

ALGUNAS CONSIDERACIONES SOBRE INFORMATICA Y DERECHO PENAL. EL CASO DE LA ESTAFA INFORMATICA

Ricardo M. Mata y Martín
Profesor Titular de Derecho Penal
Universidad de Valladolid
-España-

I. INTRODUCCION.

1. Objeto de este trabajo:

Con las palabras que siguen, únicamente se pretende un acercamiento general a aquellas conductas relacionadas con la informática, que desde la óptica penal poseen significación. Algunas de ellas, ya se encontraban en la regulación penal con anterioridad al nuevo CP español (en adelante CPE). Otras, se han introducido con el CP de 1995, que sobre todo ha venido a precisar las conductas objeto de atención jurídico-penal, refiriéndose expresamente el nuevo texto legal en distintas ocasiones a los medios informáticos y sus aplicaciones a lo largo de su articulado.

Quizás sea interesante indicar en este momento que **las situaciones a las que nos referimos tienen un alcance mundial**, pues en definitiva esta realidad -aparte diferencias no sustanciales de derecho positivo- es la misma “allende y aquende el Océano”, como decía Miguel de UNAMUNO¹ para el caso de la república de nuestras letras.

¹ *Algunas consideraciones sobre la literatura hispanoamericana*, Colección Austral, Espasa-Calpe, Madrid 1968, p. 73. Como se puede apreciar el comienzo del título de la obra de UNAMUNO sirve también como inspiración del de este trabajo.

2. Cara y cruz de la informática

a. Los cambios sociales provocados por las tecnologías de la información resultan decisivos en todos los ámbitos y por supuesto también tienen su repercusión en el campo del Derecho penal. Las inmensas posibilidades que abren las nuevas tecnologías, evitando al ser humano cierto tipo de tareas más mecánicas², supone como señala SIEBER³ unos cambios más radicales que los que introdujo la revolución industrial del siglo XIX con la sustitución del trabajo físico de los hombres por el de las máquinas. Los avances de la informática sitúan al Derecho penal ante problemas nuevos, o ante problemas que debe abordar con una nueva visión de los mismos.

Las enormes potencialidades que se abren para el tratamiento automatizado de datos, tienen un reverso que son los riesgos que se introducen para facilitar la realización de hechos que afecten a los intereses fundamentales de las personas. Es decir la informática o, en general, el tratamiento automatizado de datos se presenta como factor criminógeno, pues permite el acceso y el manejo de bases de datos, programas de cualquier género, en ocasiones de forma lesiva para intereses básicos de las personas y de la sociedad, siendo más costosa la averiguación del autor y la prueba de los hechos, debido a la naturaleza del procedimiento informático.

b. Naturalmente aquí vamos a prestar atención a los aspectos más gravosos para el hombre, derivados del uso de la informática. Tan gravosos que forman parte del catálogo de hechos a los que la ley vincula la aplicación de una sanción criminal o, incluso, debido a la novedad de estos comportamientos, se plantea si deben tener cabida entre los mismos, cuando el legislador todavía no ha tomado una decisión sobre la trascendencia jurídica de ellos. Por tanto debemos hacer referencia a los presupuestos necesarios para que estas

² Así MARIAS, J. *Cara y cruz de la electrónica*, Colección Austral, 1985, p. 98.

³ SIEBER, U. *Computerkriminalität und Strafrecht*, München, 1977, p. 23.

Intercambios (N.º 5), 2002.

conductas irregulares e ilícitas relacionadas con la informática alcancen la calificación de merecedoras de sanción penal. Es decir conviene abordar en este momento también el tratamiento y la consideración, desde el punto de vista del derecho penal, de aquellas conductas que emergen de la realidad social vinculadas a la informática y que plantean serios interrogantes sobre su trascendencia penal. Los perfiles de mayor contribución a la vida del ser humano se corresponden con el buen uso de las potencialidades que encierra la informática⁴.

c. Sin embargo conviene dejar sentado desde el principio, que no todos los hechos socialmente reprochables e incluso ilícitos resultan jurídico-penalmente relevantes, pues el Derecho penal únicamente se legitima cuando la conducta afecte a intereses fundamentales de la persona o la sociedad (principio de lesividad) y, además, las medidas disponibles desde otros sectores y disciplinas del ordenamiento jurídico no resulten adecuadas para su tutela (principio de subsidiariedad o de intervención mínima).

Para que se pueda apreciar la presencia de un interés merecedor de protección jurídico-penal, no es suficiente que estemos ante un bien jurídico, en el sentido de una entidad reconocida y amparada por el ordenamiento jurídico. Las especiales exigencias propias del Derecho penal hacen que no baste la conculcación de un interés jurídico para que el legislador penal intervenga creando una figura delictiva, sino que la agresión a tal interés deberá verse rodeada de ulteriores requisitos para que pueda alcanzar la tutela mediante los recursos propios del Derecho penal. Estas ulteriores exigencias en las que se muestra la naturaleza y autonomía del Derecho penal, se manifiesta en el principio de subsidiariedad y

⁴ Puede verse al respecto el ensayo de J. MARIAS *Cara y Cruz de la Electrónica*, Colección Austral, Espasa-Calpe, 1985, quien pone de relieve cómo el ser humano se ve liberado con estas nuevas técnicas de tareas puramente mecánicas, lo que le permite dedicarse con mayor plenitud a la reflexión y el pensamiento. "Los computadores... eliminan el pensamiento bruto y nos dejan en franquía para pensar, para ejecutar el pensamiento lúcido, inteligente". "La más prodigiosa hazaña de la Electrónica consiste en la eliminación de todo aquello que es mecánico e inercial en el pensamiento... para dejar libre el ejercicio de la razón" (p. 98-99). En este sentido GARCIA CAMARERO señala como la segunda revolución industrial (la revolución informática) significa un desplazamiento masivo de mano de obra de trabajos tradicionales hacia otra forma de actividad y para la que se requerirá el empleo de las potencialidades más propias del hombre. *La revolución informática*, Cuadernos Historia 16, Madrid 1997, p. 31. Este autor indica también como esta segunda revolución industrial la liberación total del trabajo con la posibilidad de que los sistemas productivos, el control de los transportes, los procesos administrativos y otros servicios puedan funcionar completamente sin la participación directa del hombre, de forma automática. Por otra parte la misma produce un gran impacto en los procesos cognitivos y culturales facilitando el acceso a grandes yacimientos de información. (p. 31).

Intercambios (N.º 5), 2002.

en el de fragmentariedad de la protección penal⁵. Estamos en definitiva ante principios relativos al sentido y alcance del Derecho penal como protector de bienes jurídicos. En ambos, aunque de diferente manera, puede verse la especial significación que representan los medios de reacción del Derecho penal frente a los comportamientos punibles, pues inciden de manera decisiva en la persona a la que se aplica.

