Seguridad

Cuaderno Red de Cátedras Telefónica

Universidad de Salamanca

LAS TARJETAS DE CRÉDITO Y DÉBITO. ASPECTOS PENALES

Cátedra Telefónica de la Universidad de Salamanca

Antonio Mª Javato Martín

No. 10 Febrero 2013

www.catedras.telefonica.es
http://catedraseguridad.usal.es

Telefónica

Cátedra de Seguridad Universidad de Salamanca
Dirección y Coordinación:
Prof. Dr. D. Fernando Pérez Álvarez, Profesor titular Derecho Penal. Director Ciencias de la Seguridad (CISE).
Profa. Dra. Dña. Angélica González Arrieta, Profesora titular Ciencias de la Computación e Inteligencia artificial.
Profa. Dra. Dña. Lina Mariola Díaz Cortés. Investigadora Cátedra de Seguridad (CISE).
Coordinación:
Dra. (c) Teresa Heredero Campo. Doctoranda Derecho Civil, Universidad de Salamanca.
Imagen y sonido:
Prof. Dr (c). D. Pablo Calvo de Castro. Profesor Ciencias de la Seguridad (CISE)
Despacho:
291 Facultad de Derecho, Campus Miguel de Unamuno.
Teléfono:
923294400 Ext. 1622
Correo electrónico:
catedratelefonica@usal.es

CISE

Antonio Mª Javato Martín

Profesor Contratado Doctor de Derecho Penal de la Universidad de Valladolid (Acreditado para profesor Titular) y Magistrado Suplente de la Audiencia Provincial de Segovia. Doctor por la Universidad de Valladolid habiéndosele concedido el premio extraordinario de doctorado. Becado por el MEC (Programa FPU) y por el Servicio Alemán de Intercambio académico (D.A.A.D). Ha desarrollado estancias de Investigación en el Max-Plank-Institut für ausländisches und internationales Strafrecht, Friburgo, Alemania (1994, 1995, 1997, 2003) y en la Lehrstuhl für Strafrecht, Strafprozessrecht und Strafrechtsvergleichung, Universidad de Friburgo, Alemania (2005 y 2007). Una parte importante de su labor investigadora se ha orientado al estudio de la criminalidad informática, en especial la de ámbito patrimonial, contando con numerosas publicaciones sobre el tema (entre ellas merece destacar: "La protección penal del consumidor en el comercio electrónico en el Derecho austriaco" en CPC 2006; "Tratamiento jurídico-penal de los fraudes efectuados con tarjetas de pago" en RDNT 2009; Bank card fraud in Spain", en Digital Evidence and Electronic Signature Law Review, 2009; y "La falsificación de tarjetas de crédito y débito. Análisis del art. 399 bis del Código Penal", en La Ley Penal, 2013. En relación con dicha materia ha participado en diversos proyecto de investigación perteneciendo actualmente al Grupo de Investigación sobre "Derecho de las Nuevas Tecnologías y Delincuencia Informática "de la Universidad de Valladolid.

Índice

ISSN: 2174-7628

Resumen:

La generalización del uso de las tarjetas de crédito y débito ha provocado un fuerte incremento de delitos relacionados con ellas. Concretamente ha disparado los fraudes en su utilización. Estos fraudes se pueden cometer tanto en los pagos efectuados en comercios, en los realizados a través de redes telemáticas, así como en la extracción ilegítima de dinero en cajeros automáticos. También ha multiplicado las conductas de falsificación de estos medios de pago. El presente artículo se ocupa de analizar cuál es la respuesta que ofrece el Derecho Penal para combatir esta clase de comportamientos.

Palabras clave:

Tarjetas de crédito y débito, estafa, estafa informática, robo con fuerza en las cosas, falsificación, Derecho Penal.

Abstract:

The spread in the use of credit and debit cards has implied a strong increase in the crimes related to them, specially, the frauds by using them. These frauds can be commited in commercial establishments, through the Internet and in automatic teller machines (ATMs). That spread above mentioned has also increased falsifications of this payment methods. The present article analyses in detail the answer provided by Criminal Law to combat this kind of form of criminality

Keywords:

Credit and debit cards, criminal fraud, computer fraud, burglary, counterfeiting, Criminal Law.

1. Introducción

Las tarjetas de crédito y débito se han convertido en uno de los instrumentos de pago preferidos para las operaciones de consumo. En las sociedades contemporáneas las tarjetas han pasado a formar parte de la vida cotidiana de muchas personas que las utilizan de manera sistemática para el pago de sus obligaciones, en sustitución del dinero en metálico, que en algunos contextos ya sólo es un instrumento de uso residual, limitado a la liquidación de deudas de pequeña cuantía. El empleo universal de la tarjeta de crédito y débito ha experimentado un extraordinario incremento debido a la sencillez con la que se ejecutan los pagos con ella. Así, a través de modernos sistemas telemáticos, que sólo requieren un par de fáciles operaciones manuales para su activación, el uso de las tarjetas resulta accesible para casi cualquier persona, con independencia de su grado de formación mercantil e incluso de su nivel educativo general.

La generalización de estos instrumentos de pago ha provocado un aumento significativo de fraudes en su utilización, que se pueden cometer tanto en comercios y en pagos realizados a través de redes telemáticas como en cajeros automáticos. En los últimos años también se ha producido un incremento sensible de las conductas de falsificación de estos medios de pago.

En el presente trabajo se trata de analizar cuál es la respuesta que ofrece el Derecho Penal para combatir este tipo de conductas delictivas.

