

SOBRE: “ESTAFA CONVENCIONAL, ESTAFA INFORMÁTICA Y ROBO EN EL ÁMBITO DE LOS MEDIOS ELECTRÓNICOS DE PAGO. El uso fraudulento de tarjetas y otros instrumentos de pago”

Recensión del libro de Ricardo M. Mata y Martín

Antonio M^a Javato Martín

Profesor Contratado Doctor de Derecho Penal. Universidad de Valladolid

JAVATO MARTÍN, Antonio M^a. Sobre “Estafa convencional, estafa informática y robo en el ámbito de los medios electrónicos de pago. El uso fraudulento de tarjetas y otros instrumentos de pago”. Recensión del libro de Ricardo M. Mata y Martín. *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología* (en línea). 2008, núm. 10-r5, p. r5:1-r5:9. Disponible en Internet:

<http://criminet.ugr.es/recpc/10/recpc10-r5.pdf>
ISSN 1695-0194 [RECPC 10-r5 (2008), 12 dic]

RESUMEN: El libro comentado aborda distintas implicaciones jurídico penales de la utilización fraudulenta de las tarjetas y otros medios de pago. De forma sistemática estudia el autor las conductas

de utilización abusiva de tarjetas de pago directamente en los comercios, a través de Internet o en cajeros automáticos en relación a los tipos penales de la estafa convencional, estafa electrónica y robo con fuerza en las cosas. La monografía muestra las dificultades y los elementos necesarios en estas conductas para su encaje en los tipos penales mencionados, así como la jurisprudencia fundamental sobre este grupo de casos.

PALABRAS CLAVE: Tarjeta, Internet, estafa, estafa informática, robo, engaño, cajero automático, estafa electrónica, manipulación informática

Fecha de publicación: 12 diciembre 2008

El Trabajo del Prof. MATA Y MARTÍN tiene por objeto el estudio de determinados comportamientos delictivos de naturaleza patrimonial vinculados a la utilización de los medios electrónicos de pago. Concretamente, aborda aquellos aspectos de los pagos electrónicos relacionados con los delitos de estafa convencional, estafa electrónica y el delito de robo. A efectos expositivos, diferencia el autor entre las modalidades de pago

directo en centros comerciales, el pago a través de redes informáticas y, finalmente, el empleo de cajeros automáticos.

En el Capítulo I se emprende el estudio del empleo fraudulento de medios electrónicos de pago que impliquen una presencia física del cliente y comerciante o al menos un contacto personal (“operaciones presenciales o de contacto personal”). En estos casos, el tipo en aplicación será la estafa convencional, afirmación que aparece justificada mediante un meticuloso examen que efectúa el autor de los diversos requisitos configuradores del delito de la estafa (pp. 24 y ss.), examen que precede al análisis de los distintos supuestos de pagos presenciales ilícitos.

El elemento neurálgico y central del delito de estafa es el engaño o conducta engañosa, que según la redacción del tipo básico debe ser bastante, es decir, idóneo – tanto desde un prisma objetivo como subjetivo– para producir error a otra u otras personas. El siguiente eslabón de la cadena típica y lógica del delito de estafa lo constituye el error, situación de discordancia entre la representación de la realidad por parte de quien sufre el engaño y los hechos efectivos del mundo exterior, provocada por el sujeto activo mediante la conducta engañosa. En la continuación de los hechos típicos desarrollados por el autor aparece la producción de un acto de disposición patrimonial, consecuencia a su vez de la situación de error. Frente a lo pretendido por algún sector de la doctrina, MATA Y MARTÍN defiende que el acto de disposición, como elemento típico del delito de estafa, no debe traducirse necesariamente en un desplazamiento patrimonial, sino que puede consistir también en una prestación de servicios (pp. 26-27). Por otra parte, la estructuración del delito de estafa requiere la coincidencia entre el engañado y disponente, lo que no significa que aquél efectúe materialmente el acto con contenido patrimonial, pero sí que sea quien adopte la decisión.