El principio de subsidiariedad hace referencia al momento de intervención del Derecho penal en la perspectiva de la actuación coordinada de los distintos sectores de la regulación jurídica. Este sólo deberá incriminar una conducta lesiva para un determinado interés jurídico cuando, reconocido previamente el interés como merecedor de protección penal, el resto de los medios de que dispone el ordenamiento jurídico se hayan mostrado ineficaces e incapaces de tutelar adecuadamente el mismo. El principio de subsidiariedad, el carácter de última ratio o el principio de intervención mínima, vendrían a representar esta posición del Derecho penal respecto a los instrumentos propios de otras disciplinas jurídicas. La mayoría de los intereses penalmente tutelados tienen su ámbito de regulación y protección en otros sectores normativos: propiedad o medio ambiente como intereses jurídicos están presentes en plurales disciplinas jurídicas. Únicamente deberán alcanzar configuración en un tipo penal aquellos comportamientos que escapen a un adecuado control y protección de las regulaciones extrapenales. De manera que como señala ROXIN⁶ "el bien jurídico recibe una doble protección: **del** Derecho penal y **antes** del Derecho penal".

El principio de fragmentariedad, por su parte, viene a señalar el carácter no completo o absoluto de la protección otorgada a los bienes jurídicos penales. Una vez ingresado un bien en el ámbito jurídico penal no resulta, sin embargo, protegido frente a cualquier tipo de agresión. Únicamente frente a aquellos supuestos en los que se aprecie la necesidad de la tutela intensificada mediante la pena criminal, el hecho será punible. El tipo penal determina

⁵ Sobre estos principios, KAUFMANN, Arthur. "Subsidiaritätssprinzip und Strafrecht", *Festschrift für HENKEL*, 1974, p. 89 y ss. MIR PUIG, S. "Sobre el principio de intervención mínima", *Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad de Granada*, 12/1987 (publicado en 1989), p. 243 y ss. MARTOS NUÑEZ, J.A. "El principio de intervención penal mínima", *ADPCP* 1987, p. 99 y ss. NIGGLI, M.A. "Ultima ratio?", *ZStrR*, 111 (1993), p. 236 y ss.

⁶ "Sentido y límites de la pena estatal", en *Problemas básicos del derecho penal*, trad. D.M. LUZON PEÑA, Madrid 1976, p. 22.

Intercambios (N.º 5), 2002.

las modalidades de agresión que resultan abarcadas por el Derecho penal y, negativa e implícitamente, excluye el resto de modalidades en las que el bien puede ser objeto de transgresión. En definitiva desde ambos ángulos, el del principio de subsidiariedad y el del principio de fragmentariedad del Derecho penal, se produce una selectiva protección de bienes jurídicos.

3. El Delito informático no existe en cuanto tal:

a. En ocasiones la referencia a los hechos delictivos relacionados con la informática se realiza mediante la expresión o denominación de "delito informático". En realidad se trata de un concepto ambiguo que no se corresponde en sentido estricto con ninguna categoría jurídico-penal, con un exclusivo hecho punible de los previstos en el Código penal.

b. La polimórfica realidad de la criminalidad informática, se refleja y manifiesta en los intentos de definición o conceptualización de la misma, así como en las clasificaciones de los hechos a las que da lugar el estudio de este fenómeno. Así la aproximación a un concepto genérico, omnicomprensivo del hecho informático penalmente relevante, da lugar necesariamente a definiciones muy amplias. Por ello el grupo de expertos convocado por la OCDE en el año 1985 para el análisis de este tipo de delincuencia habla de "delitos relacionados con los ordenadores" (*computer-related crime*), en el que se integra "cualquier comportamiento antijurídico, no ético o no autorizado, relacionado con el procesamiento automatizado de datos"⁷. Igualmente la definición del delito informático como "Toda acción dolosa que provoca un perjuicio a personas o entidades, en cuya comisión intervienen dispositivos habitualmente utilizados en las actividades informáticas"⁸, deja ver la carga de generalización que la acompaña. Por los mismos motivos **el sistema de codificación de delitos informáticos de la Secretaría General de Interpol cuenta con una treintena de tipos delictivos relacionados con estos medios**, lo que da nuevamente idea de la

⁷ Cfr. SIEBER, U. "Documentación para una aproximación al delito informático". *Delincuencia económica*. MIR PUIG, S. (Comp.). PPU, Barcelona 1992, p. 66.

⁸ Definición que aparece en las conclusiones del Congreso celebrado en Zaragoza en el año 1989 sobre el "delito informático". Véase CONSENTINO, G. Y otros. "Tras los pasos de la seguridad perdida. Delitos informáticos". *Informática y Derecho* 23,26 (1998), p. 1199.

Intercambios (N.º 5), 2002.

heterogeneidad y extensión de los campos a los que afecta⁹.

Si se quiere optar por un cierto criterio restrictivo a la hora de establecer una noción general, habría que incluir exclusivamente los supuestos en los que el ordenador representa el medio de ejecución¹⁰, pues sólo en éstos se aprecian las peculiaridades y características de los sistemas informáticos o del procesamiento electrónico de datos que convierte estos hechos en algo novedoso, diverso, al menos desde el punto de vista criminológico. Pero incluso en esta aproximación más restrictiva a una comprensión global de este género de delincuencia se deja notar la mencionada heterogeneidad y considerable amplitud.

Esta multiformidad y pluralidad se acredita nuevamente a la hora de clasificar y organizar las conductas incluidas en este grupo. SIEBER¹¹ trazó un esquema de las distintas conductas según la forma de aparición o realización del hecho que, en buena medida, puede considerarse todavía válido. En primer lugar se sitúa la alteración o manipulación de datos (*Computer manipulationen*), que puede tener lugar en cualquiera de los momentos a lo largo de los cuales discurre el procesamiento automatizado de datos o en el programa, e incluso sobre los elementos mecánicos de servicio en la instalación del proceso de datos, con una modificación no autorizada del resultado final del procesamiento. La destrucción de datos (*Computer sabotage*) hace referencia a los distintos medios y mecanismos a través de los cuales se logra la destrucción o inutilización de los datos almacenados o en procesamiento electrónico. La obtención no autorizada de datos (*Computerspionage*) toma en consideración el acceso in consentido y apropiación de datos significativos contenidos en un sistema informático, con especial relevancia en el ámbito del espionaje económico. Finalmente se incluyen las distintas formas de agresión al Hardware (*Angriffe auf die Computere-Hardware*), es decir, cualquier forma de ataque a los elementos materiales constitutivos del sistema

⁹ SCHREIBER, W. "La delincuencia asistida por ordenador", *Interpol* 464 (1997), p. 9. Quien indica al mismo tiempo las dificultades que esta misma amplitud origina a la hora de lograr un intercambio internacional de información para actuar cohesionadamente frente a este tipo de comportamientos desde la perspectiva supranacional.

¹⁰ En este sentido MILITELLO, V. "Nuove esigenze di tutela penale e trattamento elettronico della informazione", *Verso un nuovo Codice penale*, Giuffrè, Milano 1993, p. 476.

¹¹ ComputerKriminalität und Strafrecht, München 1977, p. 39 y ss.

Intercambios (N.º 5), 2002.

informático. Quizá hoy el desarrollo espectacular y la expansión en la aplicación a múltiples campos -si no a casi todos- hace que las formas de aparición de estos hechos y el ámbito de aplicación resulte casi ilimitado, como se podrá ver en los particulares comportamientos punibles que se expondrán a lo largo de este trabajo.

c. En realidad legislativamente existe una diversidad de conductas típicas en distintos ámbitos y formuladas con distinta óptica. Precisamente esto refleja las plurales manifestaciones e implicaciones del fenómeno informático en el ámbito penal, así como la técnica seleccionada por el legislador penal para incorporar estos hechos a la regulación positiva, especificando y concretando las modalidades delictivas ya existentes en las que el ordenador y sus aplicaciones pueden tener cabida.