2. Pagos mediante la presentación de tarjetas en comercios

Abordamos aquí los casos en los que una tarjeta ajena se presenta de manera no consentida como medio de pago en el comercio en el que se adquiere un bien o un servicio de forma que el comerciante acepta el pago en la creencia de que se trata del auténtico titular de la tarjeta. La doctrina (MATA Y MARTÍN 2007; FERNÁNDEZ ENTRALGO 2002; JAVATO MARTIN 2007) y la jurisprudencia de manera pacífica venían reconduciendo estas hipótesis al delito de estafa clásica o convencional regulado en el art. 248.1 del Código Penal (en adelante CP), que literalmente dispone: *"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".*

Valga a título de ejemplo de la jurisprudencia dictada al efecto, las sentencias del Tribunal Supremo (en adelante, SSTS) de 30-10-2003, 21-1-2003 y 12-12-2002. En la primera, se confirmaba la condena por estafa de los recurrentes que sustraen las tarjetas a sus legítimos titulares (generalmente extranjeros en Mallorca) que acuden a un negocio de prostitución, realizando en el período que discurre entre la sustracción y la denuncia multitud de operaciones comerciales, imitando en cada operación la firma del titular de la tarjeta. En la segunda, se examina el caso de una tarjeta VISA junto con el DNI sustraídos a su titular en el Centro Comercial Rosaleda de Málaga y que se utilizaron en distintos establecimientos mercantiles del mismo. En la tercera se contempla el caso de la utilización de una tarjeta de crédito VISA que el acusado encontró en una cartera extraviada, rellenado los talones de compra en diversos comercios.

Este delito de estafa requiere en primer lugar una conducta engañosa por parte del autor del hecho (en nuestro caso, la presentación de la tarjeta afirmando así aparentemente la capacidad de pago y solvencia suficiente). El engaño llevado a cabo por el sujeto activo debe ser bastante y

producir en otro una situación de error (el comerciante confía en la solvencia de quien es titular de una tarjeta de pago pero realmente no se trata del titular). La situación de error que padece le lleva a efectuar un acto de disposición patrimonial (la entrega del bien o la prestación del servicio por parte del receptor del pago), lo que produce un perjuicio patrimonial para esa misma persona o un tercero (el propio comerciante, la entidad emisora de la tarjeta o el propio titular de la misma, según a quien corresponda hacerse cargo de la cantidad defraudada). Desde el punto de vista subjetivo, el autor del hecho debe actuar con ánimo de lucro –y no con otro diverso- buscando la satisfacción de un interés económico como sucede en estos casos de pago ficticio con tarjeta sin abono real del precio (MATA Y MARTIN/JAVATO MARTIN 2009).

Sin embargo, en la reforma del CP operada, mediante Ley Orgánica 5/2010, de 22 de junio, se incorpora en el art. 248.2.c) un nuevo tipo de estafa que castiga 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".* Así, ahora se debe reconducir el supuesto que estamos analizando a este delito de estafa más específico dejándose de aplicar el tipo de la estafa tradicional consagrado en el art. 248.1 CP-principio de especialidad, art. 8.1 CP-.

No obstante, la cuestión carece de consecuencias prácticas pues el artículo 249 CP señala para todas las modalidades de estafa la misma pena base (prisión de seis meses a tres años si la cuantía de lo defraudado excede de 400 euros, en el caso de que la cuantía sea de 400 o menos de 400 euros no se aplicará el delito de estafa sino la falta de estafa del artículo 623.4 CP que lleva aparejada una pena mucho más tenue, a saber, localización permanente o multa).

La conducta típica del art. 248.2.c) consiste en *"realizar operaciones de cualquier clase utilizando tarjetas de crédito o débito o cheques de viaje, o los datos obrantes en ellos"* (nombre y apellidos del titular, número de la tarjeta, fecha de caducidad, código de seguridad etc.). Como

consecuencia de estas operaciones tiene que producirse un perjuicio patrimonial a su titular o a un tercero, de modo que si el mismo no se produce al frustrarse la operación (no se autoriza el pago) estaremos ante una estafa en grado de tentativa, lo que implicará, en virtud de lo dispuesto en el artículo 62 CP, que se aplique la pena inferior en uno o dos grados.

El artículo alude únicamente, como objeto material, a las tarjetas de crédito o débito. De esta forma, quedan excluidas del perímetro de la norma las demás tarjetas que pueden utilizarse como medios de pago, como por ejemplo las tarjetas de compra o de cliente, las tarjetas de caja abierta o permanente, las tarjetas prepago -y dentro de ellas las cibertarjetas o tarjetas virtuales- (Sobre las mismas ampliamente FARALDO CABANA 2009). Ello no significa que el uso fraudulento de estas tarjetas quede impune ya que se castigará por el delito de estafa clásica del art. 248.1 o bien si se trata de un pago no presencial, hipótesis que analizaremos a continuación, por el delito de estafa informática del art. 248.2 a) CP.

> Junto al delito de estafa del art. 248.2.c) es posible la apreciación de un delito de falsedad en documento mercantil (art. 392 CP castigado con pena de prisión de seis meses a tres años y multa de seis a doce meses), si tiene lugar la simulación de la firma del verdadero titular en el ticket de compra que expide el aparato lector de la tarjeta.

Se producirá entonces un concurso medial entre ambas modalidades delictivas. Así se establece en el Acuerdo de la Sala 2ª del Tribunal Supremo de 18 de julio de 2007, plasmado en la Sentencia posterior de 19 de julio de 2007, que viene a refrendar lo reiteradamente sostenido en sentencias anteriores del mismo órgano judicial.

El concurso medial de delitos regulado en el artículo 77 CP se produce cuando uno de los delitos es medio necesario para cometer el otro (en el caso que nos ocupa la falsedad es medio para la estafa). En estos casos no se suman las penas de los dos delitos que comete el sujeto sino que se

castiga, en virtud del art. 77, únicamente por la pena prevista para el delito más grave en su mitad superior, sin que pueda exceder de la que represente la suma de la que correspondería aplicar si se penaran separadamente las infracciones, pues si se excede de este límite se sancionaran las infracciones por separado.

