiente: una vez introducida una tarjeta auténtica y el número de identificación correspondiente, el cajero (la entidad crediticia) entrega "voluntariamente" la cantidad de dinero seleccionada. ¿Nos encontramos, por consiguiente, ante un delito de hurto? La respuesta dependerá de que realmente podamos afirmar que el dinero se ha obtenido sin la voluntad de su dueño o, lo que es lo mismo, de la entidad bancaria o de ahorro. Pero, por otro lado, ¿existe un engaño del autor, al hacer creer al cajero automático que él es el titular de la tarjeta, y debido a esta condición y sólo a ella, realiza un acto de disposición patrimonial, lo que abocaría a dilucidar la existencia de un delito de estafa? La respuesta en relación con esta segunda alternativa es más fácil, así que vayamos directamente a ella.

En esta hipótesis no hay en realidad un engaño a una persona, a la que se induzca a error. No quiere negarse con esto que el autor no se esté valiendo de procedimientos fraudulentos, que sí lo son, pero no en el sentido típico exigido por el art. 248. Por tanto, debemos negar la existencia de una estafa, sin perjuicio de que deba recordarse lo apuntado más arriba, cuando se realizan transacciones engañosas en la red que permiten al autor obtener datos bancarios o de su tarjeta relevantes, para a continuación realizar dicho autor o un tercero transacciones comerciales contra la cuenta o tarjeta del sujeto pasivo, pues en este caso la adecuación de estos hechos en el delito de estafa es evidente, sin perjuicio de que pueda suscitar dudas de si resulta aplicable la estafa en sentido estricto o el fraude informático, o haya que elegir por uno de ambos delitos.

Volvamos entonces al delito de hurto para los hechos sobre cuya identidad veníamos discutiendo.

En nuestra opinión hay que resolverla desde una doble alternativa: o es sujeto pasivo el titular de la tarjeta (hipótesis ya analizada), y en este caso él asume las consecuencias de la utilización de la tarjeta por terceros con su consentimiento, puesto que podemos afirmar que la tarjeta se encuentra bajo la esfera de su dominio o control; o lo es el instituto crediticio o emisor de la misma. Para que esta segunda alternativa se presente, es necesario, como decíamos, que tras la denuncia al emisor por parte del titular de la pérdida o sustracción de la tarjeta, aquél, el instituto emisor, asuma éstas y adopte las medidas necesarias

para invalidar o bloquear la tarjeta; es decir, la tarjeta pasa a partir de ese instante a su esfera de control.

Si a pesar de ello, o por poseer la entidad técnicas defectuosas o insuficientes, el ilegítimo poseedor de la tarjeta logra obtener el dinero, lo hace "sin la voluntad de su dueño", a pesar de que el cajero automático se lo haya entregado "voluntariamente"; éste, junto con la tarjeta, ha sido tan sólo el instrumento de su delito de hurto.

La argumentación anterior sobre la existencia de un delito de hurto en los términos señalados, ya sea la víctima el titular de la tarjeta, ya lo sea la entidad de crédito, ha sido meramente instrumental, fundamentalmente a los efectos de situar estos hechos dentro de los delitos de apoderamiento, como lo es el delito de hurto, pero también el robo con fuerza en las cosas. En efecto, a partir de aquí es posible calificar el hecho definitivamente como un delito de robo con fuerza en las cosas, al utilizar llaves falsas (art. 238 nº 4 CP), que lo son las llaves legítimas perdidas por el propietario u obtenidas por un medio que constituya infracción penal (art. 239 nº 2 CP), entendiendo el Código Penal a estos efectos que se consideran llaves las tarjetas, magnéticas o perforadas, los mandos o instrumentos de apertura a distancia *y cualquier otro instrumento tecnológico de eficacia similar* (art. 239 últ. párr.; la parte subrayada ha sido introducida por la LO 2/2010). Por lo tanto, es también llave la tarjeta con banda magnética sustraída a su propietario –o perdida por éste– que permite la apertura del cajero automático y la consiguiente obtención de dinero.

Este ha sido el criterio prácticamente constante de los tribunales de justicia. Así, respecto al Código Penal anterior, las sentencias del Tribunal Supremo de 21 de septiembre de 1990, 8 de agosto de 1992, 21 de abril de 93, 25 de abril de 1996 y 29 de noviembre de 1997; y las sentencias de la Audiencia Provincial de Segovia 27 de noviembre de 1987 y 3 de noviembre de 1988. Y conforme al CP actual, las sentencias del Tribunal Supremo de 22 de noviembre de 1998, 16 de marzo de 1999 y 29 de abril de 1999 (si bien en ésta última al rechazar la existencia de un delito continuado de estafa, incluso explícitamente en su modalidad informática, absuelve de ella en virtud del principio acusatorio). La sentencia de la Audiencia Provincial de Badajoz de 25 de noviembre de 1998 aplica incorrectamente el delito de robo con fuerza en las cosas, basándose en la dicción legal de que la tarjeta magnética es una

llave, cuando en realidad los hechos apuntan a una estafa genuina (art. 248.1): una persona que habiendo sustraído una tarjeta ajena, paga con ella determinados bienes, firmando el vale correspondiente y haciéndose pasar por el titular de la misma.