En unos casos el ordenador y sus aplicaciones constituyen el objeto material del delito (sobre el que recae físicamente la acción) y en otros un mero instrumento para cometer hechos generalmente tipificados en los CP. Por eso la doctrina alemana define estos supuestos como el conjunto de actos (punibles o dignos de incriminación) en los cuales el ordenador (o el procesamiento automatizado de datos) es el instrumento o el objeto de la comisión¹².

Por tanto podemos encontrar supuestos delictivos que recaen sobre objetos pertenecientes al mundo de la informática: destrucción o sustracción de programas o material (alteración, destrucción o reproducción de datos almacenados) y también comisión de delitos variados (contra la intimidad, la administración pública, el patrimonio, la seguridad nacional) en los que la informática representa sobre todo el medio de comisión o ejecución del hecho.

Entre la regulación legal española (CPE) en la que se menciona expresamente los objetos o medios informáticos, podemos destacar: estafa informática (art. 248.2), supuesto específico de daños informáticos (art. 264.2), hechos relativos a la propiedad intelectual sobre obras en soporte informático (art. 270), descubrimiento de secretos de empresa en soporte

¹² ROMEO CASABONA, C.M. *Poder Informático y Seguridad Jurídica*, Madrid 1987, p. 22.

Intercambios (N.º 5), 2002.

informático (art. 278.1), descubrimiento, modificación o revelación de secretos personales y familiares (art. 197), uso indebido de terminales de telecomunicación (art. 256), fabricación o tenencia de programas o aparatos destinados a la falsificación (art. 400) e interceptación de las telecomunicaciones y su divulgación por autoridad o funcionario público (art. 536).

II. EL CASO DE LA ESTAFA INFORMÁTICA.

Con la estafa se viene a castigar la causación de un perjuicio patrimonial cometido mediante engaño. Tan acrisolado delito, que se remonta al *Stellionatus* romano, ha ido perfilando a lo largo del tiempo los elementos constitutivos del mismo, y a los que nos vamos a referir a continuación de manera breve y sintética para dar una imagen suficiente del delito que nos ocupa y así, posteriormente, poder abordar las novedades que supone la estafa informática.

1. Elementos clásicos del delito de estafa¹³

a. El primero de los elementos del delito de estafa es el engaño o conducta engañosa. Tales elementos según la conocida formulación de ANTON consiste en la simulación o disimulación capaz o apta para inducir a una o varias personas a error.

Las formas de engaño que aparecen en la práctica son de lo más variado, suponiendo siempre algún tipo de maniobras fraudulentas o puesta en escena, con atribución de cualidades falsas, uso de nombre o representación no veraz, simulación de hechos falsos, deformación u ocultación de hechos verdaderos, etc. Según la fórmula legal el engaño debe ser bastante, es decir, que tanto desde la perspectiva objetiva como de la subjetiva debe resultar idóneo para conducir a error a otra u otras personas.

¹³ Sobre ellos puede verse ANTON ONECA, J. *Las estafas y otros engaños*, Seix, Barcelona 1957, p. 4-14. También PEREZ MANZANO, M. en BAJO FERNANDEZ (Director), *Compendio de Derecho Penal (Parte*

Intercambios (N.º 5), 2002.

b. El Error se presenta como el segundo requisito, en cuanto situación de error de quien sufre el engaño, es decir, consecuencia a la que conduce el previo comportamiento engañoso o fraudulento.

Error es el conocimiento viciado de la realidad. Consiste en la situación intelectual provocada por el engaño que supone una discordancia entre la representación de la realidad por el engañado y la realidad.

c. Posteriormente se debe producir un acto de disposición consecuencia de la situación de error. El engañado pues, a raíz de su error al que le induce el sujeto activo, lleva a cabo un comportamiento que implique algún tipo de disposición patrimonial. El mismo puede afectar a cualquier elemento patrimonial, de manera que puede concretarse en la entrega de una cosa (material o dineraria), en la realización de un acto documental con trascendencia económica (gravamen de un bien), o la prestación de cualquier tipo de servicio, todo ello siempre cuantificable económicamente.

En este momento se exige identidad entre engañado y disponente, es decir, resulta necesario que quien lleva a cabo este acto con contenido patrimonial sea la misma persona que la que ha sufrido el engaño, pues si no, no estaría presente la relación medial necesaria entre ambos elementos.

d. El conjunto de hechos anteriores van a producir un perjuicio propio (de quien recibe directamente el comportamiento engañoso) o de un tercero. Al tratarse de un perjuicio propio o de tercero ya no es preciso la coincidencia entre ambos sujetos, quien recibe directamente el previo comportamiento y quien finalmente ve alterado su saldo patrimonial. Pueden ser distintos el engañado y el perjudicado en su patrimonio.

Este perjuicio patrimonial constituye el auténtico resultado del delito, como consecuencia derivada del comportamiento del sujeto activo del delito que el legislador selecciona y exige para que el delito pueda entenderse consumado. Perjuicio patrimonial de la

Intercambios (N.º 5), 2002.

víctima, en el sentido de un saldo patrimonial negativo, debiendo haber sufrido su patrimonio una disminución comparado el mismo antes y después del hecho.

e. El Animo de lucro¹⁴ forma parte también de los elementos necesarios en la ejecución del delito de estafa. El ánimo de lucro concebido como la pretensión del autor del hecho de conseguir, derivado del mismo, un beneficio patrimonial para sí mismo o para un tercero, informa también el hecho punible aunque ahora desde la esfera interna del autor, como elemento que exige también el delito pero desde la vertiente subjetiva, la propia del sujeto activo.

f. Todos estos elementos que acabamos de ir exponiendo como los que dan origen al delito de estafa, se encuentran encadenados en una relación de progresión, de manera que el anterior siempre debe ser causante del posterior. Es decir se precisa sucesivamente entre ellos una relación causal en cadena.

La Tipicidad del delito depende de la afirmación de la relación de causalidad entre el comportamiento del sujeto activo y el resultado patrimonial desfavorable, por una parte, y, por otra, de la imputación objetiva del hecho a su autor. Relación de causalidad entendiendo la jurisprudencia el engaño como condición cuantitativamente dominante en la producción del resultado (s. TS 22-5-97¹⁵ –FJ 4º-), según la fórmula procedente de ANTON.

La Imputación objetiva reclama tanto la efectiva peligrosidad del comportamiento engañoso en la causación del perjuicio patrimonial como la superación del riesgo permitido con el mismo¹⁶. La peligrosidad objetiva del comportamiento necesaria para inducir a error a la víctima y producir el consiguiente menoscabo patrimonial fruto de la previa disposición

¹⁴ Sobre el concepto de ánimo de lucro en general, con la pugna entre el concepto amplio manejado generalmente por los Tribunales y el concepto restrictivo de sentido exclusivamente patrimonial, puede verse MATA y MARTIN, R.M. *El delito de robo con fuerza en las cosas*, Ed. Tirant lo blanch, Valencia 1995, p.