Respecto al concurso medial la STS de 13-7-2012 con cita de otras ha establecido que para que proceda su estimación *"no basta la preordenación psíquica, o sea que la necesidad ha de ser contemplada en el aspecto subjetivo o atendiendo al proceso psicológico o intencional del agente para llegar a conseguir el fin o resultado que se había propuesto, sino en el aspecto objetivo y real, de manera que para aplicar el juicio hipotético resulte que el segundo delito no se hubiere producido, de no haber realizado previamente el o los que le hubieren precedido, pues el precepto atiende a la unidad de hecho en el aspecto ontológico del ser y su causalidad efectiva y no en el orden teleológico individual".*

En relación a la coautoría de la falsedad el TS ha dejado sentado que cuando varias personas estafan en la tienda comprando con tarjetas ajenas, es irrelevante quien haya firmado materialmente los tickets de compra; todos son autores de la falsedad, pues no es un delito de propia mano y por tanto son autores todos a quienes beneficia por tener el dominio funcional del hecho y existir decisión conjunta de realizar el hecho (entre otras la STS de 7-2-2005).

Finalmente, la jurisprudencia considera que el hurto previo de tarjetas para cometer estafas posteriores se absorbe en las estafas (STS de 8-4-2002). Ello es así no porque la tarjeta no tenga valor económico sino porque no es sustraída para enriquecerse (no reporta beneficio económico a quien la sustrae) sino sólo como instrumento para luego estafar. A estos efectos se considera irrelevante el número de tarjetas sustraídas (STS 8-7-2004).

3. Pagos a distancia con tarjetas (no presenciales)

Nos referimos aquí a las operaciones de pago fraudulentas ejecutadas directamente en redes telemáticas utilizando una tarjeta ajena o los datos obrantes en ella. Concretamente dentro de esta categoría se englobarían los supuestos en que el autor efectúa pagos en Internet empleando indebidamente los datos de la tarjeta de otra persona. Datos a los que accede mediante una variada panoplia de procedimientos: hurtando o robando la tarjeta, encontrándosela cuando está extraviada, clonándola mediante determinados dispositivos técnicos, apoderándose en la propia red de aquellos mediante la utilización de *Spyware, keyloggers*, actos de ingeniería social *(phishing, pharming*) etc.

También se reconducirían a ella los supuestos en los que la utilización de la tarjeta se efectúa en connivencia con un establecimiento comercial. Se trata de situaciones en las que el delincuente de diversas maneras ha logrado captar al propietario o empleado de un establecimiento para que le facilite la realización del pago irregular ofreciéndole a cambio normalmente el reparto de la mitad de los beneficios obtenidos por las ventas.

De este supuesto se ocupa, por ejemplo, la STS de 20-11-2001. Concretamente, se trataba de un empleado de una empresa encargada de hacer llegar a sus titulares tarjetas de crédito, que hace suya una tarjeta y se dirige a un establecimiento, donde de acuerdo con trabajadores del mismo la utiliza para realizar compras, posteriormente cargadas en la cuenta de su titular.

Igualmente la Sentencia de la Audiencia Provincial (en adelante SAP) de Granada de 10-11-2006 enjuicia el supuesto del dueño de una tienda de móviles que concierta con una entidad bancaria un contrato de afiliación a los sistemas de tarjetas e instalación de un terminal de punto de venta (TPV), para con posterioridad y guiado por un propósito de enriquecimiento

injusto, realizar numerosas operaciones simuladas de pago valiéndose de hasta doce tarjetas de crédito o débito diferentes.

Por su parte, la SAP de Alicante de 27-11- 2007, enjuicia un supuesto en el que el titular de un negocio de reparación y compraventa de vehículos contrata con una Caja de Ahorros la instalación de un TPV, permitiendo que el otro acusado utilizara dicha terminal para efectuar diversas transacciones ficticias con diferentes tarjetas de crédito, falsificando posteriormente los recibos de las mismas.

Finalmente, también se incluirían en esta modalidad los casos en que un delincuente crea de manera ficticia algún tipo de establecimiento mercantil solicitando un TPV a través del cual consuma el fraude. Así acontece en el supuesto fallado por la SAP de Valencia de 2-11-1999, que se refiere a la situación de varios individuos, que de mutuo acuerdo, conciben el proyecto de instalar un terminal o punto de venta en un negocio inexistente y valerse de éste y de un gran número de tarjetas de crédito extraviadas por sus titulares para efectuar transacciones ficticias y de esta forma disponer del metálico procedente de dichas transacciones.

Un perfil similar presenta el supuesto al que se refiere la SAP de Valencia de 30-06-2008. En ella se declaran como hechos probados los siguientes: *"El acusado (...),en unión de otro individuo no juzgado por hallarse declarado en rebeldía, y que desde el año 2001 disponía en su domicilio de un Terminal Punto de Venta asociado a la cuenta de que era titular en Caja Madrid afecto a la declarada pero inexistente actividad de agencia de publicidad, entre los días NUM002 de Junio y 22 de Julio del 2004, aprovechando la instalación de la citada terminal, llevo a cabo con el propósito de obtener un beneficio económico ilícito, numerosas operaciones de ventas simuladas en el citado establecimiento de su propiedad, mediante el sistema de conseguir pasar por las expresadas terminal, 47 tarjetas de crédito ilegítimas, bien por haber sido copiadas sus bandas magnéticas de otras auténticas sin conocimiento de sus titulares, o por tratarse de tarjetas sustraídas o extraviadas, logrando de esta manera que las entidades expedidoras de las*

tarjetas autorizasen las operaciones, que se abonaban en la cuenta abierta a su nombre en caja Madrid".