El conjunto de hechos anteriores va a originar un perjuicio para quien ha sido destinatario inmediato del comportamiento fraudulento o para un tercero; perjuicio que suele entenderse en el sentido de un saldo patrimonial negativo, debiendo haber sufrido su patrimonio una disminución, comparando el mismo antes y después del hecho, y que en el pensar del autor se configura como una lesión efectiva y económicamente valorable del patrimonio del sujeto pasivo (p.28). Finalmente, y desde el punto de vista subjetivo, integra a su vez el elenco de elementos configuradores del delito, el ánimo de lucro, concebido como la pretensión del autor del hecho de conseguir, derivado directamente del mismo, un beneficio patrimonial para sí mismo o para un tercero.

El entramado típico expuesto, señala MATA Y MARTÍN, debe presentar una característica configuración. Los elementos típicos de la estafa deben presentar una dinámica progresiva que encaden sucesivamente el anterior con el que le sigue en el orden señalado, de forma que se precisa sucesivamente entre ellos una relación causal en cadena, siendo cada elemento considerado consecuencia del anterior y causa del posterior. Sin embargo, esta tradicional vinculación a la dimensión causal del engaño, en el sentido de su eficacia naturalística para producir el error, ha dado paso a otros criterios objetivos, como la moderna teoría de la imputación objetiva, que amplía los factores determinantes de la tipicidad de la estafa. La misma reclama tanto la peligrosi-

dad del comportamiento engañoso para la causación del perjuicio patrimonial como la superación del riesgo permitido, lo que llevaría a excluir de la zona punible ciertos engaños habituales en el tráfico comercial, conduciendo también a la exigencia, por parte de la jurisprudencia más moderna, de la observancia de ciertos deberes de auto-protección por parte de las víctimas de potenciales engaños, especialmente en las relaciones comerciales y profesionales (pp. 29 y ss.).

Llegados a este punto, MATA Y MARTÍN incide en el mantenimiento por la praxis y la literatura española mayoritaria, a imagen y semejanza de lo que acontece en el Derecho comparado, de una noción personalista del engaño propio de la estafa, lo que vendría a justificar la subsunción en ella de todos aquellos supuestos de empleo de medios de pago electrónico que requieran la presencia física o contacto personal de las dos partes de la operación; y a excluir el engaño en conductas dirigidas sobre elementos automáticos (pp. 32 y ss.).

Una vez trazadas de manera certera las líneas maestras de lo que denomina estafa clásica o convencional, el autor acomete el estudio de los diversos supuestos de pagos presenciales fraudulentos (pp. 37 y ss.). Los más habituales serán los de abono del producto o servicio a través de tarjetas de crédito o débito u otros recursos jurídicos en algún tipo de establecimiento comercial. Dentro de los mismos se pueden distinguir los usos irregulares realizados por el titular del instrumento jurídico de pago, de los puestos en práctica por un tercero diverso al titular, que son los más frecuentes.

En los primeros resultarían englobados los casos en que el titular legítimo de la tarjeta la emplea sobrepasando el crédito autorizado, o una vez que ha caducado o ha sido cancelada. A pesar de que el avance de la tecnología dificulta hoy en día sensiblemente la producción de los mismos, no obstante, puede suceder que por un fallo técnico el pago resulte habilitado y se produzca el fraude patrimonial. Aquí la jurisprudencia se decanta, sin fisuras, por la apreciación de la estafa. Todo lo contrario acontece en sede doctrinal donde no dejan de plantearse serios inconvenientes a la relevancia penal del uso fraudulento de tarjetas propias apelando, entre otros argumentos, a la inidoneidad del engaño en relación al uso de la tarjeta cancela o caducada, dado que la fecha de tal caducidad constará en la propia tarjeta, con lo que su falta de operatividad será fácilmente controlable (PÉREZ MANZANO); o a la relación jurídica existente entre la entidad emisora de la tarjeta y el comerciante de la que no se podría extraer el poder de disposición que debe concurrir en el engañado sobre el patrimonio perjudicado, argumentación esta última asociada a situaciones de superación del límite disponible (BACIGALUPO).