¹⁵ (A. 4435). Caso en el que no media manipulación informática alguna, pero que en fecha reciente nos recuerda esta construcción sobre la relación de causalidad en el ámbito del delito de estafa que mantiene la jurisprudencia.

¹⁶ véase PEREZ MANZANO, M. en BAJO FERNANDEZ (Director), *Compendio de Derecho Penal (Parte Especial)*,

Intercambios (N.º 5), 2002.

sobre alguno de los elementos constitutivos de su propia masa patrimonial. También resulta exigible desde esta perspectiva que el riesgo creado mediante el engaño constituya un riesgo no permitido, excluyéndose del ámbito de la tipicidad de la estafa todas aquellas exageraciones o inexactitudes que son práctica habitual en el tráfico jurídico.

2. El problema del engaño como elemento de la estafa.

a. El comportamiento nuclear de la estafa gira en torno al engaño, a la acción fraudulenta. El engaño constituye el específico desvalor de acción de la estafa. Ahora bien en el ámbito de la estafa ha existido tradicionalmente:

La Postura tradicional¹⁷ sobre este aspecto del delito ha mantenido claramente que no se puede engañar a las máquinas. Entre los argumentos esgrimidos en apoyo de esta tesis pueden mencionarse los siguientes: Si la estafa requiere que el engaño produzca un error en otro, una máquina no puede ser ese "otro", sino que ese otro sólo puede ser una persona física, ya que sólo la persona física podría tener una falsa representación de la realidad¹⁸. Es decir vendría a afirmarse la "exigencia de que la estafa se desarrolle en el marco de una relación *intuitu personae*. Es decir la necesidad de que el engaño se dirija directamente a una persona física, a que ésta debe captar el contenido del engaño y, por lo tanto, debe darse el error como estado psicológico"¹⁹. En este sentido se llega a señalar que, de evitarse esta concepción del engaño, la aplicación de la norma de la estafa supondría analogía prohibida contra reo²⁰.

Sin embargo sobre este mismo problema no ha dejado de suscitarse una nueva

volumen II, Ceura, Madrid 1998, p. 453.

¹⁷ Por todos véase ANTON ONECA, J. *Las estafas y otros engaños*, Seix, Barcelona 1957, p. 10.

¹⁸ Véase al respecto, BAJO/PEREZ MANZANO, *Manual de Derecho Penal (Parte Especial) (Delitos patrimoniales y económicos)*, Ceura 1993, p. 299-300.

¹⁹ PEREZ MANZANO, M. en BAJO FERNANDEZ (Director), *Compendio de Derecho Penal (Parte Especial)*, *volumen II*, Ceura, Madrid 1998, p. 455.

²⁰ VALLE MUÑIZ, en QUINTERO OLIVARES (Director), *Comentarios a la Parte Especial del Derecho Penal*, Aranzadi 1999, p. 522, citando a GUTIERREZ FRANCES

Intercambios (N.º 5), 2002.

postura doctrinal, incluso antes de la aprobación del CP de 1995), de acuerdo a la cual el engaño no comporta necesariamente una relación directa y personal entre dos seres humanos, defendida por autores como GUTIERREZ FRANCES o DE LA MATA²¹. Para estos autores en realidad las máquinas o los ordenadores no sufren engaño alguno ni realizan por error acto de disposición, sino que se limitan a ejecutar el traspaso patrimonial ordenado y dispuesto por quien ha efectuado la programación (engaño al programador o a la institución)²². Puede entenderse que, con mayor o menor distancia temporal y física, al final sufre engaño una persona, aun cuando no sea personal ni directo.

La posición de la jurisprudencia sobre el problema aludido, como consecuencia de la primera de las opiniones antes expuesta, ha sido la negativa a admitir el engaño sobre máquinas o aparatos automáticos. Antes del CP 1995 se negaba por parte de los Tribunales la posibilidad de entender realizado el delito de estafa en los fraudes informáticos, como resultado de la aplicación de la concepción del engaño que se ha mencionado. Así la sentencia del TS de 19-4-91²³, en relación al apoderado de un banco que haciendo apuntes falsos vía ordenador, consigue un enriquecimiento ilícito, excluye la aplicación del delito de estafa.

3. La estafa informática en general.

a. El legislador de 1995 (CPE) zanja el tema al admitir un supuesto específico de estafa informática donde se sustituye el término engaño por el de manipulación informática. De este modo el legislador prevé un supuesto específico de estafa informática (art. 248.2), de

²¹ GUTIERREZ FRANCES, M.L. "Los fraudes informáticos en el Derecho español". *Actualidad Informática Aranzadi*, 11 (1994), p. 11. También DE LA MATA BARRANCO, N. "Utilización abusiva de cajeros automáticos: apropiación de dinero mediante la tarjeta sustraída a su titular", *Poder Judicial* número especial IX (nuevas formas de delincuencia) (1988), p. 172 y ss.

²² GUTIERREZ FRANCES, M. L. "Los fraudes informáticos en el Derecho español", *Actualidad Informática Aranzadi* 11 (1994), p. 11.

²³ *Actualidad Penal* 541/1991, p. 1194, condenando por la condición de apoderado del Banco Hispano Americano con lo que se entendía que los fondos le habían sido entregados para su administración. La sentencia procede de la AP de Granada que inicialmente consideró probado un delito de estafa y que como señalamos corrige el TS al entender inaplicable la figura de acuerdo a la comprensión del elemento del engaño.

Intercambios (N.º 5), 2002.

modo paralelo al tipo básico de la misma –en un segundo párrafo del mismo precepto-, en la que se castiga la manipulación de datos almacenados en sistemas informáticos para lograr una transferencia no consentida de activos patrimoniales. También el PCPRN da el paso de incorporar un supuesto entre las defraudaciones relativo a la estafa informática, aunque éste entre los supuestos agravados (art.321, f) que se comete “Cuando con ánimo de lucro, valiéndose de tarjetas de crédito o débito, o con abuso de firma en blanco o de medios electrónicos o de alguna manipulación informática o artificio semejante obtenga la transferencia no consentida de cualquier activo patrimonial en perjuicio de tercero”. Se trata de una fórmula que sin duda recuerda a la del CPE pero que a la vez recoge una pluralidad de medios comisivos no del todo homogéneos. A su vez al referirse a que el sujeto activo actúe “en perjuicio de tercero” está sin duda ampliando el ámbito de aplicación del supuesto, pues se tome este elemento en sentido subjetivo –ánimo que debe guiar al autor junto al de lucro-, como en sentido objetivo –como tendencia o idoneidad de la acción para producir el resultado- lo cierto es que no resulta necesario que se llegue a producir un efectivo perjuicio patrimonial para la víctima, lo que ensancha el campo propio de la figura el imponer menores exigencias.

b. Con el cambio mencionado se plantea inmediatamente la relación que guarda este nuevo supuesto con el tipo básico de estafa. En la discusión dentro de la dogmática española sobre esta relación de la estafa informática con la estafa genérica, surgen enseguida dos alternativas:

Por una parte, quienes entienden que los elementos de la estafa informática siguen manteniendo los de la estafa genérica²⁴, 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. Con ello resultaría perfectamente válido todo lo señalado por doctrina y jurisprudencia para la estafa genérica, pues el nuevo precepto no representa sino una especificación del legislador para evitar dudas sobre la aplicación del delito a estas recientes realidades.