Toda esta constelación de casos que acabamos de relatar han sido resueltos aplicando el tipo de estafa informática o electrónica del artículo 248.2 CP (actualmente art. 248.2.a), que fue introducido por primera vez en nuestro Derecho el Código Penal actual, que data de 1995. En él se castiga (con la misma pena que las otras dos modalidades de estafa, la tradicional o convencional y la realizada mediante la utilización de tarjetas -art. 249-) *"a los que con ánimo de lucro y valiéndose de alguna manipulación informática o artificio semejante consigan la transferencia no consentida de cualquier activo patrimonial en perjuicio de otro".*

La introducción de esta infracción en nuestro Derecho vino motivada por la imposibilidad de aplicar el delito de estafa clásica o convencional a semejante tipo de conductas. Y ello porque la doctrina (GUTIERREZ FRANCÉS 1991; FERNÁNDEZ TERUELO 2011; DE LA MATA BARRANCO 2007) y la jurisprudencia (por todas STS de 9-5-2007) entendían el requisito del "engaño" de ésta infracción delictiva de manera "personalista", es decir, sólo susceptible de darse en una relación directa entre dos personas, no pudiendo existir frente a una máquina.

Sin embargo, el recurso a la estafa informática para castigar las conductas arriba reseñadas no dejaba de plantear problemas, pues la inclusión del uso no autorizado de datos ajenos en la "manipulación informática" suscitaba ciertas dudas de incumplimiento de las exigencias del principio de legalidad.

> Precisamente esta es una de las razones que motivó la introducción en el Código Penal mediante la aludida reforma 5/2010 de una infracción singular relativa a la utilización indebida de tarjetas de crédito y débito (art. 248.2.c CP). Infracción que, en virtud del principio de especialidad (8.1 CP), debe aplicarse preferentemente a la estafa informática. Aunque la diferencia de calificación no tiene repercusión práctica pues ambas modalidades de estafa se encuentran sancionadas con la misma pena (prisión de seis meses a tres años art. 249 CP).

Al igual que sucede en el pago presencial, en caso de que se simule la firma del ticket, se apreciará un concurso medial entre la estafa y la falsedad en documento mercantil.

4. Tratamiento penal del uso abusivo de tarjetas en cajeros automáticos

Todavía nos queda examinar un ámbito en el que se produce la utilización fraudulenta de las tarjetas.

Se trata de los cajeros automáticos de las entidades financieras que facilitan la realización de múltiples operaciones a cualquier hora. Estos sistemas también han propiciado el uso irregular de las tarjetas, habitualmente para obtener cantidades en metálico. De la misma forma que en los anteriores supuestos, la calificación jurídico-penal de estos hechos varía tras la reforma del Código Penal efectuada por la LO 5/2010.

Hasta dicha reforma, los Tribunales (véase, por todas, la STS 22-1-2004) venían apreciando de manera casi pacífica un delito de robo con fuerza en las cosas de los arts. 237, 238.4º y 239 del CP. Esta decisión jurisprudencial se fundamentaba en la propia configuración de este delito. En efecto, el 238.4º CP consagraba como una de sus modalidades de fuerza en las cosas el empleo de "llaves falsas" (concepto el de "llave falsa" que no coincide con el vulgar pues incluye, por ejemplo, las legítimas perdidas por el propietario u obtenidas por un medio que constituya infracción penal) siendo consideradas como tales en el art.239 CP las tarjetas magnéticas o perforadas y los mandos o instrumentos de apertura a distancia.

La existencia de esta modalidad de fuerza en las cosas, empleo de llaves falsas entre las que se contaban las tarjetas propició, así pues, que los supuestos de extracción de dinero en cajeros mediante tarjetas de otro titular se catalogaran por nuestros tribunales como robo con fuerza al considerar la "función de apertura" de la tarjeta del cierre del local que da acceso al cajero

automático o del receptáculo del mismo cuando se halla instalado en el exterior de un establecimiento bancario. El TS considera que es irrelevante a estos efectos la ubicación del cajero toda vez que en la expresión *"acceder al lugar donde éstas [las cosas de apoderamiento] se encuentran a que se refiere el art. 237, se hallaría comprendido no sólo el acceso mediante la entrada física en el lugar sino también la llegada a su interior, y por lo tanto a las cosas que en él se encuentran, mediante la puesta en marcha de un mecanismo que resulte hábil para extraerlas".* Esta tesis derivaría de una interpretación gramatical del término "acceder" (según el DRAE "entrar en un lugar o pasar a él" pero también "acción de llegarse o acercarse" y "entrada o paso").

Sin embargo, la doctrina penalista (GALÁN MUÑOZ 2005) se mostraba discrepante con esta interpretación jurisprudencial pues consideraba que no se podía equiparar sin más las tarjetas de crédito y débito a las "llaves falsas" del artículo 239. Así MATA Y MARTIN (1995, 2007) estimaba que las tarjetas en los cajeros no necesariamente dan paso previo a un espacio cerrado -pensemos en los cajeros ubicados directamente en la vía pública en los que la tarjeta no abre nada- y que además la función básica de aquellas no es la de apertura sino la de servir de instrumento de legitimación en el ejercicio del derecho de crédito frente a la entidad emisora. Por lo que en realidad este tipo de conductas se corresponden con una acción defraudatoria y deben reconducirse al ámbito de la estafa informática.

Una tesis doctrinal que fue acogida por la STS de 9-5-2007 (a la que sigue la STS de 30-5-2009) es la que aplica el delito de estafa informática para castigar a los integrantes de un grupo dedicado a la clonación de tarjetas de crédito y su utilización en parte para extraer dinero en cajero. Y ello porque *"En definitiva, identificarse ante el sistema informático mendazmente a través de la introducción del número secreto obtenido indebidamente ha de ser considerado bajo la conducta de manipulación informática a que se refiere el tipo de la estafa del art. 248.2 CP".*

La introducción del tipo de estafa de tarjetas por la LO 5/2010 resuelve a mi entender la cuestión, porque permite que las extracciones ilegítimas en cajeros automáticas sean consideradas estafas del art. 248.2.c) CP. Por tanto, aunque el legislador sigue considerando llaves falsas las tarjetas bancarias, y en puridad se podría seguir manteniendo la tesis clásica del delito de robo con fuerza en las cosas, entendemos que debe aplicarse únicamente el nuevo precepto (la estafa de tarjetas), pues es más específico que el del robo con fuerza (concurso de normas, art. 8.1CP, principio de especialidad; de la misma opinión las SSAP de Madrid 24-11-2011 y 26-3-2012)

