

DELITOS COMETIDOS CON LA UTILIZACIÓN DE TARJETAS DE CRÉDITO, EN ESPECIAL EN CAJEROS AUTOMÁTICOS *

Carlos María Romeo Casabona **

1. INTRODUCCIÓN. OPERATIVIDAD Y NATURALEZA DE LAS TARJETAS DE CRÉDITO

Cualquier observador atento ha podido apreciar un notable incremento en la utilización de las tarjetas de crédito en el tráfico mercantil y económico de los últimos años, en su triple función de instrumento de pago, de garantía y de crédito¹, entendiéndose incluida en ésta última la obtención de dinero en metálico. En efecto, además de la obtención de bienes o servicios de entidades comerciales de muy diversa naturaleza, cabe en la actualidad la realización de otro tipo más variado de operaciones. Como es sabido, los cajeros bancarios automáticos permiten a los clientes del banco o institución de ahorro retirar dinero en efectivo, tanto cuando tales entidades se encuentran en horario

* Este trabajo parte de otro anterior, que ahora se revisa y actualiza, aparecido en mi libro *Poder informático y seguridad jurídica (la función tutelar del derecho penal ante las nuevas tecnologías de la información)* FUNDESCO, Madrid 1988, 121 y ss., y bajo el título *La utilización abusiva de tarjetas de crédito* en "Revista de Derecho Bancario y Bursátil", N° 26, 303 y ss, (1987), en "Actualidad Penal", N° 39, 1825-1840 (1987) y en "Actualidad y Derecho", N° 3, 31-46 (1988).

** Catedrático de Derecho Penal Universidad de La Laguna (España).

¹ V. JOSÉ IGNACIO DE ARRILLAGA, *La tarjeta de crédito*, en "Revista de Derecho Privado", 784 y ss. (1981); MARÍA GÓMEZ MENDOZA, *Consideraciones generales en torno a las tarjetas de crédito*, en "Estudios Jurídicos en Homenaje a Joaquín Garrigues", vol. II, Madrid, 1971, 393 y ss.

DELITOS COMETIDOS CON LA UTILIZACIÓN DE TARJETAS DE CRÉDITO

comercial como fuera de él, gracias a dichas tarjetas (y en la actualidad también la mayoría de las libretas de ahorro), provistas a tal fin de una banda magnética que registra los datos personales del cliente, así como su número personal secreto de identificación (PIN)². Esta innovación tecnológica de incluir la banda magnética ha sido, con toda probabilidad, el factor decisivo para impulsar la extensión de su uso no sólo en los citados cajeros, sino también en otros servicios, como los de terminales de puntos de venta, telecompra y telebanca, también en estos casos con la ayuda de los sistemas modernos de comunicación.

Normalmente las condiciones del contrato establecidas por el instituto emisor —ya sea una entidad bancaria, caja de ahorros, consorcio bancario u otra organización financiera— para el uso de estas tarjetas establecen un límite de disposición, de crédito, que el cliente no puede rebasar, y cuando se trata de obtener dinero de los cajeros automáticos ellos mismos están con el fin de que ese límite más específico no sea desbordado³, de tal forma que no expiden más dinero al cliente cuando se ha llegado al tope previsto. Este control es prácticamente infranqueable cuando los diversos cajeros de la red están conectados de modo permanente con el ordenador (sistema *on line*), que es el que recibe y almacena de modo instantáneo las operaciones realizadas por cada usuario, da las instrucciones correspondientes a todos los terminales (cajeros automáticos) y permite guardar en su memoria la relación completa de tarjetas que han sido anuladas, por las razones que fueren, por la entidad crediticia emisora. Es realmente difícil que un cliente, por hábil que sea, consiga burlar al ordenador, salvo que aproveche un error momentáneo en la programación o funcionamiento del mismo, o si no existe la referida conexión permanente de las terminales, al ordenador central (sistema *off line*), que posee, además, una capacidad limitada de almacenamiento de relaciones de tarjetas anuladas. En proceso todavía de experimentación se encuentran las denominadas tarjetas 'inteligentes', llamadas a sustituir en el futuro a las de banda magnética, que ofrecen una gama variada de sofisticación y de prestaciones o servicios, y que se caracterizan todas ellas por contar con una o dos pastillas microelectrónicas (*chips*), que actúan como auténtico microprocesador y pequeño banco de datos sobre la identidad de su titular y el total de operaciones realizadas, lo que impediría abusos consistentes en rebasar el límite crediticio concedido, en los excepcionales casos en que resulta hoy todavía posible, así como su alteración o falsificación (al menor, según pretenden sus creadores)⁴. Son imaginables, no obstante, varias hipótesis de utilización indebida de las tarjetas magnéticas que dominan el mercado.

² V. más ampliamente sobre el funcionamiento de las tarjetas de crédito y los cajeros automáticos, *Tarjetas de crédito, cargo y disposición*, en "Enciclopedia Bancaria y Financiera", vol. I, Instituto Superior de Técnicas y Prácticas Bancarias, Madrid 1984, SB-6, y *Sistemas de autoservicio bancario*, en el mismo lugar, vol. 3, 1983, BMP-1 y ss.; v. también sobre otros aspectos más generales, DE ARRILLAGA, *La tarjeta de crédito*, pág. cit.; GÓMEZ MENDOZA, *Consideraciones generales en torno a las tarjetas de crédito*, cit., 388 y ss.

³ De hecho, suele existir un límite mucho más bajo que el concedido para el período preestablecido (por lo general un mes) para las disponibilidades máximas de metálico por día cuando se pretende obtener a través del cajero. V. DE ARRILLAGA, *La tarjeta de crédito*, cit., 797 y ss.

⁴ V. más ampliamente sobre sus características y funcionamiento interno, ROBERT MEIVOR, *Tarjetas inteligentes*, en "Investigación y Ciencia", N° 112, 72 y ss. (1986).

Veamos algunos ejemplos: efectuar retiros de dinero por el titular de la tarjeta excediendo la cuantía autorizada, manipulando de alguna forma en el cajero: falsificar la tarjeta⁵, incluida su banda magnética, a cuenta de un cliente ficticio, o alterar los datos de la propia de modo que no se le carguen los adeudos que correspondan, cuya lectura mediante otro ordenador no suele ser, por lo demás, fácil, al encontrarse 'encriptados' mediante procedimientos diferentes, aunque existen aparatos capaces de su lectura; suplantando la tarjeta de otro, obteniendo por cualquier procedimiento fraudulento⁶ el número secreto personal de acceso. Este último ejemplo no constituye en realidad una modalidad de conducta específicamente informática, aunque se mueve en su contexto, como veremos después. Un caso curioso ocurrido en Francia⁷ consistió en realizar numerosas copias de una tarjeta obtenida legalmente y utilizarlas en distintos cajeros al mismo tiempo, de tal forma que al ser simultáneas todas las operaciones, el ordenador las identificó como correctas. Frecuentemente, cuando se trata de alterar o copiar tarjetas o, inclusive, de averiguar el número de identificación personal, suele ser necesario el concurso de empleados de las entidades bancarias encargados del mantenimiento de los cajeros automáticos, o de las empresas fabricantes de los mismos o dedicadas a su revisión técnica. Un problema distinto se plantea cuando la tarjeta se utiliza para la consecución de bienes o servicios en el extranjero, infringiendo o rebasando los límites legalmente establecidos para la exportación de divisas⁸.

Tal como hemos visto, y como vamos a comprobarlo ahora, la fenomenología de la utilización irregular⁹ o abusiva de tarjetas de crédito o de cajeros bancarios automáticos es muy variada, y aunque en relación con estos últimos ciertamente en ocasiones nos encontramos ante manipulaciones en el ordenador —en la terminal— en sentido estricto, en otras tales manipulaciones no se producen en realidad, y sin embargo también se obtiene dinero de forma irregular. Por otra parte, el instrumento que sirve de medio comisivo, la tarjeta de crédito con banda magnética, puede llevarnos en algún momento a plantearnos la existencia de falsedad documen-

⁵ Aunque la falsificación del soporte material plastificado se pretende evitar con la inclusión en el mismo de un holograma y otras técnicas de grabación o impresión de difícil reproducción o imitación.

⁶ Por ejemplo, en la casuística se ha registrado el hecho de llamar por teléfono al propietario de la tarjeta previamente sustraída haciéndose pasar por un empleado, del banco, y solicitarle el número con la excusa de que es necesario su conocimiento por el banco para confeccionarle otra tarjeta que reemplace a la sustraída. Pero se conocen otros procedimientos más sofisticados, dirigidos principalmente a su obtención directa de la memoria del ordenador del propio cajero; y más sencillos, como ver el número teclado por el cliente, si éste no es muy precavido.

⁷ V. H. P. PENEL, *Los piratas de la visa*, en "Conocer", N° 47 103 y ss. (1986).

⁸ V. sobre el particular y sus variantes, FABRIZIO LEMME, *Spendita della carta di credito all'estero, oltre i limiti consentiti e normativa penale valutario*, en "Revista Italiana di Diritto e Procedura Penale", 346 y ss. (1983).

⁹ Con la utilización de las expresiones "irregular", "indebido", "abusivo", se quiere significar únicamente la desviación del hecho de la utilización normal o contractual, en su caso, de la tarjeta de crédito, evitando así conscientemente prejuzgar su calificación de ilícito penal, cuestión a la que me dedico en las líneas que siguen.

tal. Por último, no hay que olvidar la frecuencia de conductas ilícitas que pueden perpetrarse cuando la tarjeta se utiliza como medio de pago para la obtención de bienes o servicios, que sigue constituyendo todavía el uso más generalizado. De ahí la conveniencia de su estudio desde el punto de la adecuación de las diversas conductas y variantes que se pueden presentar con los tipos penales de contenido patrimonial —aunque no sólo con éstos— de nuestro Código Penal más relevantes. Veamos las diversas modalidades comisivas, atendiendo a la condición que pueden presentar sus autores en relación con la titularidad de la tarjeta de crédito.