De todos modos, es admisible la subsunción del hecho en el delito de fraude informático (art. 248.2, a, del CP), referido más arriba, siempre que se utilice alguna manipulación informática o un artificio semejante, es decir, de carácter técnico. De ser así, en ocasiones podría haber un concurso de normas con el precepto que sanciona el delito de robo con fuerza en las cosas. Al ser únicamente posible la aplicación de uno de estos delitos habría que resolver de acuerdo con el principio de alternatividad (castigar el hecho por el delito castigado con una pena más grave, art. 8º, 4ª del CP).

21.2.2. Utilización abusiva de la tarjeta por su titular

La utilización abusiva de la tarjeta electrónica por su titular reviste mayor complejidad desde el punto de vista de su calificación jurídico-penal que cuando se trata de un tercero. Son aquí también varias las hipótesis que pueden presentarse. Distinguiremos, por un lado, aquellos casos en los que el titular sobrepasa el límite autorizado de disponibilidad de la tarjeta o, incluso, la cobertura personal de su cuenta corriente con la cantidad gastada al disfrutar de bienes o servicios u obtenida a través del cajero y, por otro, los supuestos en que la tarjeta está caducada o ha sido anulada por el instituto emisor.

a) Abuso por exceso del crédito o de la provisión de cobertura.

La jurisprudencia ha conocido varios casos de utilización abusiva de tarjetas de crédito. Todos ellos han sido calificados como delito de estafa. El Tribunal Supremo ha venido apreciando hasta tres formas diferentes de aparición defraudatoria: "a) la falsificación de la tarjeta, bien simulándola enteramente de modo que induzca a error sobre su autenticidad, bien introduciendo en tarjeta verdadera alteraciones que modifiquen su texto, el nombre y apellidos del titular legítimo por los del agente falsario, defraudando con ello al banco, bien a los comerciantes que entregan mercaderías, objetos o efectos fiados en la autenticidad de la tarjeta y en la confianza que en ellos despierta la entidad bancaria de que se trata; b) el fin de obtener la tarjeta, la que es concedida por el banco creyendo y confiando en la veracidad de los datos facilitados mendazmente por el futuro titular de la

misma, el cual, más tarde, efectúa las compras correspondientes y no reembolsa su importe al banco y, c) el agotamiento del crédito concedido y, aprovechando que no se reflejan en la tarjeta las operaciones realizadas, la ficción o la apariencia ante comerciantes y vendedores de no haber agotado todavía el referido crédito hasta el límite máximo, en cuyo caso la falacia o mendacidad engendradora del engaño ofrecen la particularidad de producirse y desarrollarse ante un sujeto, mientras que el perjuicio patrimonial lo sufre otro, el banco, el cual, en aras de la seguridad del tráfico jurídico y haciendo honor al crédito concedido, ha de satisfacer el importe de las facturas incluso por encima del límite fijado.

En la doctrina, sin embargo, han surgido opiniones contrarias a que se pueda sustentar en estos casos un delito de estafa.

En todos estos casos nos encontramos con un ilícito civil, en la medida en la que el cliente ha infringido las cláusulas del contrato sin incurrir al mismo tiempo en el delito de estafa, o el propio comerciante, particularmente, en las precauciones y control de las operaciones que culmina mediante diferentes tarjetas de esta clase procedentes de ya numerosos institutos crediticios. Se trata de una cuestión de asunción de determinados riesgos mercantiles, como contrapartida a una captación del mayor número posible de clientes, ofreciéndoles en condiciones ventajosas o sin grandes restricciones ciertos servicios bancarios, como es el de la tarjeta de crédito, con banda magnética (que permite el acceso al servicio de cajeros automáticos) o sin ella (en ambos casos, la obtención de bienes o servicios); así como de una cuestión de renovación tecnológica o de política interna con el fin de prevenir tales usos irregulares, como ya se está produciendo cada vez con más frecuencia, sobre todo, la confirmación telefónica por el comerciante del instituto emisor de que el cliente tiene efectivamente, crédito disponible, o con el sistema de terminales de puntos de venta.

En lo que sí que hay que estar de acuerdo con la postura jurisprudencial, es en la existencia del delito de estafa cuando al solicitar y obtener la tarjeta el cliente ha aparentado un crédito y una solvencia que no posee realmente, con el posterior propósito de conseguir bienes, servicios o dinero, sabiendo desde el principio que no podrá hacer frente a los mismos.

b) Abuso por utilización de tarjeta caducada o cancelada.

La utilización de una tarjeta caducada o cancelada por su antiguo titular, si es presentada a un comerciante y aceptada por éste se origina el engaño que desencadena el proceso causal del delito de estafa, pues está aparentando un crédito del que carece en absoluto (desapareció la relación contractual que unía al titular con el emisor): la entidad bancaria o de ahorro o el instituto emisor no se harán cargo del abono de los débitos correspondientes, siempre, claro está, que en el supuesto de anulación el comerciante tenga la posibilidad de conocer por los medios habituales que suelen establecer al efecto los institutos emisores, aquella condición; en caso contrario, éstos deberían responder del pago y serían, en consecuencia, las víctimas del delito, salvo que se establezca entre estos últimos otra cosa.