²⁴ Así GONZALEZ RUS, J.J. *Curso de Derecho Penal Español, Parte Especial I*, Marcial Pons, Madrid 1996, p. 687.

Intercambios (N.º 5), 2002.

De otra manera, nos encontramos con quienes entienden que el concepto general de estafa no ejerce como criterio interpretativo, pues no comparte la dinámica de la estafa tradicional, ya que estas nuevas modalidades son ajenas al engaño²⁵. Desde este punto de vista en realidad la nueva estafa informática sólo presenta afinidades con escasos elementos de la estafa en su configuración tradicional y por tanto no sirve como referencia.

Como apoyo a esta posición se señala que “Quienes realizan la conducta descrita en esta disposición no cometen estafa, si no que “se consideran” (como dice la redacción del art. 248.2) legalmente reos de estafa. De esta manera con esta fórmula se pretendería colmar una posible laguna de punición, que había sido observada por la doctrina, sin desvirtuar el contenido dogmático de los elementos de la estafa ni las relaciones entre ellos”, según PEREZ MANZANO²⁶. Con ello esta autora entiende la declaración legal en el sentido de que precisamente al decir “se consideran” está señalando que realmente no lo son, pero también puede tratarse de una mera fórmula lingüística para reforzar la idea de que debe incluirse este tipo de comportamientos en el ámbito de la estafa y por tanto resultar punibles estos hechos, frente a las dudas que siempre suscitan las nuevas realidades²⁷.

c. Con estos pasos previos podemos ya abordar la estructura de este delito, en la que se reúnen los elementos que deben concurrir para poder apreciar este nuevo supuesto. Para ello, vamos a tomar como referencia, pues entendemos que nada se opone pese a lo anteriormente señalado, la estructura de la estafa genérica. Nada se opone y, al contrario, permite sin duda una mayor claridad y precisión en la determinación del comportamiento típico.

²⁵ VALLE MUÑIZ, J:M. en QUINTERO OLIVARES (Director), *Comentarios a la Parte Especial del Derecho penal*, Aranzadi 1999, p. 521). También CHOCLAN MONTALVO, J.A. “Estafa por computación y criminalidad económica vinculada a la informática”, *Actualidad Penal* 1997, p. 1079.

²⁶ BAJO FERNANDEZ (Director), *Compendio de Derecho Penal (Parte Especial)*, volumen II, Ceura, Madrid 1998, p.454).

²⁷ Argumento que recuerda las viejas disquisiciones sobre el antiguo artículo 14 que comenzaba “Se consideran autores...” y que se remonta al menos a PACHECO. Cfr. CORDOBA/RODRIGUEZ MOURULLO, *Comentarios al Código penal*, T.I, Barcelona 1976, p. 801.

Intercambios (N.º 5), 2002.

En primer lugar se sitúa el elemento que más caracteriza esta nueva modalidad: la manipulación informática. Manipulación informática o artificio semejante, que equivale al engaño bastante y el error al que debe conducir al sujeto pasivo o tercero. Puede entenderse también que el error de la estafa genérica se ve sustituido en la fórmula legal por la falta de consentimiento, según entiende PEREZ MANZANO²⁸.

La redacción legal se refiere al logro mediante la manipulación informática de una transferencia no consentida de algún tipo de activo patrimonial. Transferencia de cualquier activo patrimonial, en el sentido de cambio fáctico de adscripción del elemento patrimonial, como transmisión de bienes o servicios que tienen valoración económica²⁹. Pese a esta visión tan amplia, que abarca no sólo la transmisión de bienes sino también prestación de servicios –como sucede en el acto de disposición patrimonial de la estafa genérica-, no obstante, la s. AP de Madrid de 21-4-99³⁰ entiende que pasar con el cupón de abono del que no se es titular para franquear el torniquete de entrada a un transporte público no supone la existencia de transferencia de activo patrimonial alguno (tampoco manipulación informática).

Parece que la referencia legal a los activos patrimoniales tiene como clara finalidad justamente comprender como objeto de la acción valores patrimoniales sin correspondencia con un objeto material (dinero contable o escritural)³¹, evitando lagunas de punibilidad en relación a los modernos tipos de operaciones patrimoniales.

²⁸ BAJO FERNANDEZ (Director), *Compendio de Derecho Penal (Parte Especial)*, volumen II, Ceura, Madrid 1998, p. 455.

²⁹ PEREZ MANZANO, M. en BAJO FERNANDEZ (Director), *Compendio de Derecho Penal (Parte Especial)*, volumen II, Ceura, Madrid 1998, p. 456-7.

³⁰ (A. 2047). Acordando el Tribunal la absolución. Realmente esta sentencia introduce no pocos elementos de debate. No está tan claro que el comportamiento no implique la transferencia de un activo patrimonial en el sentido señalado, que incluye la prestación de servicios. La negación de la manipulación informática también resulta dudosa, pues no queda determinado en la descripción de hechos probados el modo de funcionamiento del torniquete. En todo caso la solución de no condenar, deja pendiente la posible aplicación de la estafa propia, pues lo normal en este caso es la existencia de una relación personal más o menos inmediata, y los presupuestos de hecho del caso no contradicen la doctrina que permitía incluir los supuestos de polizonaje, salvo que llevara á cabo una conducta puramente pasiva –y por tanto si crear error en otro-, lo que realmente no puede entenderse para este hecho.

³¹ Así CHOCLAN MONTALVO, J.A. “Estafa por computación y criminalidad económica vinculada a la informática”, *Actualidad Penal* 1997, p. 1083.

Intercambios (N.º 5), 2002.

La transferencia lograda a través de la manipulación informática finalmente va a provocar el perjuicio patrimonial para el tercero, como elemento requerido en todos los supuestos de estafa. Este también debe concebirse en los mismos términos que en el ámbito de la estafa genérica, pues no existe razón que oponer a ello, en el sentido de resultado final de desbalance patrimonial, creándose con el comportamiento fraudulento un déficit patrimonial para el titular de los bienes comparando el estado del mismo antes y después de los hechos. Igualmente a la estafa del número primero del art. 248 el autor debe obrar guiado por el ánimo de lucro, como elemento subjetivo que completa desde la perspectiva del autor el conjunto de rasgos objetivos del hecho punible.

4. La manipulación informática.

a. El elemento que por tanto presenta mayor novedad e interés es el de la **manipulación informática**, mediante el que se logra la transferencia patrimonial no consentida, de forma que se hace necesario abordar el contenido de este requisito.

b. La manipulación a que hace referencia el precepto parece que implica la actuación del sujeto activo sobre un sistema informático de manera que este altere, de modos muy diversos, el resultado a que habría de conducir el normal procesamiento automatizado de datos. Manipulación consiste, según ROMEO³², en la incorrecta modificación del resultado de un procesamiento automatizado en cualquiera de las fases de procesamiento o tratamiento informático con ánimo de lucro y perjuicio de tercero.