II. MODALIDADES COMISIVAS

A) Utilización de la tarjeta por un tercero sin el consentimiento de su titular

La primera hipótesis que podemos plantearnos es la de la utilización de la tarjeta de crédito (con o sin banda magnética) por una persona distinta de su titular, sin conocimiento ni consentimiento de éste. El procedimiento más frecuente de obtención de la tarjeta es, lógicamente, el hurto de ésta a su titular, su pérdida y subsiguiente hallazgo, o su compra en el mercado negro¹⁰.

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

a) *Utilización como instrumento de pago para la obtención de bienes o servicios, o como medio de obtención de metálico en entidad crediticia.* Como hemos visto, la tarjeta puede llegar a manos de un tercero distinto del titular por varios caminos o procedimientos. De los supuestos mencionados nos encontramos con que la sustracción de la tarjeta de crédito *en sí misma* puede encuadrarse sin mayores complicaciones en el delito de hurto del 514 del Código Penal; de la misma forma, encontrarse una tarjeta perdida puede llevarnos al delito de apropiación indebida en su particular modalidad del párrafo 2º del art. 535 del mismo Código¹¹; así

¹⁰ En este último caso podría entrar en discusión un delito de receptación (art. 546 bis a del C.P.), siempre que concurren todos sus requisitos, en particular, para lo que aquí interesa destacar, que el que la vende haya incurrido ya en un delito (no falta).

¹¹ Hasta la reforma del C.P. en 1983 (25 de junio) figuraba como variante del delito de hurto (art. 514, nº 3º). Recordemos lo que dice el art. 535 párr. 2º "Igual pena se impondrá a los que encontrándose una cosa perdida se la apropiaren con ánimo de lucro". Parece más correcta la nueva ubicación de este tipo delictivo dentro de la apropiación indebida, puesto que el que se encuentra una cosa perdida, adquiere, en principio, su posesión de manera lícita —aunque distinta de la de los demás titulares a que se refiere el art. 535—, pero con la obligación de darle su destino legal. Téngase en cuenta, a este respecto, la sentencia 19 diciembre 1978, en la que se penó el apoderamiento de la tarjeta de crédito extraviada a través del art. 514, Nº 2º.

como, por último, su obtención del titular por medios engañosos daría lugar a una estafa. Sin embargo, si detenemos por unos instantes nuestro análisis, comprobamos que con ello poco hemos conseguido, por varias razones: el delito de hurto, de apropiación indebida o de estafa, en su caso, quedaría reducido al *valor de la cosa sustraída*¹², lo que convertiría el hecho en una falta¹³; con cierta frecuencia ocurre que el autor no quiere la tarjeta para sí, no hay ánimo de apropiación de la cosa, sino que la devuelve o pretende devolver a su titular, lo que nos movería en un hurto de uso de la cosa, que, como sabemos, es un hecho atípico en el derecho penal español, salvo en el caso de utilización ilegítima de vehículos de motor ajeno¹⁴. Ello no ha constituido óbice alguno para que en ocasiones el hurto de uso haya sido estimado punible por nuestra jurisprudencia —incluso referido a los vehículos de motor cuando no existía tal figura en el Código Penal español—, atendiendo, para determinar la pena, al *valor del beneficio económico obtenido con la utilización* de la cosa. Pero en nuestro caso, mientras la tarjeta no sea utilizada para su destino natural, no existe ventaja patrimonial alguna al margen de su valor intrínseco.

Aclarado esto, y puesto que lo frecuente es que se intente utilizar la tarjeta en cualquiera de sus funciones, para que la primera modalidad comisiva pueda llevarse a cabo es necesario que el autor del hecho al llenar la factura acreditativa de la compra de bienes o del disfrute de los servicios obtenidos, imite la firma del verdadero titular o la tarjeta¹⁵, que figura en ésta, pues es el único modo de conseguir su propósito sin levantar sospechas en el empleado del negocio, quien cotejará ambas firmas como aseguramiento de la coincidencia entre titular y tenedor de la tarjeta, en el caso de que no requiera algún otro medio de identificación¹⁶.

¹² V. para el derecho alemán, en el que, según afirma, conduciría a la impunidad, así como la aplicación al caso de las teorías de la sustancia de la cosa o del valor de la cosa, WALTER GROOP, *Die Codekarte: der Schlüssel zum Diebstahl*, en "Juristenzeitung", 488 y ss. (1983); KLAUS TIEDEMANN, *Computerkriminalität und Missbrauch von Bankomaten*, en "Zeitschrift für Wirtschafts- und Bankrecht" 1326 y ss. (1330) (1983).

¹³ En concreto las del Nº 1 y Nº 3 del art. 587 del C.P., respectivamente, cuando el valor de los sustraído o apropiado no excediere de 30.000 pesetas.

¹⁴ Recientemente, y en este sentido de impunidad de la sustracción de la tarjeta con la intención de devolverla a su titular una vez utilizada indebidamente, por estimar que constituye un hurto de uso atípico, se ha pronunciado también el Tribunal Supremo alemán (Bundesgerichtshof), en sentencia de 16 diciembre 1987. V. fundamentos de derecho de la misma, en "Wistra", 147 y ss. (1988). Conviene mencionar, sin embargo, que esta sentencia acepta la existencia del delito de hurto si el que ha sustraído la tarjeta quiere excluir de forma definitiva al interesado de la misma, tirándola o quedándose con ella.

¹⁵ Si, por el contrario, reemplaza la firma que figura en la tarjeta, nos encontraremos en otro grupo de hipótesis de modalidades comisivas, que veremos más adelante; al igual que si, excepcionalmente, el titular de la tarjeta, contraviniendo las indicaciones del instituto emisor, no la había firmado todavía. En este último supuesto, y de acuerdo con las cláusulas contractuales que suele establecer el instituto emisor, el titular de la tarjeta sería el perjudicado, pues en el delito de estafa sujeto pasivo es el perjudicado (art. 528 p. 1º. "en perjuicio de sí mismo o de tercero").

¹⁶ Lo que no excluye tampoco la posibilidad de que aquél sea falso, lo que nos llevaría al delito de falsificación de documentos de identidad (arts. 309 y 310 del C.P.).

No cabe duda de la comisión de un delito de estafa (art. 528 del C.P.), dados el engaño y el subsiguiente error a que se induce con la apariencia de una personalidad que no le corresponde al tenedor de la tarjeta, apariencia que es la que le ha permitido obtener el beneficio económico traducido en la adquisición de bienes u obtención de servicios; pero, al mismo tiempo, ha incurrido en un delito de falsedad en documento mercantil (art. 303, en relación con el art. 302 N° 1° del C.P.), que dará lugar a un concurso de delitos en relación de medio a fin (art. 71 del C.P.). En esta línea podemos inscribir a la doctrina jurisprudencial española¹⁷.

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

b) *Utilización de la tarjeta para acceder a un cajero automático.* En relación con esta clase de conductas es de suponer, en primer lugar, que el autor obtiene, por cualquier medio, el código o número secreto de identificación (PIN) del titular de la tarjeta para que el referido acceso sea efectivo. El hecho de obtener el número secreto del propio titular de la tarjeta por cualquier procedimiento engañoso no es suficiente para hacernos pensar en un delito de estafa en relación con el dinero que se obtiene con posterioridad a través de ella, puesto que, aunque ha obrado engaño por parte del autor y presumiblemente un error en el titular de la tarjeta al facilitar el número secreto (en el supuesto que sea él quien lo comunique), no concurren los elementos de la estafa, en especial el acto de disposición, que realmente no existe, y además porque el engaño no parece 'bastante', en el sentido del art. 528 del Código Penal; no existe, por tanto, una cadena causal completa. En último extremo, en la intencionalidad del autor no se incluye que sea el titular de la tarjeta el que le haga la entrega directa y material del dinero. Por las razones que indicaré más abajo, tampoco puede admitirse este delito en relación con la entidad emisora o crediticia.

Como resulta evidente y señalaba más arriba, la sustracción de la tarjeta de crédito hay que ponerla en conexión con su funcionalidad, esto es, en este supuesto la obtención de dinero, gracias al acceso al cajero automático. El objeto material de la acción recae sobre el dinero¹⁸. En este sentido, no ofrece mayores obje-

¹⁷ Así resulta en el caso y sentencia antes citados, en el que conoció del uso de tarjeta de crédito de tercero relativo a compras de bienes: estimó punible el apoderamiento de la tarjeta de crédito extraviada (art. 514, N° 2°, aunque, por lo dicho más arriba, sería discutible su estimación como delito y no mejor como falta o hecho atípico, según los casos); la falsificación perpetrada en los talones de compra, fingiendo la firma de su legítimo titular (art. 303); y la estafa, en cuando que "engañó fingiendo un crédito del que carecía y del que no era titular y del que se prevaleció falseando las firmas de su cierto titular"; condenó aplicando el art. 71, apreciando un concurso de delitos de medio a fin (S. 19 diciembre 1978).

¹⁸ Con ello se excluye la posibilidad que se ha apuntado por algún autor de configurar una conducta típica de hurto mixta, con la disfuncionalidad que implicaría, al tener que admitir que la acción del hurto recaería en la sustracción de la tarjeta y el objeto de la misma en el dinero. V. más ampliamente GROOP, *Die Codekarte: der Schlüssel zum Diebstahl*, cit. 490.

ciones la subsunción de la conducta en el delito de hurto, atendiendo a la cantidad de dinero sustraído mediante la tarjeta: ciertamente el autor toma una cosa mueble (el dinero) ajena sin la voluntad de su dueño. Está claro que aquí no se trata de una cosa inmaterial (dinero escritural, documental o contable), que tantas dificultades plantea a la doctrina en relación con el delito de hurto y las manipulaciones de datos informatizados (el fraude informático)¹⁹, sino de una cosa material, corporal y tangible. Sin embargo, antes de comprobar si es viable este camino, son necesarias algunas precisiones.