Semejantes reparos no parecen ser compartido por el autor del estudio, sobre todo en lo que concierne a las extralimitaciones del crédito concedido. En su opinión, el tipo de la estafa no manifiesta la exigencia de ningún tipo de relación jurídica entre engañado y quien sufre el perjuicio patrimonial, de modo que el primero goza de un poder de disposición formal sobre los bienes de quien ve reducido su patrimonio. De todas maneras, subraya MATA Y MARTÍN, el mero hecho de pagar por encima de los límites admitidos por la entidad emisora no puede constituir por sí mismo un hecho que genere responsabilidad penal, precisándose que la conducta reúna todos los requisitos

genéricos del delito de estafa y por ende, que el titular busque deliberadamente con su acción causar un perjuicio. Consecuentemente, si pese a ser consciente de la superación de los límites de pago asignados, no anida en él una finalidad defraudatoria, sino que piensa asumir los pagos efectuados mediante cantidades depositadas en la cuenta corriente asociada a la tarjeta, el hecho carecerá de trascendencia penal (pp. 39 y ss).

Mucha más incidencia práctica que los anteriores presentan los supuestos llevados a cabo por terceros no titulares de tarjetas. Entre ellos se suelen incluir la utilización no consentida de la tarjeta por el tercero para obtener alguna cantidad de dinero en una entidad financiera o para realizar el pago de productos o servicios adquiridos directamente en un establecimiento comercial. A juicio del autor, ninguna dificultad existe para incardinar semejantes hechos en el art. 248.1 del CP, pues quien finge ser titular de una tarjeta de débito o crédito en una operación presencial para lograr la entrega de ciertos bienes o la prestación de algún servicio estaría creando una falsa apariencia de crédito con la presentación de la misma frente al comerciante o empleado. Lo mismo cabría predicar respecto a la utilización de otros medios de pago, de menor aceptación, como la tarjeta monedero, el pago mediante el teléfono móvil, los cheques electrónicos o el dinero electrónico en sentido estricto, siempre claro está que se empleen en una relación comercial directa y personal.

Estima el autor, sin embargo, que la admisión del delito de estafa aparece condicionada a la observancia por parte del comerciante de la diligencia exigible por los usos mercantiles, que debe ponderarse de acuerdo a una valoración de lo que constituye la práctica habitual en el sector profesional de que se trate. En esta línea se enmarca la jurisprudencia más reciente (pp. 49 y ss.).

El Capítulo II se destina al examen del delito de la estafa electrónica que resulta aplicable a los hechos ilícitos realizados con medios de pago en redes de telecomunicaciones. Previamente al análisis de su estructura típica efectúa el autor una serie de consideraciones sobre su incriminación en el Código Penal y su relación con la estafa convencional (pp. 57 a 64). En cuanto al primer aspecto, resalta el fundamento de su introducción en el CP de 1995, el cual obedece a la negativa de los Tribunales, con anterioridad a su promulgación, a admitir la apreciación de la estafa convencional como resultado de la concepción interpersonal del engaño por ellos defendida.

En cuanto al segundo, da cuenta de las dos opciones fundamentales surgidas en este ámbito. Por una parte, estaría la línea argumental que entiende que no es posible establecer la coincidencia básica en la estructura de las dos modalidades, de tal forma que el concepto general de estafa no sirve de modelo interpretativo, ya que estas nuevas modalidades de estafa son ajenas al engaño y al error. Inversamente, otra línea de pensamiento destaca la cercanía y parentesco de la estafa electrónica con lo que sería su precedente, la modalidad convencional por encima de las diferencias obligadas. En esta orientación se alinean quienes entienden que los elementos de la estafa informática siguen manteniendo los de la estafa genérica, es decir, que en realidad se trata de una mera adaptación legislativa a las necesidades que incorpora la estafa

informática, pero siempre dentro de la dogmática y criterios interpretativos propios de este delito.

Y esta segunda opción es la asumida por MATA Y MARTÍN, lo que le lleva a efectuar el estudio del tipo del art. 248.2 CP tomando como referencia la estructura del clásico delito de estafa en todo aquello que sea posible y no resulte contrario a la concreta regulación (p.63).

El elemento determinante de la nueva modalidad defraudatoria y que además permite filtrar los supuestos correspondientes a la estafa convencional, es la existencia de una manipulación informática. Dado el carácter abierto e inconcreto de la fórmula empleada se han suscitado dos interpretaciones en la doctrina, las cuales aparecen reflejadas en el trabajo analizado. Una amplia, mayoritaria, tanto doctrinal y jurisprudencialmente, que destaca la consecuencia última de la alteración del resultado del procesamiento automatizado –el qué– y no tanto la forma de la acción realizada –el cómo–. De tal forma que por manipulación habría de entenderse cualquier alteración del resultado de un procesamiento electrónico de datos. La otra, más restringida, que atiende no tanto a las consecuencias sino al objeto sobre el que se actúa, descartando la intervención sobre los datos y sobre el *hardware* e incluyendo únicamente las actuaciones manipulativas sobre las instrucciones de procesamiento automatizado del sistema informático (*software*).