Se puede entender de otra manera tal manipulación como alteración del software, tal como lo hace PEREZ MANZANO³³. Esto, si lo entendemos de manera estricta, tiene un efecto muy restrictivo a la hora de señalar la conductas abarcadas, pues solamente se

³² ROMEO CASABONA, C.M. *Poder informático y seguridad jurídica*, Madrid 1987, p. 47)

³³ en BAJO FERNANDEZ (Director), *Compendio de Derecho Penal (Parte Especial)*, volumen II, Ceura, Madrid 1998, p. 455. Aunque realmente la propia autora no utiliza un concepto estricto de manipulación del software, pues lo asimila a la definición de manipulación informática de ROMEO que incluye la alteración de datos al introducirlos o los ya incluidos.

Intercambios (N.º 5), 2002.

incluiría la manipulación del programa y no otras, generalmente aceptadas, que supongan la alteración de los datos sobre los que opera el sistema e incluso sobre elementos materiales del mismo.

La referencia legislativa a la conducta punible termina con una *cláusula general* que se refiere a *cualquier otro "Artificio semejante"*, para evitar algunos problemas de aplicación de esta modalidad delictiva en algunos casos en los que no quepa hablar en sentido estricto de manipulación informática pero esté muy próxima a la misma, e incluso para permitir una rápida adaptación de la norma a las nuevas realidades que en el campo de las nuevas tecnologías se suceden a gran velocidad. Ahora bien, **para que esa cláusula general no pierda sentido y se convierta en una fórmula vacía en la que quepa cualquier contenido, y por tanto contraria al principio de legalidad, es necesario exigir una relación de semejanza con la manipulación informática.** Así ha sucedido que la jurisprudencia ha extendido esta cláusula residual a supuestos de dudoso encaje, como el de la sentencia de la AP Lugo de 9-7-98³⁴, en la que ciertos individuos se servían de dos monedas de quinientas pesetas a las que tenían adheridas un hilo de seda y que introducían en máquinas tragaperras en situación de juego, devolviendo la cantidad correspondiente al cambio de ese dinero. Sin embargo la ya mencionada s. de la AP de Madrid de 21-4-99³⁵, que entiende que pasar con el cupón de abono del que no se es titular para franquear el torniquete de entrada a un transporte público no supone la existencia de manipulación informática, aparte de otros problemas ya señalados, no contempla la posibilidad de acudir a este inciso incluyendo el paso fraudulento del torniquete entre los artificios semejantes, lo que no podría excluirse fácilmente.

c. La manipulación puede producirse de cualquier forma, en el mismo programa o en cualquier momento del procesamiento o tratamiento automatizado de datos, o desde cualquier lugar. Desde estos distintos puntos de vista se efectúan clasificaciones sobre las

³⁴ (A. 3839). Señala la sentencia que "Esta legislación viene a penalizar como estafa, expresamente, lo que hasta entonces la Jurisprudencia había dicho que no se podía castigar como tal" (en referencia a "artificio semejante").

³⁵ (A. 2047). Ya hemos indicado como el Tribunal acuerda la absolución y como la negación de la manipulación informática también resulta dudosa, pues .

Intercambios (N.º 5), 2002.

diversas manipulaciones posibles³⁶. En este sentido cabe clasificar los distintos tipos de manipulaciones según puntos de vista diversos, que nos facilitan la imagen global de las posibilidades plurales de realizar el comportamiento.

Respecto al momento de la manipulación pueden señalarse las alternativas en cuanto a este enfoque temporal de la actuación sobre el sistema informático. Cabe hablar en primer lugar de Manipulación previa (en la fase de *input*), cuando se actúa en los datos sobre los que opera el programa. Y esta manipulación de carácter previo puede ser en su ejecución práctica tanto activa, en sentido estricto, como omisiva. Por acción, modificando datos reales o añadiendo otros ficticios. Caso de la s. De la AP de Granada de 23-3-99³⁷ en el que el empleado del banco mediante apuntes informáticos a través del ordenador detrae dinero de la caja del banco (hasta 18.026.834 ptas.) ingresándolo en cuentas de su titularidad. También la s. TS 30-10-98³⁸ refleja un caso en el que empleados del INEN introdujeron datos falsos en el sistema informático del mismo haciendo acreedores de prestaciones del Instituto a personas que no reunían los requisitos y con quienes se repartían los ingresos, aun cuando este supuesto concreto el Tribunal se aparta del delito de estafa por razones distintas a las relativas al problema de la manipulación. Por omisión, en el registro de datos, no incorporando al procesamiento de datos los que correspondían tratamiento llevado a cabo, y de esta forma el resultado ordinario al que debía conducir el procesamiento de haberse llevado a cabo correctamente.

En la Manipulación del programa se modifican las instrucciones del programa, alterando

³⁶ ROMEO CASABONA, C.M. *Poder informático y seguridad jurídica*, Madrid 1987, p. 47 ss. CORCOY, M./JOSHI, U. "Delitos contra el patrimonio cometidos por medio informáticos". *Revista Jurídica de Cataluña* 3 (1988), p. 135 y ss.

³⁷ (A. 1382). No cabe la apropiación indebida pues no siendo apoderado no ha tenido el dinero en administración. Hecho enjuiciado en la AP de Granada e igualmente consistente en la realización de apuntes informáticos irregulares, como el de años atrás, en una oficina del Banco Central-Hispano (con independencia de las fusiones ocurridas en el transcurso de estos años)

³⁸ (A. 8566). En realidad la sentencia condena por delito de Malversación de Caudales, dada la condición funcional de los autores, pues entiende –curiosamente– que la introducción de datos en el sistema informático no puede ser reputado como engaño toda vez que siendo el INEM una persona jurídica y no física no es susceptible de padecerlo.

Intercambios (N.º 5), 2002.

o eliminando algunos pasos o introduciendo partes nuevas en el mismo. Se incluirían así la llamada técnica del salami (*salami technique*), en la que el autor actúa redondeando céntimos por defecto en determinadas y múltiples operaciones bancarias, que en su conjunto suponen cantidades importantes desviadas hacia cuentas propias. También se presenta en este ámbito la técnica conocida como el Caballo de Troya (*Trojan horse*)³⁹, mediante la que se introducen clandestinamente instrucciones en un programa ya activo que permite obtener determinados resultados no previstos en la configuración inicial del mismo. Con cualquiera de estas manipulaciones en el programa se puede lograr resultados distintos y no previstos en la programación originaria y que puede afectar a cualquier ámbito con trascendencia patrimonial, como por ejemplo, pagos de servicios, prestaciones o bienes inexistentes.

También cabe hablar de Manipulaciones posteriores, o en la salida de datos ("*output*"), que generan directamente una alteración en el reflejo exterior del resultado del procesamiento automatizado de datos. Como ya se ha señalado en todas las manipulaciones finalmente se producirá una alteración del resultado del procesamiento de datos, pero en este caso la actuación permite la alteración inmediata del resultado, que por tanto ya no es efecto de actuaciones previas en otros momentos del procesamiento (en los datos, en el programa). Como tal manipulación en el resultado, la misma puede llevarse a cabo de distintas maneras: en el reflejo último en la visualización por pantalla, en el papel escrito mediante la impresora o en el registro en banda magnética cuando van a ser transmitidos a otros ordenadores.