En primer lugar, podría sostenerse, y en mi opinión nada habría de reprochable en esta afirmación, que el sujeto pasivo y perjudicado del delito es el titular de la tarjeta sustraída. No obstante, esto no siempre es así, o, mejor dicho, no suele ser así. En la relación contractual que se establece entre el usuario de la tarjeta y la entidad emisora suele incluirse una cláusula según la cual, en caso de pérdida o sustracción de aquélla, el titular queda exonerado de cualquier responsabilidad, esto es, de tener que soportar los débitos originados por el uso indebido de tercero, a condición de que comunique inmediatamente la sucedido al emisor, que a partir de ese momento (además de tomar las medidas oportunas para invalidar la tarjeta o, mejor, su utilización) asume los débitos que pudieran producirse, salvo que hubiera mediado culpa o negligencia por parte del titular de la misma²⁰. Nótese que también a partir de ese instante la situación resulta más compleja, puesto que ya no se trata de sustraer algo (dinero) de un tercero (titular de la tarjeta) en un lugar determinado (el cajero), sino que ahora se presenta una relación directa entre el agente y el sujeto pasivo, la entidad bancaria o de ahorro. Así es, en cuanto que aquél "solicita" el dinero directamente a la entidad, a través, desde luego, del cajero automático. Si suponemos que la entidad no ha conseguido bloquear

¹⁹ De estas conductas y de los problemas de tipicidad que plantean en relación con los delitos contra el patrimonio del Código Penal español véase ROMEO CASABONA, *Poder informático y seguridad jurídica*, cit., 51 y ss.; el mismo, *La reforma penal ante las nuevas tecnologías de la información*, en "Informática e Derecho" N° 3, 115 y ss. (1987) Véase también al respecto, MIRENTXU CORCOY / UJALA JOSHI, *Delitos contra el patrimonio cometidos por medios informáticos*, en "Revista Jurídica de Cataluña", 680 y ss. (1988); JUAN JOSÉ GONZÁLEZ RUS, *Aproximación al tratamiento penal de los ilícitos patrimoniales relacionados con los medios o procedimientos informáticos*, en "Revista de la Facultad de derecho de la Universidad Complutense de Madrid", monog. N° 12, 130 y ss. (1986); THEODOR LENCKNER, *Computerkriminalität und Vermögensdelikte*, Heidelberg 1981, 25; RANIER VON ZUR MÜHLEN / RAINER SCHOLTEN, *Computer-Manipulationen aus strafrechtlicher Sicht*, en "Neue Juristische Wochenschrift", 1642 (1971); ULRICH SIEBER, *Computerkriminalität und Strafrecht*, 2ª ed., Köln 1980, 195 y ss.

²⁰ GÓMEZ MENDOZA, *Consideraciones generales en torno a las tarjetas de crédito* cit., 404. A modo de ejemplo, he aquí lo que dispone el Reglamento de la tarjeta VISA del Banco de Bilbao: "6. Exención de responsabilidad. A) El titular queda exento de cualquier responsabilidad por el uso indebido de la tarjeta y del número de identificación personal, desde el momento en que haya notificado, conforme al apartado 5.c), el robo o extravío de la tarjeta, o el conocimiento de dicho número de identificación por otra persona, siempre que no se le pueda atribuir dolo o culpa. B) La responsabilidad de los titulares principal, adicionales o empresas por utilizaciones fraudulentas realizadas por terceros antes de la notificación de pérdida o robo de la tarjeta, quedará limitada a 25.000 pesetas, cuando se trate de transacciones efectuadas en comercios". En relación con este último punto nada dice cuando se trata del acceso al cajero automático.

o invalidar la tarjeta sustraída (o pérdida) cuando el autor realiza la operación²¹, lo que sucede es lo siguiente: una vez introducida una tarjeta auténtica y el número de identificación correspondiente, el cajero (la entidad crediticia) entrega "voluntariamente" la cantidad de dinero solititada. ¿Nos encontramos, por consiguiente, ante un delito de hurto? La respuesta dependerá de que realmente podamos probar que el dinero se ha obtenido sin la voluntad de su dueño, o, lo que es lo mismo, de la entidad bancaria o de ahorro. Pero, por otro lado, ¿existe un engaño del autor, al hacer creer al cajero automático que él es el titular de la tarjeta, y debido a esta condición, y sólo a ella, realiza un acto de disposición patrimonial, lo que conduciría a pensar en la existencia de un delito de estafa?

La respuesta en relación con esta segunda alternativa es más fácil, así que vayamos directamente a ella. Si se aceptan las conclusiones a las que he llegado en otro lugar²², relativas a la negación de la existencia del delito de estafa frente a las manipulaciones de datos o elementos informatizados, dichas conclusiones deben ser también válidas para el caso que nos ocupa ahora. En efecto, en esta hipótesis no hay tampoco, en realidad, un engaño a una persona, a la que se induzca a error —no existe esa relación psicológica necesaria entre ambos—, etc.²³; y además, sin que quepa en estos casos ninguna excepción admisible, sin embargo, en las manipulaciones de datos o elementos informatizados (interferencia de un responsable que visualice la manipulación, etc.). No quiere negarse con esto que el autor no se esté valiendo de procedimientos fraudulentos, que sí lo son, pero no en el sentido típico exigido por el art. 528. Por tanto, debemos negar la existencia de una estafa²⁴.

²¹ Si lo hubiera hecho, el propio cajero automático se "tragaría" la tarjeta y ésta ya no sería devuelta, o, en otro caso, invalidaría su utilización en cualquier cajero.

²² V. *Poder informático y seguridad jurídica*, cit., 58 y ss. En este mismo sentido, precisando cuando se trata de estafas dentro del sistema, CORCOY / JOSHI, *Delitos contra el patrimonio cometidos por medios de informáticos*, cit., 688.

²³ En la literatura española está dividida la opinión sobre la tipicidad por estafa en relación con la obtención de productos o servicios de aparatos automáticos, eludiendo la correspondiente contraprestación del usuario. Se ha manifestado en el sentido de negar la tipicidad por falta de engaño a una persona, JOSÉ ANTÓN ONECA, *Estafa*, en "Nueva Enciclopedia Jurídica", de Seix, t. IX, Barcelona, 1958, 66. Admiten, sin embargo, el delito de estafa, MIGUEL BAJO FERNÁNDEZ, *El delito de estafa*, en "Comentarios a la Legislación Penal: La Reforma del Código Penal de 1983", (dir. por M. Cobo y coord. por M. Bajo), t. V, vol 2º, Madrid 1985, 1197; el mismo, *Manual de derecho penal (parte especial)*, *Delitos patrimoniales y económicos*, Madrid, 1987, 185; JUAN JOSÉ GONZÁLEZ RUS, *Los intereses económicos de los consumidores*, Madrid, 1986, 280. Nótese, sin embargo, que estas conductas no son exactamente equivalentes a las que son objeto de análisis en este trabajo, pues el usuario del cajero no está obligado en sentido estricto a realizar una contraprestación en el momento de la operación de reintegro dinerario. V. más abajo (nota 25), de este mismo parecer en la doctrina alemana sobre la no aplicación a este caso del § 265a del C.P. alemán, sobre utilización abusiva de aparatos automáticos.

²⁴ De esta opinión para la utilización abusiva de tarjetas magnéticas, aunque sin referencia expresa a esta particular relación con la entidad crediticia que he puesto de relieve en el texto, THEODOR LENCKNER / WOLFGANG WINKELBAUER, *Strafrechtliche Probleme im modernen Zahlungsverkehr*, en "Wistra, Zeitschrift für Wirtschaft, Steuer, Strafrecht", 84 (1984). Recientemente se ha pronunciado sobre la cuestión, descartando también la existencia del delito de estafa con un razonamiento similar, la Fiscalía General del Estado en la Consulta N° 2/1988, sobre *Tipicidad del apoderamiento de tarjetas de crédito y su posterior utilización para obtener dinero en los cajeros bancarios automáticos*.

En otro orden de ideas, un criterio contrario podría desembocar en soluciones absurdas o injustas, como sería el caso de que el titular de la tarjeta autorizase a un tercero para retirar dinero en el cajero mediante aquélla; aquí el usuario se hace pasar ante el cajero como titular de la tarjeta, pero no es suficiente para calificarlo de estafa, incluso si se hubieran infringido las condiciones contractuales establecidas por la entidad emisora para el uso de la tarjeta; para prevenir esta situación, las entidades emisoras suelen establecer en el reglamento regulador que el titular de la misma se hace responsable de las operaciones realizadas por terceros, haciendo uso indebido del número de identificación.

Volvamos entonces al delito de hurto. La cuestión acerca de si existe o no una voluntad por parte del instituto emisor de entregar el dinero a un tercero ajeno a la titularidad de la tarjeta ha sido muy discutida en Alemania. Son dos las interpretaciones fundamentales que se han propuesto²⁵. La primera de ellas viene a decir que el emisor, de acuerdo con las cláusulas contractuales, sólo está dispuesto a hacer entrega del dinero al titular de la tarjeta (olvidándose con ello que éste, a su vez, puede autorizar a un tercero a extraer dinero entregándole a tal fin la tarjeta y el código secreto de identificación, aunque tenga que asumir los riesgos derivados de tal incorrecta autorización); en consecuencia, su voluntad no se extiende al que ha sustraído o se ha encontrado la tarjeta, aunque posea también el código secreto. La segunda, resumidamente, indica que el instituto emisor en realidad está dispuesto a la entrega del dinero siempre que se utilicen la tarjeta y el código correspondiente y se cumplan las demás condiciones de disposición (no superar el límite autorizado) y que, en cualquier caso, los usos abusivos de la tarjeta están dentro de las previsiones de tales riesgos que efectúan los institutos emisores, como contrapartida de una extensión de la utilización de las tarjetas y correspondiente captación de nuevos clientes.