El autor se posiciona a favor de la concepción amplia, lo que repercutirá en la calificación jurídica penal asignada a los supuestos fácticos examinados en páginas posteriores (pp. 65 y ss.).

Sentado dicho presupuesto básico, MATA Y MARTÍN da noticia a continuación de las clasificaciones efectuadas sobre las diversas manipulaciones posibles y que atienden a dos puntos de vista: el momento y el lugar. Acaso la más importante sea la que toma en consideración el momento o fase en que se efectúa la manipulación informática. En este sentido, cabe distinguir entre: 1) Manipulación previa (en la fase de *input*); 2) Manipulación del programa; 3) Manipulaciones posteriores o en la salida de datos (*output*) (pp. 71-89).

En su ejecución práctica, la manipulación de carácter previo puede ser tanto activa, en sentido estricto (modificando datos reales o añadiendo otros ficticios) como omisiva (realizando la manipulación mediante un dejar hacer). Si bien es cierto que este grupo de supuestos no llegan a alterar la configuración de las instrucciones del programa, por lo que en sentido estricto no habría manipulación informática, sin embargo, como ya anteriormente se ha expuesto, el mantenimiento por la doctrina y los tribunales de la concepción amplia permite incluirlos en el perímetro de la acción típica.

Dentro de estas manipulaciones en la fase *input* el autor se detiene a analizar dos realidades fenomenológicas que presentan cierta singularidad: el de la estafa electrónica cometida en connivencia con un establecimiento comercial, y el del *phishing*, fenómeno que ha experimentado un imparable y exponencial aumento en los últimos años. *Phishing* es un término con el cual se denomina el intento mediante procedimientos informáticos de conseguir información confidencial de forma fraudulenta, como puede ser una contraseña o información detallada sobre tarjetas de crédito u otra

información bancaria. Una vez adquirida esa información, los *phishers* pueden usar esos datos personales para crear cuentas falsas con el nombre de la víctima, gastar el crédito de la víctima o incluso impedir a ésta acceder a sus propias cuentas. Como se puede comprobar, nos encontraríamos en puridad ante una conducta previa a la posible utilización fraudulenta de los datos obtenidos.

Por su parte, en la manipulación del programa se modifican las instrucciones del programa alterando o eliminando alguno de los pasos o introduciendo partes nuevas en el mismo. (Así, por ejemplo, la “técnica del salami” –*Salami technique*–, o la del “Caballo de Troya” –*Trojan horse*–)

Finalmente, las manipulaciones efectuadas en la fase *output* generan directamente una alteración en el reflejo exterior del resultado del procesamiento automatizado de datos. Como tal manipulación en el resultado, la misma puede llevarse a cabo, bien en el reflejo último en el papel escrito mediante impresora, bien en el registro en la banda magnética cuando los datos van a ser transmitidos a otros ordenadores. En esta fase *output*, indica el autor, se situaría la frontera de lo que constituye una manipulación de datos punible conforme al delito que nos ocupa, de tal forma que no se podrán calificar de estafa electrónica las alteraciones producidas después de finalizado el proceso con la salida de los mismos, lo que acontece, por ejemplo, en aquellas maniobras llevadas a cabo para ocultar el perjuicio ocasionado.

Junto a las manipulaciones informáticas aparecen como modalidad de ejecución de la estafa electrónica “los artificios semejantes”. Con ellos se pretende captar las manipulaciones de máquinas automáticas que proporcionan servicios o mercancías sin que la manipulación sea propiamente informática (Bebidas, combustible..); mas como muy bien señala MATA Y MARTÍN, estos comportamiento en nada se asemejan a la manipulación de un sistema informático. De ahí que resulte erróneo su parificación con la primera modalidad de conducta, postura ésta defendida por la praxis jurisprudencial. Para que el principio de legalidad no se vea conculcado, el autor se muestra partidario de circunscribir a dicha conducta de artificio semejante sólo aquellos comportamientos que presenten cierta similitud con la manipulación informática, es decir, es necesario que se trate de un “artificio informático semejante” (pp.95 y ss.).