_____.

5. La falsificación de tarjetas bancarias

Para consumar los fraudes que acabamos de analizar, previamente los delincuentes en no pocas ocasiones proceden a falsificar o alterar las tarjetas bancarias. Esta conducta de falsificación en nuestro Código Penal se venía castigando como un delito de falsificación de moneda dado que el artículo 387 del referido cuerpo legal consideraba expresamente moneda “las tarjetas de crédito y débito". Esta equiparación y por ende, el recurso a los delitos de falsificación de moneda fue duramente criticada por la doctrina. Básicamente por dos razones, porque conllevaba la imposición de penas desproporcionadas en determinados supuestos de escasa entidad (falseamiento de una tarjeta aislada a la que se podía aplicar penas de ocho a doce años de prisión) y porque el conocimiento de estos supuestos, de escasa entidad, se encomendaba indefectiblemente a una jurisdicción especial, la Audiencia Nacional.

Son estas deficiencias, junto a la exigencia de dotar una especial protección a estos medios de pago conforme a lo establecido en la Decisión Marco del Consejo de la Unión Europea de 28 de mayo de 2001, lo que motiva la incorporación por la LO 5/2010 en el artículo 399 bis CP, de un delito específico de falsificación de tarjetas de crédito, débito y cheques de viaje en el marco de las falsedades documentales, delito que tiene asociada una pena mucho menor que la establecida para la falsificación de moneda.

De forma coherente con este tratamiento autónomo de la falsificación de las tarjetas bancarias y cheques de viajes, la citada disposición elimina la referencia que hacía el artículo 387 CP a estas formas de pago equiparándolas a la moneda de curso legal.

5.1 Análisis del delito del artículo 399 bis del CP

En el artículo 399 bis del Código Penal se consagran tres conductas típicas, a saber, la falsificación, la tenencia destinada a la distribución o tráfico y el uso. El objeto material sobre el que recaen las mismas son las tarjetas de crédito o débito y los cheques de viaje.

> Debe sostenerse a su vez la misma interpretación restrictiva efectuada en el ámbito del art 248.2.c), lo que nos conduce a excluir de la aplicación de este artículo, las falsificaciones efectuadas sobre las demás tarjetas que puedan utilizarse como medios de pago -las tarjetas de compra o de cliente, las tarjetas de caja abierta o permanente, las tarjetas prepago y dentro de ellas las cibertarjetas o tarjetas virtuales etc.-. Sin embargo, la falsificación de estas tarjetas no quedará impune pues se castigara por el delito de falsificación en documento mercantil (JAVATO MARTÍN 2013).

5.1.1 La falsificación

El apartado 1 del artículo 399 bis castiga con pena de prisión de cuatro a ocho años al que "altere, copie, reproduzca o de cualquier otro modo falsifique tarjetas de crédito o débito o cheques de viaje".

> Del tenor literal del precepto se desprende que las tres primeras modalidades de acción son en realidad especies de la cuarta, la falsificación.

La primera modalidad delictiva que aparece enumerada en el precepto es la "alteración". Se podría definir como la manipulación de carácter material efectuada en alguno de los componentes de una tarjeta o de un cheque de viaje legítimo. Por ejemplo, en el caso de las tarjetas, esta alteración se puede producir en la banda magnética o en los demás datos o elementos contenidos en el soporte de plástico: el nombre de su titular, el número de tarjeta, la firma, el holograma de seguridad, etc.

La segunda modalidad delictiva es la "copia o reproducción". En ella tendría cabida la práctica conocida como "clonación de tarjetas" o *skimming*, que es la más extendida y utilizada en la actualidad. Consiste en la duplicación de los datos contenidos en la banda magnética para confeccionar otra tarjeta que puede ser utilizada sin necesidad de desposeer al legítimo poseedor de la suya. Para obtener los datos que constan en la banda magnética, se suelen utilizar fundamentalmente dos métodos (AZCONA ALBARRÁN 2012).

El primero es el de la colocación de un escáner en el lector de la banda magnética de los cajeros automáticos conectado a un reproductor mp3 de reducidas dimensiones en el que se graban los datos de las tarjetas bancarias. Para ocultar estos dispositivos de grabación se utilizan carcasas fabricadas en policarbonato o metacrilato, pintadas en el mismo color y textura que la interfaz del cajero automático. Las carcasas son pegadas a la superficie del cajero haciendo coincidir las ranuras de las tarjetas o ~~*skimmings*~~ mediante cintas adhesivas de doble cara. Para completar el método de la información contenida en las tarjetas se necesita el número PIN del usuario, que se obtiene, bien mediante la superposición de un teclado adicional de las mismas características que el propio cajero, que posee un sistema electrónico en miniatura que va almacenando las pulsaciones de los usuarios, bien mediante la instalación de videocámaras en miniatura.

El otro método tiene lugar en comercios, restaurantes, bares, gasolineras, etc, en los que el cliente entrega su tarjeta para abonar el importe de su compra. Además de pasar la tarjeta por el datáfono, el empleado del establecimiento pasa la tarjeta por el lector obteniendo de esa manera los datos de la tarjeta. A este supuesto se refiere la STS de 11-4- 2011que juzga el caso

de un individuo que se dedicaba a fabricar tarjetas de crédito falsas que utilizaba para la obtención de dinero directamente o como pago en comercios de la Costa del sol, y para ello contaba con los servicios de un camarero de un restaurante que le facilitaba los números de tarjetas de crédito con las que pagaban los clientes del establecimiento, a través de un lector facilitado por aquél. El mismo *modus operandi* aparece en la STS de 24-11-2010.