En mi opinión, sin embargo, la cuestión hay que orientarla desde otro ángulo, como ya he apuntado poco más arriba. Hay que resolverla desde una doble alternativa: o es sujeto pasivo el titular de la tarjeta (hipótesis ya analizada), y en este caso él asume las consecuencias de la utilización de la tarjeta por terceros con su consentimiento, puesto que podemos afirmar que la tarjeta se encuentra en la esfera de su dominio o control; o lo es el instituto crediticio o emisor de la misma²⁶.

²⁵ V. más extensamente al respecto, GROOP, *Die Codekarte: der Schlüssel zum Diebstahl*, cit., 490 y s.; LENCKER / WINKELBAUER, *Strafrechtliche Probleme in modernem Zahlungsverkehr*, cit., 85 y s.; HANS SCHROTH, *Der Diebstahl mittels Codekarte*, en "Neue Juristische Wochenschrift", 729 y ss. (1981); UDO STEINHILPER, *Ist die Bedienung von Bargeldautomaten unter missbräulicher Verwendung fremder Codekarten strafbar?* en "Goldammer's Archiv für Strafrecht", 114 y ss. (117 y ss.) (1985); y la bibliografía por ellos citada. No hace falta insistir en que la doctrina alemana excluye de todo punto la posibilidad de aplicar en estos casos el tipo de utilización abusiva de aparatos automáticos (§ 265 a del C.P. alemán), al ser claro su distanciamiento de las conductas aquí analizadas; y por todos, TIEDEMANN, *Computerkriminalität und Missbrauch von Bankomaten*, cit. 1331. Para el Derecho francés, en favor de la adecuación del delito de hurto, WILFRID JEANDIDIER, *Les trucages et usages frauduleux de cartes magnétiques*, en "La Semaine Juridique", 3229, anot. 7 y 8 (1986).

²⁶ Con ello quedan abarcadas todas las hipótesis problemáticas, a diferencia de lo que me imputa BACIGALUPO en *Utilización abusiva de cajeros automáticos por terceros no autorizados* en este mismo número de "Poder Judicial", donde originalmente se publica este trabajo.

Para esta segunda alternativa se pretende es necesario, como decía, que tras la denuncia al emisor por parte del titular de la pérdida o sustracción de la tarjeta, aquél, el instituto emisor, asuma éstas para que a continuación adopte las medidas necesarias para invalidar o bloquear la tarjeta; es decir, la tarjeta pasa, a partir de ese instante, a su esfera de control. Esta línea divisoria señala también la delimitación del sujeto pasivo: antes de la denuncia lo será el titular de la tarjeta, si ésta es utilizada por un tercero sin su consentimiento; tras aquélla, el instituto emisor. Esto significa, entre otros efectos, que el instituto emisor se convierte en propietario de hecho de la tarjeta, pues la relación contractual con el cliente ha quedado al menos suspendida, y evidentemente su voluntad manifiesta es que dicha tarjeta ya no sea utilizada, lo que queda demostrado si, en efecto, consigue bloquearla con los medios técnicos de que dispone para tal fin. Si a pesar de ello, o por poseer la entidad técnicas defectuosas o insuficientes, o antes de tomar ninguna medida, el ilegítimo poseedor de la tarjeta logra obtener el dinero, lo hace "sin voluntad de su dueño", a pesar de que el cajero automático se lo haya entregado "voluntariamente"; éste, junto con la tarjeta, ha sido tan sólo el instrumento de su delito de hurto²⁷. Por supuesto, esta solución es también válida para el caso en que el autor del hecho no suplanta a ningún titular, sin que simula un usuario ficticio. En resumen, el criterio que se propone se basa en la esfera de dominio teórico en la que se encuentra la tarjeta: si está bajo el control del titular, él es el responsable y sujeto pasivo de las utilizaciones abusivas, con o sin su consentimiento (en este caso el hecho constituiría un delito de hurto), y la entidad ha de conformarse con la utilización 'formal' correcta de la tarjeta, lo que nos acercaría a la segunda tesis propuesta en Alemania; si se encuentra bajo el dominio de la entidad (a partir de la denuncia y la asunción de la misma), el delito de hurto se ha cometido contra ella.

Aunque la conclusión a la que llego en último extremo (en cuanto a la afirmación de la existencia del delito) es en parte semejante, si bien por un camino muy distinto, a la sustentada por quienes afirman que la entidad bancaria está únicamente dispuesta a entregar el dinero solicitado cuando se trata del titular, etc., no creo que sea de aplicación para la mía la objeción que se plantea a esta tesis de que podría llegarse por esta vía a la consecuencia de considerar también delito de hurto la extracción de una suma de dinero por parte del titular superior a su crédito o a los fondos disponibles²⁸. Esta es una cuestión que no se prejuzga y que analizaremos más adelante. Del mismo modo se comprende que la utilización de la tarjeta de un tercero con el consentimiento de su titular queda ajeno del ámbito penal y sólo puede dar lugar a que el instituto emisor retire la tarjeta por infringir las cláusulas de uso, si así se hubiera estipulado con anterioridad.

Si aceptamos que existe un delito de hurto en los términos señalados, ya sea la víctima el titular de la tarjeta, ya lo sea la entidad de crédito, queda por ver

una cuestión de gran trascendencia práctica, como es averiguar si es aplicable el tipo básico de hurto (art. 514), o el agravado de robo con fuerza en las cosas (art. 504). La duda, en cuanto a que éntre en juego o no éste último delito, estriba en que el robo con fuerza en las cosas queda calificado por el "uso de llaves falsas, ganzúas u otros instrumentos semejantes" (art. 504, núm. 4).

Aparentemente no habría dificultades para descartar la aplicación del delito de robo, porque la tarjeta magnética ni es llave, en el sentido usual del término, ni es falsa. Sin embargo, lo cierto es que la referida tarjeta constituye materialmente la "llave", el instrumento o medio adecuado y predeterminado para la apertura del cajero automático, como si de una caja fuerte se tratara; y si esta afirmación fuera válida no habría obstáculo para considerarla "falsa", a la vista de que así lo declara expresamente el Código Penal español: es falsa la llave legítima —auténtica— sustraída al propietario (art. 510, núm. 2)²⁹. Por tanto, la respuesta a la primera incógnita (es o no llave) despejará por sí sola la segunda (es o no falsa).

La cuestión no es de tan fácil solución como a primera vista pudiera aparecer, por varias razones. En primer lugar, la tarjeta magnética al ser introducida en el cajero actúa funcionalmente como una llave, que permite extraer una cierta suma de dinero, aunque no todo —en principio, el límite fijado por el propio cajero o el establecido en la banda magnética de la tarjeta—, del mismo. Es cierto que la tarjeta cumple otras funciones (operaciones de crédito, ingresos, transferencias, comprobación de saldos, etc.) más adecuados a su naturaleza y más importantes para el usuario; el acceso al cajero es sólo un medio, y la tarjeta, en este sentido su instrumento, material y funcionalmente actúa como una llave (al igual que sucede, p. ej., en algunos hoteles, que entregan para la apertura de la habitación adjudicada una tarjeta plastificada similar a las de crédito, aunque por lo general sólo perforadas, sin banda magnética). Hasta aquí no hay inconveniente en asimilarla al concepto de llave que utiliza la ley. Pero también es cierto que la tarjeta no tiene por sí sola ninguna capacidad de acceso sin el conocimiento y uso del código secreto cifrado. ¿Puede asimilarse también éste concepto de llave falsa?

No cabe duda de que funcionalmente sí, y este concepto funcional de llave falsa es el que, utiliza nuestro Código³⁰; pero tal vez estaríamos pasando de una interpretación extensiva de la ley a una aplicación analógica de la misma, perjudicial para el reo y, en consecuencia, prohibida. Téngase en cuenta que la ley se refiere expresa y exclusivamente a objetos materiales: "llaves falsas", "ganzúas", "u otros instrumentos semejantes". La última expresión no nos mueve siquiera dentro de

²⁹ La jurisprudencia entiende por llave falsa "toda utilización de llave legítima contra la voluntad del dueño o sin esta voluntad", o "cuando se tiene la misma por hurto, apropiación y estafa sobre ella" (STS 12 noviembre 1979). Sobre el sentido del término 'sustraidas', v. BAJO FERNÁNDEZ, *Manual de derecho penal (parte especial), Delitos patrimoniales y económicos*, cit., 90; FRANCISCO MUÑOZ CONDE, *Derecho Penal, Parte Especial*, Valencia, 1988, 218.

³⁰ V. en el mismo sentido, BAJO FERNÁNDEZ, *Manual de derecho penal (parte especial), Delitos patrimoniales y económicos*, cit., 90; FRANCISCO MUÑOZ CONDE, *Derecho penal, P.E.*, cit., 217 y s.; JOSÉ MARÍA RODRIGUEZ DEVESA, *Derecho penal español, P.E.* 10ª ed., Madrid, 1987, 432.

²⁸ V. en este sentido. p. ej., DLAUS TIEDMANN, *Poder económico y delito*, Barcelona, 1985, págs. 135 y ss.

la interpretación extensiva, que por lo demás es lícita, sino dentro de la letra y espíritu de la ley³¹, pero siempre que sean "semejantes" a los anteriores, es decir, *materiales*³². No parece viable una interpretación evolutiva del concepto legal de llave, pues falla en esa nota descriptiva.