En cuanto al lugar desde el que se lleva a cabo la manipulación, como otra forma de conseguir la misma, puede distinguirse diversas situaciones. En primer lugar la Manipulación a distancia o exterior, que a su vez puede entenderse de dos maneras: En relación al sujeto infractor, se puede hablar de manipulación exterior cuando el mismo es ajeno a la persona o institución de la que depende el sistema informático y por lo tanto cualquier acceso resulta ilegítimo.

³⁹ Ambos ejemplos en CHOCLAN MONTALVO, J.A. "Estafa por computación y criminalidad económica vinculada a la informática", *Actualidad Penal* 1997, p. 1082.

Intercambios (N.º 5), 2002.

En relación al lugar desde el que se efectúa también cabe referirnos a manipulación a distancia o exterior, pero ahora, por tanto, desde un punto de vista distinto. A través de la telemática (ordenador comunicado con otras terminales por línea telefónica mediante un modem) es posible el acceso al ordenador a distancia sin necesidad de presencia física. Cuando el sistema es accesible por terceros y estos lo manipulan (caso de utilización de internet o autopistas de la información para realizar algún tipo de operación comercial con manipulación informática). Media, entonces, distancia espacial entre el equipo informático en el que opera el sujeto activo y aquél en el que se producen los efectos⁴⁰.

En relación a la Manipulación interna al sistema informático de que se trate, también cabe entenderla relacionada con el autor o con el lugar de realización del hecho. En relación al sujeto: Cuando quien realiza la manipulación es una persona que está autorizada a acceder al sistema y operar con el mismo. En principio los hechos anteriores es posible realizarlos mediante el acceso físico y directo al ordenador por quienes puedan legítimamente hacer uso del mismo. Por ejemplo un apoderado o empleado de una entidad financiera o de una empresa con el sistema informático propio. En relación al lugar se entenderá por manipulación interna la que se lleva a cabo con acceso físico al sistema informático en el que se encuentran los elementos objeto de manipulación.

d. La manipulación informática desde el punto de vista del contenido se manifiesta en esa transferencia no consentida de activos patrimoniales de la que habla el tipo penal del art. 248 en su número segundo. Se trata de una transferencia patrimonial meramente contable, como pura anotación (que puede concretarse de las formas más variadas: derecho de crédito, prestación o servicios, ingresos ficticios en cuentas corrientes, abono de salarios no debidos, órdenes de pago falsas, etc.).

e. Naturalmente debe tener una correspondencia en la realidad, de forma que suponga un efectivo incremento patrimonial del sujeto activo. Si no se llegara a reflejar de modo efectivo en el patrimonio del autor y sólo estuviéramos ante una mera anotación

⁴⁰ PEREZ MANZANO, M, en BAJO FERNANDEZ (Director), *Compendio de Derecho Penal (Parte Especial)*, volumen II, Ceura, Madrid 1998, p. 455.

Intercambios (N.º 5), 2002.

contable, el hecho punible no se ha consumado y podría castigarse como tentativa de estafa.

Para ello no es óbice que el autor no llegue materialmente a recibir nada o no reciba anotación en su propio patrimonio, como sucede cuando realiza una anotación contable con la que salda una deuda, de forma que en este caso también recibe un beneficio patrimonial y causa el perjuicio correspondiente.

f. Cabe plantearse en relación a esta manipulación informática como elemento del tipo del art. 248.2, si la misma admite no sólo los supuestos de comisión activa en sentido estricto, sino además supuestos omisivos, es decir, realización de la manipulación mediante un dejar de hacer. Es cierto, como señala VALLE MUÑIZ⁴¹ que “Las dificultades generales con que la doctrina admite en la estafa la comisión por omisión (tan sólo cuando la conducta omisiva puede ser reconducida a un acto concluyente), se ven acrecentadas en el fraude informático por la referencia típica a manipulaciones informáticas. Siendo cierto esto, también lo es que en ocasiones, muchos casos que aparecen inicialmente como omisivos, y que por ello resulta dudosa su admisión, sin embargo son realmente comportamientos activos en sentido estricto. Por otra parte, si admitimos como manipulación, como se hace muy habitualmente, el supuesto de no inclusión de los datos reales que deberían ser objeto de procesamiento (en el ámbito de lo que hemos llamado manipulación previa), estamos ya abarcando la omisión. Para rechazar estos casos omisivos habríamos de adoptar un concepto muy restrictivo de manipulación informática que generalmente no se toma en consideración.

5. El abuso de crédito o de medios de pago mediante manipulación informática.

a. La estafa mediante manipulación informática afecta especialmente a los modernos medios de pago. Los medios de pago que puedan hacer referencia a un supuesto de estafa informática deben representar una transferencia electrónica de fondos, la cual se puede realizar fundamentalmente de tres formas: cajeros automáticos, terminales en puntos de

⁴¹ QUINTERO OLIVARES (Director), *Comentarios a la Parte Especial*, Aranzadi 1999, p. 525.

Intercambios (N.º 5), 2002.

venta mediante tarjetas de pago, y el llamado Banco en casa⁴².

b. Ahora bien, de acuerdo a los presupuestos generales que se han venido estableciendo en este trabajo, deben estar presentes siempre dos requisitos para que, en el ámbito de la transferencia electrónica de fondos, podamos hablar de estafa informática:

Por una parte una auténtica Manipulación de un sistema informático, en el sentido de alteración de lo que hubiera sido el normal desarrollo y resultado de un procesamiento automatizado de datos sin algún tipo de intervención fraudulenta. Es decir que no basta con que esté presente sin más una operación informatizada sino que en alguna medida se manipule la misma, de cualquiera de las formas que ya hemos señalado.

Por eso resulta incorrecto calificar como estafa informática la utilización de tarjetas de crédito en comercios por alguien que no es su titular, como hizo la s. AP Las Palmas de 19-10-98⁴³, al entender que en aquellos casos en los que se asegura la operación mediante firma electrónica el engaño se sofisticaba. En realidad, en todos los casos, estaban personalmente presentes sujeto activo y víctima.

Pero además, esta manipulación informática debe producirse en condiciones determinadas, de acuerdo a la concepción general del supuesto y su relación con la estafa genérica. Así debe producirse una Manipulación informática sobre sistemas que operen con autonomía, sin intervención de personas físicas. De forma que si pese a emplearse alguna modalidad de manipulación informática, la disposición patrimonial se produce finalmente a consecuencia de la falsa representación mental de alguna persona - con base en la anterior manipulación informática -, estaríamos ante el engaño propio del tipo básico de la estafa.

⁴² DEL PESO NAVARRO, E. "El pago mediante medios electrónicos". *Actualidad Informática Aranzadi* 5 (1992), p. 2.

⁴³ (A. 4072). Empleada del hotel que mediante simulacros de incendio consigue despistar al personal del hotel para acceder a las habitaciones y sustraer objetos y tarjetas. En lo referente a la utilización abusiva de tarjetas de crédito en un restaurante y otros comercios, la autora resultó condenada por falsedad en documento mercantil en concurso con el delito de estafa.

Intercambios (N.º 5), 2002.