Una vez que se han copiado los datos de la tarjeta, por uno u otro procedimiento los delincuentes proceden a duplicarla para su posterior utilización en la adquisición de bienes y servicios o la obtención de dinero. Esta duplicación o clonación puede ser total o parcial. En el primer caso se procede a confeccionar de manera íntegra una nueva tarjeta sobre la base de la auténtica. A ello normalmente se acompaña la falsificación de la documentación identificativa correspondiente (D.N.I., pasaporte). En el segundo caso únicamente se graban los datos en la banda magnética adherida a una "tarjeta blanca" (soporte de plástico sin troquelar y en el que no aparece ningún dato) y se procede a su utilización en cajeros automáticos para sacar dinero introduciendo el número PIN que se ha obtenido previamente de manera subrepticia.

En este sentido la STS 663/2009, se ocupa del caso de varios individuos a los que se les aprehendió 57 "tarjetas blancas" con banda magnética donde se habían introducido los datos de otras legítimas y que se habían utilizado para efectuar numerosas extracciones de diversos cajeros automáticos de entidades bancarias de Madrid. Cada una de estas tarjetas tenía manuscrito en la parte superior derecha numeraciones pertenecientes al número identificador de la tarjeta y a los Códigos PIN.

Por último, encuentra acomodo en esta modalidad delictiva a través de la cláusula de cierre "de cualquier otro modo falsifique" la "creación" de una tarjeta o cheque de viaje. En estos supuestos el delincuente confecciona, fabrica *ex novo* el medio de pago sin que éste haya existido antes (FERNÁNDEZ PANTOJA 2011; MORILLAS CUEVA, 2011).

En lo tocante a las formas de aparición del delito, las mayores dudas se suscitan en el ámbito del *skimming*. Concretamente se plantea si la simple copia de la banda magnética consuma ya el delito del artículo. 339 bis 1) o habría que castigar dicha conducta únicamente a título de tentativa. Pensemos, por ejemplo, en el caso en el que el delincuente consigue grabar los datos obrantes en la banda magnética mediante un lector colocado en la ranura de un cajero automático, pero que posteriormente no llega a duplicar la tarjeta al ser detenido por la policía.

> A pesar de que el tenor literal del precepto podría abonar o dejar abierta la puerta a la tesis de la falsificación consumada, creemos que nos hallamos aquí ante una tentativa de falsificación de dichos instrumentos de pago- debiéndole aplicar el juez la pena inferior en uno(2 a 4 años) o dos grados(1 a 2 años-, pues al referirse el tipo a la "copia o reproducción" lo hace respecto a la tarjeta, como documento o instrumento de pago material y tangible.

Un segundo supuesto problemático sería el de la calificación o determinación del grado de participación del sujeto que, sin intervenir en el acto de falsificación, proporciona bien la numeración de las tarjetas -así por ejemplo, camareros de restaurantes, empleados de comercios o gasolineras etc que actúan en connivencia con el falsificador-, bien sus datos personales o identificadores para que le confeccionen "a medida" la tarjeta falsa en orden a su posterior empleo fraudulento.

El TS se decanta, con buen criterio, por castigar a dichos sujetos como cooperadores necesarios -que tienen asignada la misma pena que los autores, art. 28 CP-y no como cómplices-a los que les corresponde pena inferior en grado a la fijada para los autores, art 63 CP(de 2 a 4 años)-.

En este sentido se pueden traer a colación las SSTS de 20-12-2010 y 27-5-2009. En la primera de ellas se afirma que *"la facilitación de las correspondientes numeraciones para la confección*

de tarjetas falsas por los otros acusados constituye una cooperación necesaria en el hecho falsario, ya que aquella aportación era determinante e imprescindible para ello".

En la segunda se sostiene que si la tarjeta falsificada contiene algún dato identificador coincidente con el poseedor, en este caso éste debe ser considerado como fabricante de la tarjeta "*ya que con independencia de quien efectuase los textos troquelados correspondientes, si apareciera en la propia tarjeta como titular de la misma el poseedor, a no dudar se estaría en un supuesto de fabricación pues el poseedor habría facilitado ese dato al fabricante material, esta facilitación del dato le convertiría en autor por cooperación necesaria de igual manera que lo es quien facilita al falsificador de un documento de identidad su fotografía o datos personales".*

En relación al tema de los concursos, destaca la relación concursal existente entre esta figura delictiva por una parte y el delito de estafa y el robo con fuerza en las cosas por otra. Entendemos que en este caso nos hallamos ante un concurso medial de delitos (ARÁNGUEZ SÁNCHEZ 2000, respecto a la antigua regulación) pudiendo plantearse las siguientes posibilidades:

a) Si el sujeto falsifica la tarjeta y posteriormente la utiliza para efectuar reintegros en cajeros automáticos, el concurso medial se producirá entre el delito de falsificación objeto de estudio y el delito de robo con fuerza en las cosas, tesis esta, tradicionalmente sostenida por la jurisprudencia mayoritaria; o bien con el delito de estafa en su modalidad de utilización fraudulenta de tarjetas de pago del artículo 248.2 c) CP, postura esta última que consideramos más adecuada.

b) Esta misma solución resulta de aplicación cuando la tarjeta falsificada se pasa por un datáfono de un establecimiento comercial en connivencia con el responsable o empleado de dicho establecimiento, o se emplea para efectuar compras o pagos por Internet.

c) Otra posibilidad es que el delincuente utilice la tarjeta de manera presencial en un establecimiento mercantil como medio de pago de bienes o servicios. En este caso el concurso medial se producirá entre la falsificación de la tarjeta y el tipo de estafa del artículo- 248.2.c) CP.

Junto a la modalidad básica de falsificación, el último inciso del primer párrafo del apartado 1 del art. 399 bis consagra una modalidad agravada (pena en su mitad superior, de 6 a 8 años) en atención a la concurrencia de dos circunstancias: que la falsificación afecte a una generalidad de personas o que los hechos se cometan en el marco de una organización criminal dedicada a estas actividades.