En efecto, frente a esta exigencia legal, la utilización de una tarjeta magnética implica una naturaleza mixta de su configuración como llave: una material, constituida por la propia tarjeta al ser introducida en el cajero; sin ella es imposible la realización de cualquier operación posterior; en este sentido se adapta, como decía, a la amplia concepción funcional de llave de que parte el Código Penal; pero, por otro lado, una espiritual, representada por el código secreto numerado, o número de identificación personal, que se introduce a continuación en el cajero mediante las pulsaciones correspondientes de su teclado; sin esta operación resulta también imposible el acceso al cajero y la obtención de dinero. No podría valer, en mi opinión, por este motivo —la presencia de ese elemento espiritual—, una asimilación al concepto material de llave, basada en que en esa "llave" o instrumento semejante" exista ya un soporte material interdependiente del espiritual, pues la tarjeta y el código son cada uno procedimientos imprescindibles para la apertura del cajero o, más propiamente, para el acceso a su cuadro de operaciones. Creo que esta conclusión se comprendería mejor si se diseñara —tal vez no practicable por razones de seguridad y de mejor control de las operaciones realizadas por el usuario— un acceso al cajero con la sola utilización del código secreto; en este caso no habría ninguna conexión con la llave en sentido material, aunque no hubiera ninguna duda de tal carácter en cuanto a su funcionalidad.

La conclusión podría ser, no obstante, nuevamente discutida si cuando, como va siendo cada vez más frecuente, para acceder al cajero automático, hay que introducirse en el receptáculo anejo a una agencia o sucursal bancaria o de ahorro; es decir, cuando el cajero no es accesible directamente desde la calle, o cuando, siéndolo, existe una ventanilla de seguridad o de mera protección física. Pues bien, en estos casos la sola introducción de la tarjeta magnética en la ranura preparada al efecto, y sin necesidad de ninguna otra operación suplementaria (p. ej. marcar el código secreto), produce la apertura de la puerta del receptáculo o de la ventanilla y posterior acceso al cajero. ¿Podremos negar en este caso la condición de llave falsa a la tarjeta, o cuando menos de "instrumento semejante"? De acuerdo con la interpretación propuesta más arriba, ya no se puede negar en este supuesto: es llave —falsa— en el sentido del Código Penal, lo que nos traslada definitivamente

³¹ V. en este sentido, en relación con este supuesto concreto, JOSÉ CEREZO MIR, *Curso de derecho penal español*, 3ª ed., Madrid, 1985, 173; JOSÉ MARÍA RODRÍGUEZ DEVESA, *Derecho penal español, parte general*, Madrid, 1985, págs. 242 y s.

³² Por otro lado, no tengo conocimiento de sentencias referidas a la calificación que merece la apertura de una caja fuerte con apertura mediante un número cifrado. El supuesto aunque semejante no es idéntico, puesto que la clave cifrada permanece en los mecanismos de la propia caja fuerte, mientras que en caso de los cajeros bancarios automáticos, el código secreto permanece también en la banda magnética de la tarjeta.

al delito de robo con fuerza en las cosas, sin importar ya, en mi opinión, que el acceso directo al cajero requiera, además, el conocimiento y pulsación del código de identificación, puesto que la conducta integra ya la acción típica del art. 504, en cuanto al modo de ejecución del hecho acotado por el tipo³³.

Un problema distinto es cuando el autor logra entrar en el receptáculo o consigne abrir la ventanilla de protección gracias a la tarjeta, pero no obtiene el dinero por desconocer el código secreto; se trata de averiguar si lo realizado constituye actos ejecutivos o meramente preparatorios. No cabe duda de que, tanto según la teoría objetivo-formal como objetivo-material³⁴, son actos ejecutivos, punibles por tentativa, puesto que el "culpable da principio a la ejecución del delito directamente por hechos exteriores" (art. 3º, párr. 3º del C.P.), y se pone en peligro el bien jurídico protegido. La sola obtención mediante artificios u otro procedimiento del código secreto constituyen, por el contrario, actos preparatorios impunes, salvo que incurriera el hecho en los delitos de descubrimiento y revelación de secretos (arts. 497 y ss. del C.P.), supuesto que parece especialmente infrecuente en relación con el tipo del art. 497, al decir "se apodera de sus papeles o cartas"³⁵ la sustracción u obtención de la tarjeta magnética es típica únicamente en los términos propuestos más arriba.

Si, efectivamente, nos movemos en el delito de robo propuesto, podría plantearse ulteriormente la aplicación del tipo agravado de robo del art. 506, núm. 4, "cuando se cometa contra oficina bancaria recaudatoria, mercantil u otra en que se conserven caudales o contra la persona que los custodie o transporte". Su aplicación dependerá de cómo se interpreta el texto legal, conforme apunta RODRÍGUEZ DEVESA, si referido —en el primer inciso— exclusivamente al lugar de los hechos (*en oficina bancaria, etc.*), o *contra* el conjunto de personas que desempeñan sus funciones en una entidad bancaria o mercantil y en cuanto tales³⁶. La primera interpretación permitirá discutir la inclusión —que yo rechazo por las razones acabadas de apuntar— de los hechos que venimos estudiando. La segunda, ni tan siquiera eso, y parece la más correcta, pues la *ratio legis* parece tener en cuenta el mayor riesgo que

³³ En este sentido se han pronunciado la Fiscalía General del Estado en la Consulta N° 2/1988, cit. (a diferencia de la tesis sustentada en su Memoria de 1987), así como la sentencia de la Audiencia Provincial de Segovia, de 27 de noviembre de 1987 (comunicada a las Jornadas por Cándido Conde-Pumpido Tourón, presidente de la misma). En relación con las dos hipótesis mencionadas en el texto considero que no existe el tipo de hurto agravado del § 243 del C.P. alemán, aunque sin fundamentar suficientemente su conclusión, GROOP, *Die Codekarte der Schlüssel zum Diebstahl*, cit., 491.

³⁴ V. al respecto, JOSÉ CEREZO MIR, *Lo objetivo y subjetivo en la tentativa*, Valladolid 1964, 10 y ss.; ENRIQUE GIMBERNAT ORDEIG, *Autor y cómplice en derecho penal*, Madrid, 1966, 105; SANTIAGO MIR PUIG, *Derecho penal, parte general*, 3ª ed., Barcelona, 1985, 288 y ss. GONZALO RODRÍGUEZ MOURULLO, *Comentarios al Código Penal*, I, Barcelona, 1972, 115 y ss.; HANS HEINRICH JESCHECK, *Tratado de derecho penal, parte general*, (trad. y adic. S. Mir Puig y F. Muñoz Conde), Barcelona, 1981, págs. 707 y ss.

³⁵ Lo cual no se debe descartar si el autor del hecho intercepta o se apodera de la carta que remite el instituto emisor al titular de la tarjeta comunicándole el número asignado para realizar sus operaciones, en los casos en que tal número no puede ser compuesto y cambiado libremente por el propio interesado.

³⁶ RODRÍGUEZ DEVESA, *Derecho penal español, P.E.*, cit., 439.

DELITOS COMETIDOS CON LA UTILIZACIÓN DE TARJETAS DE CRÉDITO

corren los empleados de estas entidades, más que el mero hecho de ser lugares donde se custodian y conservan por lo general importantes sumas de dinero, lo que se corrobora con la equiparación de las personas que los custodian o transportan aunque se encuentren fuera del local³⁷.

B) Utilización abusiva de la tarjeta por su titular

La utilización abusiva de la tarjeta de crédito por su titular reviste mayor complejidad desde el punto de vista de su calificación jurídicopenal, que cuando se trata de un tercero. Son aquí también varias las hipótesis que pueden presentarse. Distinguiremos, por un lado, aquellos casos en los que el titular sobrepasa el límite autorizado de disponibilidad de la tarjeta o, inclusive, la cobertura personal de su cuenta corriente con la cantidad gastada al disfrutar de bienes o servicios u obtenida a través del cajero y, por otros, los supuestos en que la tarjeta está caducada o ha sido anulada por el instituto emisor. En ambos grupos tendremos que proceder a las oportunas precisiones para situar con mayor claridad cada hipótesis.

a) *Abuso por exceso del crédito o de la provisión de cobertura.* no es este un hecho nuevo en la casuística jurisprudencial, pero referido a la presentación de la tarjeta crediticia como medio de pago por bienes obtenidos o servicios prestados por los establecimientos correspondientes. Sin embargo, no se han ocupado nuestros tribunales —o lo desconozco— del caso que se presenta cuando el exceso ocurre mediante la utilización directa del cajero automático, del que se obtiene exclusivamente una cantidad de dinero. De todas formas, su evidente paralelismo invita a despejar la calificación jurídicopenal del primer supuesto, a la vista del criterio jurisprudencial y doctrinal en cuanto a su posible traslado al segundo.

La jurisprudencia ha conocido varios casos de utilización abusiva de tarjetas de crédito, poco numerosas sin embargo, si se tiene en cuenta el uso generalizado en nuestro país de estos instrumentos crediticios y de pago. Todos ellos han sido calificados como delito de estafa³⁸ o, si se prefiere, según designa la doctrina³⁹, como estafa de abuso de crédito. el Tribunal Supremo aprecia hasta tres formas

³⁷ A favor de esta interpretación restrictiva, RODRÍGUEZ DEVESA, *últ. lug. cit.*; y STS 15 octubre 1980: "conclusión restrictiva a la que también se llega con una interpretación sistemática del precepto si se atiende a todo su contexto en el que, para denotar la dinámica de la acción, no se emplea la proposición 'en', sino la adversativa 'contra', con su significado de oposición activa, tanto en el caso de que el ataque patrimonial se dirija a los establecimientos como a la persona que custodia o transporta los caudales, dando así a entender bien claramente que la comisión del delito implica algún modo riesgo o peligro para las personas que se encuentran *in situ*, esto es, dentro de los locales especialmente protegidos por ese subtipo de robo, como fuera de los mismo en el caso de personas encargadas de su custodia o transporte". De signo contrario, la STS 12 noviembre 1981.

³⁸ STS 1 marzo 1973, 19 mayo 1975, 20 marzo 1976, 22 noviembre 1976, 21 junio 1979, 25 junio 1984, 8 mayo 1985, 25 junio 1985, 25 octubre 1985, 5 octubre 1987 (aunque ésta última, como veremos después, no se refiere al propio titular de la tarjeta).