Como segundo elemento de la estafa electrónica figuraría “la producción no consentida de la transferencia de activos patrimoniales”. Conforme a los presupuestos generales del trabajo establecidos con anterioridad, se considera la transferencia de activos patrimoniales como correlato del acto de disposición patrimonial en la estructura típica de la estafa común, lógicamente adaptado a la naturaleza impersonal del comportamiento. En efecto, el empleo del término transferencia, en sustitución de la expresión “acto de disposición”, obedece a la intención del legislador de captar los supuestos de traslación de activos sin intervención humana, es decir, efectuados mediante operaciones mecánicas del sistema computerizado (pp. 95 y ss).

Se plantea el problema de si el fraude en la prestación de servicios resultaría encajable en la transferencia de activos patrimoniales. No parece, según MATA y MARTÍN, que la fórmula legal incluya actividades humanas o automáticas de prestación de servicios, aun siendo económicamente evaluables, sino exclusivamente ele-

mentos patrimoniales concretos que figuren como valores representados, y con capacidad de tener una trascendencia económica efectiva de manera inmediata (p. 103).

De resultas de la transferencia no consentida de activos se debe originar un menoscabo para el patrimonio de un tercero, que debe ser real y efectivo. Ello significa, advierte el autor, que la mera anotación contable que no suponga un incremento real del patrimonio del sujeto activo no consumaría el delito, pudiéndose a lo sumo perseguir el hecho como tentativa de estafa electrónica. La necesidad de una lesión efectiva del patrimonio, opina, puede fundamentarse en el paralelismo estructural con la estafa clásica, pero también recurriendo a la naturaleza individual del bien jurídico protegido por el hecho punible y a una interpretación sistemática del precepto (pp. 103-107).

El Capítulo III trata de la utilización abusiva de tarjetas ajenas en cajeros automáticos. Generalmente, se realizará para disponer ilegítimamente de cantidades de dinero mediante la marcación del número de identificación personal (P.I.N), pero también puede efectuarse para ejecutar transferencias y traspasos de fondos a otras cuentas, pago de recibos, recarga de móviles etc. Primeramente, el autor procede a describir los precedentes de este fenómeno delictivo (pp. 111 y ss.). Su irrupción en décadas pasadas, concretamente en la década de los 80 del s. XX, hizo necesario un primer estudio y abordaje de esta nueva forma de delincuencia por la doctrina y jurisprudencia en espera de la aprobación de una específica regulación legal. La jurisprudencia dictada bajo la vigencia del anterior texto legal se mostraba unánime en catalogar dichos comportamientos de robo con fuerza en las cosas. Para ello acudían a una interpretación extensiva y funcional del concepto de “llave falsa” del art. 504-4 del CP a la sazón vigente. La doctrina, sin embargo, se mostraba discrepante con esta pacífica interpretación jurisprudencial, al estimar, con diversos argumentos, que las tarjetas magnéticas no podían ser consideradas como verdaderas llaves a efectos del delito de robo con fuerza en las cosas. Dentro de la misma, y en lo que constituyó en su día su tesis doctoral, MATA Y MARTÍN, tuvo la ocasión de apuntar, de manera preclara, la dificultad de mantener la aludida solución, debido fundamentalmente a la faceta de legitimación documental que presenta la tarjeta y que la diferencia radicalmente de las llaves falsas.

El Código penal de 1995 vino a zanjar aparentemente la polémica suscitada al incorporar en el art. 239 CP el uso de tarjetas de banda magnética como una de las modalidades de llaves falsas. De este modo, el legislador vendría a dar carta de naturaleza a la posición jurisprudencial anteriormente expuesta. Sin embargo, no parece que semejante decisión legislativa haya conseguido vencer del todo las reticencias de la doctrina científica. Y es que, como muy bien expone el autor, la misma no deja decidido que en todos y cada uno de los supuestos de empleo de estas tarjetas se actualice la totalidad de los requisitos típicos que exige ese delito. Será necesario verificar en cada caso la concurrencia de los mismos (p. 125).