En el sentido indicado, GUTIERREZ FRANCES⁴⁴ distingue claramente ambos supuestos en los que manipulación e intervención de personas puedan simultanearse o no. Por esta razón era ya posible admitir la estafa antes del nuevo Código penal de 1995, "si el ordenador no es más que un medio auxiliar o de ayuda a la toma de decisiones, que acaba adoptando efectivamente una persona, que podría decirse había sido efectivamente engañada"⁴⁵.

También ROMEO⁴⁶ señala que para que la manipulación informática fuera admisible como engaño "es preciso que aquella sea captada, percibida, física o visualmente por una persona, una captación del contenido de los datos manipulados, de manera que como consecuencia de la misma se modifique su representación intelectual sobre un suceso, hecho o acontecimiento...". Sólo en los casos en que con carácter previo a la transferencia patrimonial se produce la concurrencia de una persona humana encargada de verificar la realidad de los datos informáticos, podrá considerarse producida la estafa, si el ordenador ha sido medio para el engaño⁴⁷. Por estas consideraciones previas, podemos señalar que la asimilación a la estafa informática del supuesto en el que se emplean tarjetas de crédito o débito del PCPRN (art. 231 f) no resulta acertada, pues, como se ha tratado de poner de relieve, la simple presencia de estos medios no elimina por sí mismo la presencia del engaño propio de la estafa genérica.

c. Por exigirse estos requisitos deberán tratarse de la siguiente manera los siguientes casos:

Para los pagos mediante tarjetas de crédito por su titular con abuso del mismo en establecimientos comerciales es necesario hacer algunas consideraciones previas. Con anterioridad a la regulación actual se incluían en el ámbito de la estafa los supuestos de utilización por el titular de la tarjeta en cualquiera de estos tres supuestos: Sobrepasando

⁴⁴ "Los fraudes informáticos en el Derecho español", *Actualidad Informática Aranzadi* 11 (1994), p. 11.

⁴⁵ GONZALEZ RUS, J.J. *Curso de Derecho penal español, Parte Especial I*, Marcial Pons Madrid 1996, p. 687.

⁴⁶ *Poder informático y seguridad jurídica*, Fundesco 1987, p. 60)

⁴⁷ CHOCLAN MONTALVO, J.A. "Estafa por computación y criminalidad económica vinculada a la informática", *Actualidad Penal* 1997, p. 1078

Intercambios (N.º 5), 2002.

el límite de crédito de la tarjeta, Utilizando tarjeta caducada o cancelada o, finalmente, la concesión de tarjetas de crédito o de línea de crédito aportando datos falsos.

Se trata, por tanto, de supuestos que ya venían siendo incluidos en el ámbito de la estafa propia y que no podrán serlo en la estafa informática pues el proceso informático de pago se lleva a cabo sin manipulación alguna, sino que el engaño se realiza con la apariencia de crédito que en la relación personal entre cliente y comerciante se crea. Frente a este tratamiento el PCPRN ha dispuesto expresamente la consideración de estafas agravadas asimiladas a la de naturaleza informática el hecho que se comete mediante tarjeta de crédito o débito, lo que representa una solución apriorística, al no resultar incompatible con el engaño del tipo básico de la estafa y no evidenciarse semejanza necesariamente con la estafa informática.

Otro ámbito diferenciado es el de Pago por terceros no titulares de la tarjeta directamente en redes informáticas (Internet). En el ámbito de las redes informáticas pueden realizarse operaciones comerciales nacionales e internacionales, cuyo pago puede efectuarse mediante la aportación del número de tarjeta de crédito. De manera que obteniendo fraudulentamente el número de la tarjeta pueden realizarse operaciones comerciales usando fraudulentamente el número codificado de tarjetas ajenas.

En principio en estos casos concurre el engaño del tipo básico de la estafa (art. 248.º9 CPE), pues no puede decirse que se produzca manipulación informática, sino el uso fraudulento de tarjeta ajena (el sistema informático funciona correctamente y los datos empleados son ciertos).

Podría ser otra la solución si se efectúa una manipulación informática "strictu sensu": bien alterando el funcionamiento mismo del sistema informático, bien alterando los datos con que opera el sistema informático (introduciendo datos falsos u ocultando los verdaderos). En este caso, sí concurre la estafa informática, pues aparece algún tipo de manipulación informática (art. 248.2 CPE). Además para este grupo de supuestos aparecerá el problema

Intercambios (N.º 5), 2002.

del posible concurso con el delito de falsedades.

También cabe considerar: el empleo de tarjetas bancarias con banda magnética en los cajeros automáticos para disponer ilegítimamente de cantidades de dinero. En estos casos la disponibilidad se obtiene sin exigirse ningún tipo de manipulación, sino que, al contrario, el procesamiento automatizado de los datos funciona correctamente, lo que sucede es que quien emplea la tarjeta y obtiene el reintegro no es la persona autorizada. Como es sabido, las tarjetas se consideran llaves falsas según lo previsto en el art. 239 CP y, por tanto, el supuesto debe ser tratado como robo con fuerza en las cosas. También el art. 224 del PCPRN considera llaves falsas, a los efectos del robo con fuerza en las cosas, el empleo de tarjetas magnéticas o perforadas. Lo que sucede es que como ya hemos visto que a la vez el art. 231 f) estima como estafa agravada la causación de un perjuicio patrimonial mediante empleo de tarjetas de crédito o débito, se plantea un conflicto normativo de difícil solución e innecesario. Aún así sería necesario realizar algunas consideraciones genéricas de acuerdo a los presupuestos del delito de robo con fuerza en las cosas, aunque no directamente dependientes del problema de la manipulación⁴⁸.

En este sentido se viene pronunciando la jurisprudencia de la Sala segunda del Tribunal Supremo desde comienzo de los años noventa. Así una última sentencia TS de 29-4-99⁴⁹ señala que constituye robo y no estafa (pese al criterio anterior de la AP de Valencia), aunque por mor del principio acusatorio no se pueda condenar por este delito. En este caso particular se plantea el problema del número secreto a la vista, es decir, con falta de diligencia por parte de su titular a la hora de ocultarlo, pero en todo caso no afecta al aspecto central de la manipulación. Igualmente s. TS 16-3-99⁵⁰ que ofrece una amplia visión retrospectiva de la doctrina jurisprudencial.

Es posible, sin embargo efectuar todavía alguna matización.

⁴⁸ Sobre esta materia MATA MARTIN, R.M. *El delito de robo con fuerza en las cosas*, Tirant lo blanch, Valencia 1995, p. Del mismo autor, "Los modernos sistemas de seguridad en el apoderamiento patrimonial", *Poder Judicial* 49 (1998), p. 346 y ss.

⁴⁹ (A. 4127)

⁵⁰ (A. 1442)

Intercambios (N.º 5), 2002.

En los casos anteriores, si la obtención de dinero se realiza sobre la base de la alteración de los datos contenidos en la banda magnética de la tarjeta, cabe hablar de manipulación informática y con ello de estafa informática. En este sentido ya se pronunció positivamente ROMEO.⁵¹

⁵¹ “Delitos cometidos con utilización de tarjeta de crédito, en especial en cajeros automáticos”, *Poder Judicial*, número especial IX (1988), p. 128. En contra PEREZ MANZANO, M. en BAJO FERNANDEZ (Director), *Compendio de Derecho Penal (Parte Especial)*, volumen II, Ceura, Madrid 1998, p. 455.