³⁹ ENRIQUE BACIGALUPO, *Estafa y abuso de crédito*, en "La Ley", vol. 3º, 998 (1983); MIGUEL BAJO FERNÁNDEZ, *Protección penal de los instrumentos de pago y de crédito. Presente y futuro*, en "Revista de Derecho Bancario y Bursátil". N° 15, 519 (1984).

diferentes de aparición defraudatoria: "a) la falsificación de la tarjeta, bien simulándola enteramente de modo que induzca a error sobre su autenticidad, bien introduciendo en tarjeta verdadera alteraciones que modifiquen su texto, el nombre y apellidos del titular legítimo por los del agente falsario, defraudando con ello al banco, bien a los comerciantes que entregan mercaderías, objetos o efectos fiados en la autenticidad de la tarjeta y en la confianza que en ellos despierta la entidad bancaria de que se trata —arts. 303, 302, núms. 6º y 9º; 529, núm. 1º, y 528 del Código Penal—; b) el fin de obtener la tarjeta, la que es concedida por el banco creyendo y confiando en la veracidad de los datos facilitados mendazmente por el futuro titular de la misma, más tarde, efectúa las compras correspondientes y no reembolsa su importe al banco —arts. 529, núm. 1º, y 528 del Código Penal—, y c) el agotamiento del crédito concedido y, aprovechando que no se reflejan en la tarjeta las operaciones realizadas, la ficción o la apariencia ante comerciantes y vendedores de no haber agotado todavía el referido crédito hasta el límite máximo, en cuyo caso la falacia o mendacidad engendrada del engaño ofrecen la particularidad de producirse y desarrollarse ante un sujeto, mientras que el perjuicio patrimonial lo sufre otro, el banco, el cual, en aras de la seguridad del tráfico jurídico y haciendo honor al crédito concedido, ha de satisfacer el importe de las facturas incluso por encima del límite fijado —art. 529 num. 1º y 528 del Código Penal—"⁴⁰.

Entiende, por consiguiente, nuestra jurisprudencia, que en esta clase de operaciones a que me estoy refiriendo ahora (la tercera forma comisiva relatada en la sentencia acabada de citar) el engaño consiste en "mantener falazmente la apariencia de crédito en todas las compras realizadas"⁴¹, al haber superado el límite crediticio concedido por el instituto emisor; que ese engaño obre en el comerciante frente al cual se aparenta el crédito, y es el que realiza el acto de disposición, aunque el perjudicado lo sea la entidad bancaria⁴².

En la doctrina, sin embargo, han surgido opiniones contrarias a que se pueda sustentar en estos casos un delito de estafa, bien porque falte alguno de sus elementos típico⁴³, bien porque, además, no se realicen en el orden legalmente establecido⁴⁴. Lo cierto es que aunque pudiera aceptarse la presencia del engaño⁴⁵, si bien esto,

⁴⁰ STS 22 noviembre 1976. No debe olvidarse que los arts. 528 y 529 N° 1 citados se refieren a su redacción anterior a la Reforma Urgente y Parcial del Código Penal de 25 junio de 1983.

⁴¹ Como reitera en STS 25 junio 1984.

⁴² V. BACIGALUPO, *Estafa y abuso de crédito*, cit., 1000.

⁴³ BACIGALUPO, *últ. lug. cit.*, 1001 y ss. El mismo punto de vista para el Derecho francés, v. JEAN-DIDIER, *Les truquages et usages frauduleux de cartes magnétiques*, cit., anot. 20-22; para el derecho alemán (a la vista de los tipos penales tradicionales, antes de entrar en vigor la 2ª Ley para la Lucha contra la Criminalidad Económica); SUSANNE OFFERMANN, *Nachruf auf einen Meinungsstreit Zur strafrechtlichen Erfassung des Scheck- und Kreditkartienmissbrauchs*, en "Wistra", 50 y ss. (52 y ss.) (1986).

⁴⁴ BAJO FERNÁNDEZ, *Protección penal de los instrumentos de pago y crédito*, cit., 521.

⁴⁵ En todos los casos conocidos por nuestra jurisprudencia se presentaba como actos concluyentes una superación muy elevada del crédito concedido y una simultánea insolvencia en las cuentas bancarias del encausado. De opinión contraria a la sustentada en el texto, BACIGALUPO, *Estafa y abuso de crédito*, cit., 1003.

es también discutible, pues lo que en realidad hace el autor es aparentar, por un procedimiento normalmente no falaz (salvo, tal vez, como veremos, el segundo supuesto que menciona la sentencia anteriormente citada), es decir, con la mera presentación de la tarjeta, un crédito que sí tiene en todo caso, puesto que tanto él como el comerciante saben que, sea cual fuere el límite concedido, el instituto crediticio abonará la cantidad, no sucede lo mismo con el error, pues, efectivamente, el comerciante que acepta el pago con la tarjeta "no se representa nada respecto del crédito del autor. El comerciante se representa que el banco o el instituto de crédito respectivo pagarán"⁴⁶. Por otro lado, cuando el comerciante entrega la mercancía o presta el servicio, no realiza en sentido estricto un acto de disposición del dinero del banco, sino que origina en éste la obligación —y con ello un perjuicio— de pagar al comerciante, una vez que haya comprobado que éste actuó correctamente, utilizando medidas de comprobación adicionales.

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

No es ocasión todavía de valorar si esta conclusión, contraria a la línea jurisprudencial, es o no satisfactoria. Lo que nos interesa ahora es resaltar el hecho de que resulta discutible la afirmación de la tipicidad por estafa del abuso crediticio cometido mediante tarjetas de crédito.

En lo que sí que hay que estar de acuerdo con la postura jurisprudencial es en la existencia del delito de estafa cuando, al solicitar y obtener la tarjeta, el cliente ha aparentado un crédito y una solvencia que no posee realmente (o aunque los poseyera, aunque resulte difícil de probar), con el propósito desde el principio de conseguir con posterioridad bienes, servicios o dinero, sabiendo ya en ese momento que no podrá pagarlos (bien porque no posea fondos, bien porque los retira de su cuenta una vez obtenida la tarjeta y el crédito que ella significa, pues de

⁴⁶ BACIGALUPO, últ. lug. cit. A lo sumo acepta la posibilidad de plantearse una eventual tentativa inidónea de estafa, 1004.

haberlo sabido la entidad no hubiera concedido la tarjeta u su respectivo crédito; aunque es cierto también que los institutos bancarios son cada vez menos estrictos en la comprobación de esa solvencia inicial, y no es infrecuente incluso la concesión de la tarjeta sin siquiera haber sido solicitada por el cliente, a pesar del presumible conocimiento de su carencia de fondos o de movimiento de operaciones que induzcan a considerarlo merecedor de crédito⁴⁷.

¿Qué sucede entonces cuando esta relación abusiva se establece directamente entre el autor, titular de la tarjeta, y la entidad crediticia? Si la relación es realmente directa y la entidad (un empleado de la misma responsable que despacha en ventanilla) consiente en la entrega de una suma de dinero superior a la concedida, no hay nada que discutir; habría que entender que aquélla, de forma unilateral ha ampliado el límite crediticio para el período de que se trate (el mes en curso). Si, por otro lado, la obtención se realiza por medio de un cajero automático, caben varias posibilidades. La primera, la de estafa, debe ser inmediatamente descartada, no sólo por los argumentos acabados de citar al respecto, sino también porque aquí nos encontramos con una situación semejante a la mencionada en el apartado anterior: no hay una persona física a la que pueda engañarse, ni un error consecuente, ni un acto de disposición patrimonial realizado por una persona; agravado en esta hipótesis por la ausencia de revisiones o controles que puedan precaver la conducta engañosa y el error en relación con otras manipulaciones de datos informatizados en el seno de las empresas o de las entidades bancarias o de ahorro.

¿Delito de hurto? Si el cajero funciona conforma a la programación previa de los responsables de la misma de la entidad bancaria, no podría afirmarse ya que el cliente haya obtenido el dinero "sin la voluntad del dueño", en el sentido del delito de hurto⁴⁸⁻⁴⁹. El cliente ha infringido simplemente —consciente o no—

⁴⁷ Lo que constituye un procedimiento sutil de captar activos, si el cliente se decide a utilizarla o, incluso, de obtener ingresos suplementarios mediante la cuota anual habitualmente establecida, que se le adeuda en cuenta por la mera posesión de la tarjeta, sobre todo en relación con clientes poco diligentes en sus relaciones bancarias.

⁴⁸ A esta solución que rechaza la existencia del delito de hurto se ha llegado también en el derecho francés (recuérdese que es una figura mucho más amplia que la española, puesto que consiste en la "sustracción fraudulenta"); v. la importante sentencia de 24 noviembre 1983 (Cours. crim. caso Lafont), que ha venido a zanjar una intensa polémica doctrinal y a deshacer la jurisprudencia anterior de instancias inferiores: la retirada de un distribuidor automático de billetes (DAB) por el titular de una tarjeta magnética de una suma que excede el saldo crediticio de su cuenta bancaria "se analiza en la inobservancia de una obligación contractual y no entra en las previsiones de ningún texto represivo", indica la referida sentencia francesa. Desde el punto de vista doctrinal, véase la nota siguiente.