En el artículo 399 bis 1 párrafo 2º CP se prevé la responsabilidad penal de las personas jurídicas que hayan cometido los delitos anteriores, previsión coherente con el nuevo sistema de responsabilidad de estos colectivos establecido en el art. 31 bis CP por la LO 5/2010. En este caso se sancionará a éstas con la pena de multa de dos a cinco años siendo posible a su vez la imposición, conforme a las reglas del art. 66 *bis* CP, de las penas establecidas en las letras b) a g) del artículo 33.7 del CP.

5.1. 2 La tenencia destinada a la distribución o tráfico.

La segunda conducta delictiva se encuentra prevista en apartado 2 del artículo 399 bis. En él se castiga la posesión de tarjetas de crédito, débito o cheques de viajes falsificados para distribuirlos o traficar con ellos.

> Nos encontramos ante un acto preparatorio elevado a la categoría de delito. Y precisamente por ello no se entiende muy bien la paridad punitiva que establece el legislador con las conductas de falsificación. Lo lógico hubiera sido seguir el criterio establecido en el artículo 386 CP que establece una pena inferior para la tenencia de moneda falsa con la intención de distribuir respecto a la prevista para la falsificación de este medio de pago (MORON LERMA/RODRÍGUEZ PUERTA 2010; PEÑARANDA RAMOS 2011).

Sorprendentemente, el legislador se ha olvidado de tipificar de manera autónoma las conductas a las que está preordenada esta tenencia, esto es, la distribución o tráfico. Ello no significa que dichos comportamientos sean atípicos. Carecería de toda coherencia axiológica que en el contexto de un determinado *iter criminis* se sancionase la mera preparación de una conducta y no su efectiva realización. Así pues, dicha laguna legal debe ser colmada subsumiendo la distribución o tráfico efectivo en el tipo de tenencia del número 2 del precepto. Sin embargo, esta solución no deja de provocar una flagrante vulneración del principio de proporcionalidad de la pena (GÓMEZ MARTIN, 2011).

Para que pueda apreciarse el delito es necesario que quede acreditada la existencia de una "finalidad de distribución o tráfico". Con la plasmación explícita de este elemento subjetivo del injusto el legislador da cobertura legal al Acuerdo del TS de 16 de diciembre de 2008 según el cual "*La tenencia de tarjetas falsas de crédito y debido, para poder ser sancionadas con fundamento en el art. 386.2 del Código penal, precisará la acreditación de una finalidad de transmisión"* Consecuentemente, la mera tenencia dirigida al uso posterior de los instrumentos falsificados no es punible. Por otra parte, si el autor de la conducta ha intervenido previamente en la falsificación del documento, se dará un concurso de leyes a resolver a favor del artículo 399 bis 1, en atención al principio de consunción (artículo 8.3 CP), pues la tenencia es un "hecho posterior impune o copenado" con respecto a la falsificación. De tal forma que sólo se castigará por el delito de falsificación y no por el de tenencia.

5.1.3. El uso

La tercera y última modalidad delictiva que integra el artículo 399 bis hace referencia al uso de una tarjeta de crédito o débito o cheque de viaje falsificado por parte de quien no ha intervenido en su falsificación. El tipo exige que dicha utilización se efectúe "a sabiendas de la falsedad" y en "perjuicio de otro". La pena es sustancialmente inferior (dos a cinco años) a la que corresponde a las conductas anteriores.

De manera análoga a lo que sucede en relación al tipo de tenencia, en caso de que el autor de la conducta haya intervenido previamente en la falsificación, se dará un concurso de leyes en el que será de aplicación preferente el apartado 1º del 399 bis en virtud del principio de consunción (art. 8.3 CP), al representar el uso de estos medios de pago falsificados un acto posterior impune o copenado de la falsificación.

Más problemática se plantea la relación existente entre este tipo de uso y el delito de utilización fraudulenta de tarjetas de crédito, débito o cheques de viaje, delito que ha sido incorporado como modalidad de estafa en el art. 248 2. c) por la LO 5/2010.

> Como ha puesto de manifiesto VILLACAMPA ESTIARTE (2008) nos encontramos en este caso ante un nítido ejemplo de duplicidad legislativa, lo que debe conducir a sostener de lege ferenda la supresión del ámbito de las falsedades de esta especie delictiva. Y ello porque el artículo 399 bis 3 no deja de representar un supuesto de uso fraudulento de algunos instrumentos de pago distinto del efectivo, ya reprimido en el seno de las estafas. No obstante, de lege data, la solución al concurso de estos dos preceptos, debe pasar por la aplicación de las normas que rigen el concurso de leyes, y en concreto por la aplicación del principio de alternatividad del art. 8.4 CP (SSTS 21-9-2011 y 26-9-2012)

La falsedad del artículo 399 bis 3 será de aplicación preferente frente al delito de estafa del 248.2 c) en su modalidad básica dado que aquella tiene señalada una pena superior -prisión de dos a 5 años- a la consignada en esta última infracción -prisión de 6 meses a 3 años-. Esta regla se invertiría en caso de apreciarse alguna de las circunstancias agravantes de la estafa del artículo 250 -pena de prisión de uno a seis años y multa de seis a doce meses- (De otro parecer la Sentencia de la Audiencia Nacional (SAN) de 25-6-2012 que estima que la estafa quedaría absorbida en la falsedad (8-3 CP) al exigir esta última que el uso se efectúe "en perjuicio de otro").

5. GLOSARIO

(Consultados en la Página Web del Instituto Nacional de Tecnologías de la Información-INTECO-, www.inteco.es/Formacion/)

Keyloggers: Es un tipo de troyano que se caracteriza por capturar y almacenar las pulsaciones efectuadas sobre el teclado. Posteriormente esta información (que puede contener información sensible) se envía a un atacante, que las puede utilizar en su propio provecho. Las últimas versiones de este tipo de programas maliciosos también hacen capturas de pantalla del equipo atacado. De esta forma, se hace ineficaz e inseguro el uso del teclado virtual.