Si, por el contrario, el cliente dirige su acción al cajero bancario automático, lo normal es que éste retenga o no identifique y no acepte la tarjeta y la acción delictiva del cliente quede en tentativa, ¿de qué delito? Estando excluída la estafa por las razones tantas veces aludidas, sólo nos queda hacer entrar en juego el delito de hurto, en sentido afirmativo, por motivos semejantes a los que también nos llevaban a estimar la existencia de este delito en el supuesto de utilización indebida de la tarjeta por un tercero distinto del titular.

21.2.3. La utilización de una tarjeta falseada o alterada

La utilización de una tarjeta falsificada o la alteración de datos de una auténtica, es verosímil que llegue a tener éxito frente a personas físicas (comerciantes, establecimientos de servicios, etc.). Inmediatamente surge la posibilidad de la comisión de un delito de falsedad documental, si podemos considerar la tarjeta como documento. Se entiende por documento "todo objeto que sea capaz de recoger una declaración de voluntad o un pensamiento atribuible a una persona y destinado a entrar en el tráfico jurídico". A los efectos penales se ha venido estimando como documento únicamente el que recoge el pensamiento humano por signos escritos en un soporte cualquiera, siempre que posea una cualidad material, corpórea, que permita la visualización de aquél.

Si tenemos presentes las consideraciones anteriores, no habrá dificultad en apreciar un concurso real de delitos (de medio a fin) entre el delito de falsedad en documento mercantil y estafa.

Más compleja resultaría la valoración jurídico-penal de la alteración o creación de la banda magnética fijada a la tarjeta para ser utilizada en un cajero automático. Admitida la hipótesis, la calificación de falsedad documental, referida ahora exclusivamente a la banda magnética, ya no plantea objeciones en cuanto a la consideración de la misma como documento en sentido jurídico-penal. En efecto, el soporte, la tarjeta plastificada, entraría en las exigencias típicas de documento requeridas, pero también -a diferencia de lo que sucedía con el Código Penal anterior-, de acuerdo con Código Penal vigente, el contenido, el pensamiento o realidad que refleja dicha banda magnética. En efecto, el legislador de 1995, preocupado por la incidencia de las Nuevas tecnologías de la Información en el concepto tradicional de documento, y por la inoperatividad de éste en relación con las novedades que están introduciendo aquéllas en el tráfico jurídico, ha incluido una definición de documento muy amplia, que permite dar acogida a estas novedades tecnológicas: "A los efectos de este Código se considera documento todo soporte material que exprese o incorpore datos, hechos o narraciones con eficacia probatoria o cualquier otro tipo de relevancia jurídica" (art. 26). Es decir, que el soporte puede serlo cualquiera, a condición de que lo sea material, como es el caso de un disco duro, un CDROM, ZIP, disquete, etc., capaces de almacenar datos, hechos o narraciones con cierta estabilidad y permanencia. Por consiguiente, si existe un delito de carácter patrimonial, en función de las diversas hipótesis planteadas más arriba, podríamos añadir un posible concurso con el delito de falsedad de documento mercantil cometido por particular, del art. 392 en relación con el art. 390, nº 2º y el art. 26, que habría que resolver como concurso de leyes, aplicando el principio de alternatividad, es decir, el precepto que comporte una pena más grave (art. 8, nº 4º del CP).

21.3. Conclusiones. Consideraciones político-criminales

Las manipulaciones perpetradas en cajeros automáticos mediante la utilización abusiva de tarjetas provistas de banda magnética resultan de *lege lata* incriminadas en la mayoría de las hipótesis analizadas en los apartados anteriores, no por estafa, sino por hurto o robo, en su caso. No obstante, el delito de estafa, incluso los de fraude informático o y de falsedad documental, también pueden dar una respuesta penal adecuada para algunos hechos relacionados.

Respecto a la cuestión de la incriminación de la utilización de la tarjeta por su titular rebasando el crédito o límite de disposición concedido por el instituto emisor o incluso la cobertura del saldo de su cuenta bancaria, tanto si se trata de la obtención de mercancías o servicios como de dinero, *de lege lata*, frente a la interpretación jurisprudencial, vimos que la solución que nos parecía más ajustada era la de su impunidad en todo caso, salvo en los supuestos excepcionales en los que realmente exista la intención inicial –dolo penal- de defraudar y concurren los demás elementos que integran el delito de estafa, por tratarse más bien de un ilícito civil en el que no concurren realmente todos los elementos típicos de la estafa. La comprobación de que este tipo de conductas no ha supuesto un detrimento ni menoscabo para la difusión de estos instrumentos de pago y de crédito en el tráfico mercantil, sino que el fenómeno ha sido el contrario, hay que ponerla en conexión con el principio de intervención mínima, de ultima ratio, que caracteriza al Derecho Penal. No parece, por tanto, oportuna su penalización.