⁴⁹ De esta opinión: JEANDIDIER, *Les truquages et usages frauduleux de cartes magnétiques*, cit., anot. 25; MICHEL MASSÉ, *Infractions contre l'ordre financier (Banque Fruade informatique)*, en "Revue de Science Criminelle et de Droit Pénal Comparé", 103 y s., (1985); JEAN PRADEL / CHRISTIAN FEUILLARD, *Les infractions commises au moyen de l'ordinateur*, en "Revue de Droit Pénal et de Criminologie", 314 (1985). Opinión contraria: JEAN LARGUIER, *L'abus de distributeur de billets par le titulaire d'un compte insuffisamment approvisionné ne peut-il être pénalement incriminé?*, en "La Semaine Juridique", núm. 3061 (1982) (nótese que la publicación es de fecha anterior a la sentencia mencionada en la nota anterior). Sin embargo, en el derecho belga, tras algunas dudas en favor de la estafa, se ha impuesto en la jurisprudencia la tesis del hurto (ej. Ch. corr. de Lieja, 22 marzo 1982): v. favorable a esta interpretación: JEAN P. SPREUTELS, *Infractions liées à l'informatique en Droit belge*, en "Revue de Droit Pénal et de Criminologie", 367 (1985).

sus obligaciones contractuales si rebasó el límite crediticio concedido, y se convertirá, además, en deudor de la entidad si no existía provisión de fondos en su cuenta bancaria, incluidos los intereses devengados por la demora y demás gastos originados⁵⁰; por tanto, el ilícito habrá que ubicarlo en el ámbito civil. Otra conclusión nos llevaría a la situación de prisión por deudas, tan denostada por la doctrina⁵¹. Si por error momentáneo el cajero libra más dinero del solicitado y registrado en su cuenta y se apropia de él el cliente, éste incurrirá en el delito, en concreto de apropiación indebida⁵².

b) *Abuso por utilización de tarjeta caducada o cancelada*. La utilización de una tarjeta caducada o cancelada⁵³ por su antiguo titular, si es presentada a un comerciante y aceptada por éste, se origina el engaño que desencadena el proceso causal del delito de estafa, pues está aparentando un crédito del que carece en absoluto (desapareció la relación contractual que unía al titular con el emisor): la entidad bancaria o de ahorro o el instituto emisor no se harán cargo del abono de los débitos correspondientes, siempre, claro está, que en el supuesto de anulación el comerciante tenga la posibilidad de conocer por los medios habituales que suelen establecer al efecto los institutos emisores, aquella condición; en caso contrario, éstos deberían responder del pago y serían, en consecuencia, las víctimas del delito, salvo que se establezca entre estos últimos otra cosa.

Si, por el contrario, el cliente dirige su acción al cajero bancario automático, lo normal es que éste retenga o no identifique y no acepte la tarjeta y la acción delictiva del cliente quede en tentativa, ¿de qué delito? Excluida la estafa por las razones tantas veces aludidas, sólo nos queda hacer entrar en juego el delito de hurto, en sentido afirmativo, por motivos semejantes a los que también nos llevaban a estimar la existencia de este delito en el supuesto de utilización indebida de la tarjeta por un tercero distinto del titular⁵⁴. Si excepcionalmente obtuviera el dinero, el delito de hurto se habría consumado.

C) *Utilización de tarjeta falseada o alterada*

La utilización de una tarjeta falsificada o la alteración de datos de una auténtica, es verosímil que llegue a tener éxito frente a personas físicas (comerciantes, estableci-

⁵⁰ V. al respecto DE ARRILLAGA, *La tarjeta de crédito*, cit., 798.

⁵¹ Téngase en cuenta que la entidad contratante se faculta en todo momento a sí mismo el derecho de cancelar la tarjeta, de modificar el límite autorizado y fija diversos procedimientos para asegurar el cobro de la deuda.

⁵² Art. 535 párr. 2º, de "cosa perdida", pues el cliente obtiene legítimamente la posesión del dinero, pero se aprobó de él al no coferirle su destino legal.

⁵³ Se entiende que ha sido cancelada o anulada por el instituto emisor, debido, normalmente a una pérdida de confianza en el cliente (insolvencia contante, utilización irregular reiterada de la tarjeta, etc.). Por lo general, antes de la fecha de caducidad de la tarjeta, ésta es renovada a iniciativa del propio instituto emisor, pero puede no ocurrir tal renovación (p. ej., por los mismos motivos que en el caso de la anulación).

⁵⁴ V. más arriba, apartado A,B.

mientos de servicios, etc.)⁵⁵. Inmediatamente surge la posibilidad de la comisión de un delito de falsedad documental, si podemos considerar la tarjeta como documento. Se entiende por documento "todo objeto que sea capaz de recoger una declaración de voluntad o un pensamiento atribuible a una persona y destinado a entrar en el tráfico jurídico"⁵⁶. A los efectos penales se ha venido estimando como documento únicamente el que recoge el pensamiento humano por signos escritos⁵⁷ en un soporte cualquiera, siempre que posea una cualidad material, corpórea, que permita la visualización de aquel⁵⁸.

Si tenemos presentes las consideraciones anteriores, no habrá dificultad en apreciar un concurso real de delitos (de medio a fin) entre el delito de falsedad en documento mercantil (art. 303 del C. P. en relación con el art. 302, num. 6 y 9)⁵⁹ y estafa, pues en relación con el primer delito la calificación de una tarjeta plastificada como documento cumple las condiciones necesarias descritas del soporte y de su condición de escrito, en los mismos términos establecidos por nuestra jurisprudencia⁶⁰.

Más compleja resultaría la valoración jurídicopenal de la alteración o creación de la banda magnética fijada a la tarjeta para ser utilizada en un cajero automático. Admitida la hipótesis (no descartable con la ayuda de un experto o de un empleado de la entidad y de los medios técnicos adecuados)⁶¹, la calificación de falsedad

⁵⁵ Particularmente, cuando el comerciante no se encuentra motivado para proceder a las comprobaciones de la identidad de la tarjeta, persuadido del aval crediticio que representan los símbolos del instituto emisor que figuran en la tarjeta. Si, por el contrario, éste descubre la falacia, la estafa quedaría en tentativa. V. sobre estos problemas JEANDIDIER, *Les truquages et usages frauduleux de cartes magnétiques*, cit., anot. 9 y ss. (14). Un procedimiento para ayudar a la falsificación, utilizando los datos de un usuario verdadero de las tarjetas consiste en la obtención de los calcos que emplean los propios comerciantes (con la complicidad de ellos en ocasiones) para confeccionar los justificantes de pago, que quedan en su poder.

⁵⁶ MUÑOZ CONDE, *Derecho penal*, P.E., cit., 497 y s.

⁵⁷ MUÑOZ CONDE, *Derecho penal*, P.E., cit., 498; RODRÍGUEZ DEVESA, *Derecho penal* P.E., cit., 909. También la jurisprudencia: STS 24 noviembre 1983.

⁵⁸ V. ENRIQUE CASAS BARQUERO, *El delito de falsedad en documento privado*, Barcelona, 1984, 246 y ss. SIEBER *Computerkriminalität und Strafrecht*, cit., 283 y s.; el mismo *The International Handbook on Computer Crime*, Chichester, 1986, 41.

⁵⁹ Dice así el art. 303 del C.P.: "El particular que cometiere en documento público u oficial, o en letras de cambio u otra clase de documentos mercantiles, alguna de las falsedades designadas en el artículo anterior será castigado con las penas de prisión menor y multa de 30.000 a 300.000 pesetas". Art. 302: "6º. Haciendo en documento verdadero cualquier alteración o intercalación que varíe su sentido. 9º. Simulando un documento de manera que induzca a error sobre su autenticidad". Sobre su naturaleza de documento mercantil véase LUIS ROMÁN PUERTA LUIS, *Las tarjetas de crédito en el campo penal*, en el mismo número de "Poder Judicial", en el cual se publicará originalmente este trabajo.

⁶⁰ Véase más arriba, la sentencia del Tribunal Supremo de 22 de noviembre de 1976, el primer supuesto que menciona.

⁶¹ Si la falsedad no hubiere sido perpetrada por el usuario, como es el caso de bandas de delincuentes que se dedican al tráfico de tarjetas alteradas o falsificadas, vendría entonces en consideración para aquél el delito de utilización de documentos de comercio falsos (art. 304), pero ello, es decir, de quién sea el autor material de la manipulación de la banda, no el óbice para seguir planteándonos la cuestión previa de si existe la falsificación de un documento, en el sentido del concepto del mismo implícito en el Código penal.

documental, referida ahora *exclusivamente* a la banda magnética, plantea serias objeciones en cuanto a la consideración de la misma como documento en sentido jurídicopenal. El soporte esto es, la tarjeta plastificada, llenaría las exigencias típicas de documento requeridas. No así el contenido, el pensamiento o realidad que refleja dicha banda magnética, puesto que no es legible⁶². Incluso aunque efectivamente lo sea por el cajero —que, como sabemos, es la terminal de un ordenador o el ordenador mismo—, no es posible su lectura directa por el ser humano. Y aun la lectura efectuada por el cajero no tiene un reflejo exterior, salvo el resultado de la operación realizada, que se recoge en un papel impreso, como comprobante de aquélla destinado al usuario, pero no expone todos los datos incluidos en la banda magnética (p. ej., el código secreto de acceso que lógicamente, habrá sido falseado). En conclusión, la conducta es nuevamente atípica y con ello aparece otra laguna real⁶³. Téngase en cuenta, al respecto, que para el acceso al cajero basta con la manipulación o 'recreación' de la banda magnética mientras la tarjeta mantenga el mismo formato y espesor de las auténticas.

A la vista de que en último término lo que persigue el autor es obtener un enriquecimiento patrimonial gracias a la tarjeta manipulada en su banda magnética, veamos, una vez más, los delitos aplicables. Como en las hipótesis manejadas anteriormente, aunque son evidentes las maquinaciones engañosas, el delito de estafa debe ser descartado por no ir dirigidas aquéllas a una persona física que pueda ser inducida a error⁶⁴. También, con los mismos argumentos utilizados más arriba, es sostenible la comisión de un delito de hurto, pues en estos casos el autor obtiene una cosa mueble sin la voluntad de su dueño, pero en la modalidad agravada del delito de robo con fuerza en las cosas, pues el autor utiliza una llave falsa o instrumento semejante.

III. CONCLUSIONES. CONSIDERACIONES POLÍTICO-CRIMINALES Y PROPUESTAS DE LEGE FERENDA EN RELACIÓN CON LA UTILIZACIÓN INDEBIDA DE TARJETAS DE CRÉDITO

Como resumen de las anteriores reflexiones sobre la tipicidad de la utilización abusiva de tarjetas de crédito, provistas o no de banda magnética, ha quedado comprobado que si bien en un gran número de las variantes propuestas la conducta

⁶² V. ROMEO CASABONA, *Poder informático y seguridad jurídica*, cit., 79 y s.