Malware: Palabra que nace de la unión de los términos software malintencionado "malicious software". Dentro de esta definición tiene cabida un amplio elenco de programas maliciosos: virus, gusanos, troyanos, backdoors, spyware, etc. La nota común a todos estos programas es su carácter dañino o lesivo.

Phishing: Es la denominación que recibe la estafa cometida a través de medios telemáticos mediante la cual el estafador intenta conseguir, de usuarios legítimos, información confidencial (contraseñas, datos bancarios, etc) de forma fraudulenta. El estafador o *phisher* suplanta la personalidad de una persona o empresa de confianza para que el receptor de una comunicación electrónica aparentemente oficial (vía e-mail, fax, *sms* o telefónicamente) crea en su veracidad y facilite, de este modo, los datos privados que resultan de interés para el estafador.

Pharming: Ataque informático que consiste en modificar o sustituir el archivo del servidor de nombres de dominio cambiando la dirección IP legítima de una entidad (comúnmente una entidad bancaria) de manera que en el momento en el que el usuario escribe el nombre de dominio de la entidad en la barra de direcciones, el navegador redirigirá automáticamente al usuario a otra dirección IP donde se aloja una web falsa que suplantará la identidad legítima de la entidad, obteniéndose de forma ilícita las claves de acceso de los clientes de la entidad.

Skymming o clonación de tarjetas: Técnica fraudulenta que consiste en la duplicación de los datos contenidos en la banda magnética de una tarjeta de crédito o debito para confeccionar otra tarjeta que puede ser utilizada sin necesidad de desposeer al legítimo poseedor de la suya.

Troyano: Este tipo de 'malware' carente de la capacidad de autoduplicación requiere del uso de la ingeniería social para obtener un correcto funcionamiento. Ya sea por la confianza en quien entrega el programa a la víctima o por su falta de cautela, la víctima instala un 'software' aparentemente inocuo en su ordenador. Al ejecutarse el software no se evidencian señales de un mal funcionamiento; sin embargo, mientras el usuario realiza tareas habituales en su ordenador, el programa abre diversos puertos de comunicaciones del equipo de la víctima que permiten el control absoluto de forma remota.

Spyware: Cualquier forma de tecnología que se usa para recoger información sobre una persona o empresa, o información referente a equipos o a redes, sin su conocimiento o consentimiento. También puede venir implementado en su hardware. Puede capturar hábitos de navegación, mensajes de correo, contraseñas y datos bancarios para transmitirlos a otro destino en Internet. Al igual que los virus puede ser instalado al abrir un adjunto de correo infectado, pulsando en una ventana de publicidad o camuflado junto a otros programas que instalemos.

6. BIBLIOGRAFÍA CITADA

ARÁNGUEZ SÁNCHEZ, C., *La falsificación de moneda,* Barcelona, 2000.

AZCONA ALBARRAN, C. D., *Tarjetas de pago y derecho penal. Un modelo interpretativo del art. 248.2 c),* Barcelona, 2012.

FARALDO CABANA, P., *Las nuevas tecnologías en los delitos contra el patrimonio y el orden socioeconómico,* Valencia, 2009.

FERNÁNDEZ ENTRALGO, J., "Falsificación y utilización fraudulenta de tarjetas electrónicas" *en Tarjetas bancarias y Derecho penal. Cuadernos de Derecho Judicial* VI-2002.

FERNÁNDEZ PANTOJA, P., "art. 399 bis" en *Comentarios al Código Penal* (Dir. COBO DEL ROSAL/MORILLAS CUEVA), T.XII, Madrid, 2011.

FERNÁNDEZ TERUELO J., *Derecho Penal e Internet. Especial consideración de los delitos que afectan a jóvenes y adolescentes,* Valladolid, 2011.

GALÁN MUÑOZ, A., *El fraude y la estafa mediante sistemas informáticos. Análisis del artículo 248.2 CP,* Valencia, 2005.

GÓMEZ MARTIN V, "art.399 bis" en *Comentarios al Código Penal* (Dir. CORCOY BIDASOLO/MIR PUIG), Valencia, 2011.

GUTIERREZ FRANCES, *Fraude informático y estafa,* Ministerio de Justicia, Madrid, 1991.

JAVATO MARTÍN A. Mª., "Análisis de la jurisprudencia penal en materia de medios electrónicos de pago" en *Los medios electrónicos de pago*. Problemas Jurídicos, Granada, 2007.

Del mismo "La falsificación de tarjetas de crédito y débito. Análisis del art. 399 bis del Código Penal", en *La Ley Penal*, 2012-en prensa-.

MATA y MARTÍN, R. M. El delito de robo con fuerza en las cosas. Tirant lo Blanch 1995.

MATA Y MARTIN/JAVATO MARTIN, "Tratamiento jurídico penal de los fraudes efectuados con tarjetas de pago: doctrina y jurisprudencia" en *Revista de Derecho penal y Nuevas Tecnologías*, nº 20, 2009.

MORILLAS CUEVA, L., "Falsedades (II). Falsedades Documentales" en *Sistema de Derecho Penal Español*. Parte Especial (Coord. MORILLAS CUEVA), Madrid, 2011.

MORON LERMA/RODRÍGUEZ PUERTA, "La clonación de tarjetas bancarias" en *La reforma penal de 2010. Análisis y Comentarios,* Cizur Menor (Navarra), 2010.

PEÑARANDA RAMOS, E., "Capítulo XXIV. La reforma de los delitos de falsedades documentales" en *Estudios sobre la reformas del Código penal* , Madrid, 2011.

VILLACAMPA ESTIARTE, C, “La falsificación de medios de pago distintos del efectivo en el Proyecto de Ley Orgánica de Reforma del CP de 2007: ¿respetamos las demandas armonizadoras de la Unión Europea?", en Diario La Ley, nº 6994, 22 de julio de 2008.