Es en este momento, y apoyado en un exhaustivo análisis de los requisitos y fundamento del robo con fuerza, cuando el autor procede a fijar su posición al respecto, distinguiendo dos hipótesis (pp. 160 y ss.). Si la tarjeta es utilizada para acceder al lugar en que se encuentra el cajero, esto es, para abrir la puerta del receptáculo donde

aparece ubicado, estaría cumpliendo la función de apertura de un mecanismo de cierre asignada a las llaves falsas y, por tanto, no habrá ningún problema en la apreciación del delito. Por el contrario, si el cajero se encuentra situado directamente en la calle, es decir, no existe un espacio material de custodia, entonces no cumpliría con los requisitos de la llave falsa, teniendo exclusivamente la condición de un documento que legitima el ejercicio del derecho de crédito frente al banco. Y, en consecuencia, deberá descartarse la aplicación de la reseñada modalidad de robo.

Establecido lo anterior, se interroga MATA Y MARTÍN sobre cuál es el tipo penal que mejor se amolda a los citados comportamientos, tomando partido decididamente por la estafa electrónica (pp. 171-172). Lo que sucede aquí, argumenta, es que el autor emplea los datos de otra persona mediante la utilización no autorizada de la tarjeta bancaria para hacerse a través del cajero automático con cantidades de dinero; y ello se cohonesto perfectamente con el concepto amplio de manipulación informática. Se trataría de hechos equivalentes a los ya castigados como estafa electrónica por los Tribunales, utilizando los datos de tarjetas de terceras personas sin su consentimiento para realizar operaciones a través de Internet. Asimismo, y frente a lo que sostiene algún autor, no existe realmente inconveniente, prosigue, en admitir la existencia de una transferencia de activos patrimoniales, sin que sea obstáculo que la anotación informática y el beneficio ilícito se produzcan de forma inmediata y directa. En realidad se realiza todo el proceso típico exigido, si bien condensado en unos breves minutos; pero es que además, señala MATA Y MARTÍN, en la actualidad los cajeros automáticos permiten realizar un conjunto de operaciones diversas a la de extracción de dinero, como son las transferencias de fondos, pagos de cantidades o abono de servicios. No obstante lo cual, de *lege ferenda* aboga el autor por la formación de un tipo específico entre las defraudaciones que recoja los aludidos comportamientos (p. 170).

Por último, en el Capítulo IV se describe el marco supranacional de la delincuencia informática y de los ilícitos con medios electrónicos de pago. El Capítulo se desglosa en dos partes bien diferenciadas. En la primera, el autor pretende sacar a la luz la problemática que plantean estas nuevas realidades criminales desde la óptica de la aplicación de la ley penal en el espacio (pp. 173 y ss.). El pilar básico sobre el que se asienta esta materia, el principio de territorialidad, reducto de la soberanía estatal, aparece seriamente cuestionado y desfasado para la prosecución de un tipo de delincuencia, la informática, que presente un marcado carácter transnacional, globalizado. De ahí la conveniencia de dotarse de instrumentos internacionales que superen las angostas barreras de las legislaciones nacionales, procediendo a su armonización. Asistimos entonces a lo que constituye la segunda parte del Capítulo IV (pp. 182 y ss.), en el que da cuenta de manera prolija de las disposiciones establecidas al respecto por la Convención sobre Cibercrimen del Consejo de Europa de 23/11/2001, principal herramienta internacional sobre la materia; para a continuación exponer de forma cronológica las diversas medidas adoptadas sobre fraudes con medios de pago en la Unión Europea.

La monografía del Prof. MATA Y MARTÍN, objeto de esta recensión, constituye un completo estudio de la criminalidad patrimonial asociada a los medios electrónicos de pago. De ella hay que destacar la precisión y rigor conceptual con que ha sido elaborada, lo que en nada desvirtúa su eminente vertiente práctica. Nos hallamos, en suma, ante una obra de referencia obligada en la materia, que viene a culminar una prolongada labor de investigación en el desarrollo de los Proyectos de Investigación VA111/04 (Programa General de Apoyo a Proyectos de Investigación de la JCyL) y SEJ2004-03704 (Planes Nacionales I+D/I+D+I, MEC), desplegada en el marco del Grupo de Investigación Reconocido sobre Derecho de las Nuevas Tecnologías y Delincuencia Informática.