⁶³ De la misma opinión para el derecho francés, JEANDIDIER, *últ. lug. cit.*, por faltar los signos escritos visibles. De parecer contrario, MASSE, *Infracciones contre l'ordre financier*, cit., 103. No obstante, los tribunales españoles tendrán pronto ocasión de pronunciarse sobre el particular, al haber sido detenido en España una banda de delincuentes que se dedicaba de forma masiva a estas actividades en nuestro país con tarjetas francesas que eran luego introducidas en el país vecino, con un perjuicio estimado de 125 millones de francos (unos 2.425 millones de pesetas). La Audiencia Nacional denegó la extradición solicitada por Francia y estimó que correspondía su enjuiciamiento a los tribunales españoles (según *El País*, 8 octubre 1988).

⁶⁴ Acepto, sin embargo, la estafa para el derecho francés JEANDIDIER, *últ. lug. cit.* (recuérdese la amplia configuración del delito de estafa en aquel ordenamiento jurídico, art. 405 del Código Penal, plasmado en la expresión *manœuvres frauduleuses*).

sería inculpada por un delito de estafa o de hurto, según los casos —nunca por estafa en cuanto a la obtención de dinero a través del cajero bancario automático—, otro no desdeñable permanecería impune por atípico, al igual que no podrían castigarse por falsedad documental las alteraciones producidas exclusivamente en la banda magnética de la tarjeta, pero sí que concurriría este delito en los otros supuestos analizados.

Las manipulaciones perpetradas en cajeros automáticos mediante la utilización abusiva de tarjetas provistas de banda magnética resultan de *lege lata* inculpadas en la mayoría de las hipótesis analizadas en los apartados anteriores, no por estafa, sino por hurto o robo, en su caso. La creación del delito de fraude informático o de alteración de datos informatizados, como ya se está realizando en derecho comparado⁶⁵, contribuiría, no obstante, a satisfacer mejor la cobertura actual de su inculpación, principalmente en lo que se refiere a la falsificación o alteración de la tarjeta, en concreto de su banda magnética, aspecto éste que, ya vimos, no quedaba suficientemente comprendido por el tipo del delito de falsificación de documentos mercantiles. De todas formas, la relación de subsidiariedad que propongo para estos nuevos delitos en el derecho penal español, les relegaría a un segundo plano⁶⁶.

Queda todavía por resolver la cuestión de la inculpación de la utilización de la tarjeta por su titular con rebasamiento del crédito o límite de disposición concedido por el instituto emisor, o incluso la cobertura del saldo de su cuenta bancaria, tanto si se trata de la obtención de mercancías o servicios como de dinero. De *lege lata*, frente a la interpretación jurisprudencial, vimos que la solución que nos parecía más ajustada era la de su impunidad en todo caso, salvo en los supuestos excepcionales en los que realmente exista la intención de defraudar y concurran los demás elementos que integran el delito de estafa, por tratarse más bien de un ilícito civil en el que concurren realmente todos los elementos típicos de la estafa.

⁶⁵ P. ej., en la R. F. Alemana, la *Zweite Gesetz zur Bekämpfung der Wirtschaftskriminalität (2 WiKG)*, de 15 de mayo de 1986 (en vigor desde el primero de agosto del mismo año), ha introducido el delito de fraude o estafa informática, § 263 o, (véase su texto en ROMEO CASABONA, *Poder informático y seguridad jurídica*, cit., 92). Sobre la aplicación de este nuevo precepto a ciertas modalidades comisivas con tarjetas de crédito en cajeros automáticos mencionadas en este trabajo, v. KLAUS TIEDEMANN, *Die Bekämpfung der Wirtschaftskriminalität durch den Gesetzgeber*, en "Juristenzeitung", págs. 865 y ss. (1986); el mismo, *Computerkriminalität und Missbrauch von Bankomaten*, cit., págs. 1330 y ss. En Francia cabe mencionar la ley 88-19 de 5 de enero de 1968, relativa al fraude informático, en concreto, el art. 462-2 "Quien, fraudulentamente, haya accedido o se haya mantenido en todo o parte de un sistema de tratamiento automatizado de datos, será castigado con prisión de dos meses a un año y multa de 2.000 a 50.000 francos o con una de estas dos penas"; y el art. 462-5: "Quien haya procedido a la falsificación de documentos informatizados, cualquiera que sea su forma, que por su naturaleza pueda causar un perjuicio a tercero, será castigado con prisión de uno a cinco años y multa de 20.000 a 2.000.000 de francos". Para una información suplementaria sobre derecho comparado, v. ULRICH SIEBER, *The International Handbook in Computer Crime*, cit., págs. 42 y ss., y ROMEO CASABONA, *Poder informático y seguridad jurídica*, cit., págs. 90 y ss.

⁶⁶ V. más ampliamente en *Poder informático y seguridad jurídica*, cit., págs. 118 y ss.

Se ha señalado en contra⁶⁷ de la incriminación del abuso de crédito que con ello se estaría dando paso a la prisión por deudas⁶⁸, que quedaría siempre en manos del acreedor. La comprobación de que este tipo de conductas no ha supuesto un detrimento o menoscabo para la difusión de estos instrumentos de pago y de crédito en el tráfico mercantil, sino que el fenómeno ha sido el contrario, hay que ponerla en conexión con el principio de intervención mínima, de *última ratio*, que caracteriza al derecho penal. No parece, por tanto, oportuna su penalización⁶⁹. Además, los bancos e institutos de ahorro, los institutos emisores de las tarjetas, cuentan con otros medios más eficaces, como es especialmente una cierta selección de los clientes, a los que hoy están cada vez más dispuestos a conceder mayores y mejores prestaciones de sus servicios, esto es, más arriesgadas para aquéllos, aunque sea a costa del detrimento de sus beneficios globales. Por otro lado, dada la relación contractual de adhesión que se establece, queda en sus manos proceder en cualquier momento, si lo estiman oportuno, al retiro de la confianza para el cliente reiteradamente irrespetuoso con las cláusulas concertadas para la utilización de estos instrumentos crediticios, en nuestro caso las tarjetas de crédito, pues a partir de ese momento ya no existiría duda alguna de su castigo por el delito de estafa o de hurto, en su caso, cuando continuara haciendo uso de una tarjeta cancelada (o caducada)⁷⁰. En fin, pueden incorporar a sus instalaciones y servicios los medios disponibles de la tecnología más avanzada y sofisticada⁷¹.

⁶⁷ V. sin embargo, la *Federal Credit Card Fraud Act* de 1984 (§1029), de los EE.UU., que penaliza no solo las conductas mencionadas poco más arriba en relación con las tarjetas con banda magnética, sino también estos abusos, siempre que durante el período de un año se alcance o supere la cantidad de 1.000 dólares.

⁶⁸ Así, FRANCISCO MUÑOZ CONDE, *La reforma de los delitos contra el patrimonio*, en "Documentación Jurídica" (Monográfico dedicado a la Propuesta de Anteproyecto de nuevo Código Penal), n° 37/40, 685 (1983), quien dice al respecto: "La Comisión ha sido consciente de la gran trascendencia práctica que puede tener la decisión en favor de una tipificación expresa de unos comportamientos difícilmente encajables en el concepto tradicional de estafa y, por tanto, dudosamente merecedores de pena. La relación causal que subyace a estos instrumentos de crédito [tarjetas de crédito y cheques garantizados], la responsabilidad que también incumbe al propio banco que los concede y la propia incertidumbre del bien jurídico protegido han pesado en su no tipificación expresa, dejando la situación en manos de la doctrina y la praxis nada unánimes todavía al respecto".

⁶⁹ En este sentido, para el derecho alemán, LENCKNER / WINKELBAUER, *Strafrechtliche Probleme in modernem Zahlungsverkehr*, cit., 87; para el francés, JEANDIDIER, *Les truquages et usages frauduleux de cartes magnétiques*, cit., anot. 30.

⁷⁰ A ello se limita el Código Penal de Canadá (art. 301.1), que además de tipificar de modo expreso la falsificación, alteración, sustracción, posesión, utilización o tráfico de una tarjeta obtenida ilegalmente, castiga igualmente su utilización conscientemente de que ha sido revocada o cancelada. La Ley de reforma del Código Penal de 20 de junio de 1985 (*Criminal Law Amendment Act*) extiende el tipo a las tarjetas utilizables en aparatos de pago automáticos y accesos bancarios o de servicios. V. más ampliamente, D.K. PIRAGOFF, *Combating Computer Crime with Criminal Laws*, en H.W.K. KASPERSEN (ed.), "Strafrecht in de Informatiemaatschappij" (Symposium vrije Universiteit Amsterdam, 22 april 1986). Amsterdam 1983, 132.

⁷¹ Como la incorporación a los establecimientos comerciales o de servicios del sistema de terminales de puntos de venta y telecomp, o la adopción generalizada de los sistemas de cajeros *on line*, o la emisión de tarjetas con un *chip* o microprocesador incorporado a la banda magnética.

No debe menospreciarse tampoco el efecto "boomerang" que provocaría un excesivo rigor en el castigo del abuso del crédito, donde los primeros perjudicados serían los propios bancos, cajas de ahorro e institutos emisores de las tarjetas —y que son los primeros interesados en evitar, como lo prueba el hecho de las escasas denuncias por parte de los mismos sobre este tipo de conductas—, al recelar los potenciales usuarios y clientes de las consecuencias que podrían tener que asumir derivadas de una utilización irresponsable, frívola o —ciertamente también— poco escrupulosa de las tarjetas, induciéndoles tal vez a renunciar a las innegables y casi imprescindibles ventajas que comporta para la sociedad de consumo en que nos movemos.