

La criminalidad defraudatoria por medios informáticos en el anteproyecto de Nuevo Código Penal de 1992

M.^a LUZ GUTIÉRREZ FRANCÉS

Departamento de Derecho Público (Área de Derecho Penal)
Universidad de Salamanca
(ESPAÑA)

I. Como la generalidad de los países de nuestro entorno, también España se ha incorporado en las últimas décadas a lo que ya se conoce como *la era de la informática*. El fenómeno de la *computer dependency* hoy se constata con claridad en nuestro país en, prácticamente, todas las manifestaciones del quehacer cotidiano que, en mayor o menor medida, se ven afectadas, dirigidas o controladas por el ordenador —directa o indirectamente—. Es difícil imaginar la actividad de las Administraciones Públicas, o la de sectores como el bancario, el bursátil, el de seguros, transportes o educación... sin la ayuda indispensable de estas, cada vez más sofisticadas y completas, máquinas. Si a ello añadimos el extraordinario incremento de ordenadores personales que hoy ocupan mesas y escritorios privados, podemos decir que las nuevas tecnologías de la información se han instalado de forma irreversible en nuestra sociedad.

Nadie discute que corresponde al ordenamiento jurídico en su conjunto encauzar y disciplinar esta nueva realidad sin limitar el progreso que la informática comporta. Pero, precisamente, el Derecho Penal, por su propia naturaleza como instrumento último de control social, está llamado a conocer, sobre todo, de la informática como factor criminógeno. El Derecho Penal debe enfrentarse a la dimensión pervertida y abusiva de lo que se concibió como

un elemento de progreso, destinado a incrementar casi ilimitadamente las posibilidades del hombre. En efecto, la informática se presenta ante el Derecho Penal con un doble papel: de una parte como *objeto* del delito (tanto en sus componentes físicos como en sus elementos lógicos) y, de otra, como *instrumento* del comportamiento criminal (bien de los delitos clásicos, bien de otros de nuevo cuño).

II. La mayor parte de los ordenamientos penales de modernos han sido objeto, recientemente, de notables reformas con el fin de dar cabida a esta nueva realidad criminal surgida al hilo de las modernas tecnologías de la información. (Sirvan como ejemplo, las reformas portuguesa de 1982, alemana de 1986, japonesa de 1987, o la francesa de 1988 (SIEBER, 1986; GUTIÉRREZ FRANCÉS, 1991a).) Sin embargo, nuestro Código Penal, todavía asentado en el viejo texto de 1848, no se ocupa de dicho tema, ni aun después de las sucesivas reformas de que ha sido objeto en el proceso de transición democrática. En consecuencia, y a falta de alguna previsión específica, los instrumentos jurídico-penales para combatir el *computer crime* no van más allá de los tipos penales tradicionales, cuyas limitaciones han sido largamente reflejadas por la doctrina (ROMEO CASABONA, 1988; GONZÁLEZ RUS, 1986) y de cuyo examen no podemos ocuparnos en este momento con carácter general.

Por lo demás, el estudio de los malogrados textos de 1980 y 1983 revela que la lucha contra la delincuencia informática tampoco constituía uno de los objetivos prioritarios en la actualización del Derecho Penal español que buscaban tales proyectos. (Basta, en tal sentido, recordar la escueta referencia del art. 189 de la PANCP, por citar el último de dichos textos, incardinado entre los atentados contra la intimidad, seguido por el más absoluto olvido en cualquier otra parcela, incluida la de la delincuencia patrimonial y económica.)

III. A comienzos del presente año, ha sido presentado a la opinión pública el Anteproyecto de Nuevo Código Penal de 1992, en breve *Proyecto*, a tenor de lo anunciado recientemente por el Ministro de Justicia. A lo largo de su articulado encontramos, ahora sí, una mayor sensibilidad ante el problema de la delincuencia informática: por primera vez se considera como verdadero problema, que debe ser abordado por un Código Penal moderno. Pero, además, se acaba con la errónea simplificación en que incurrieron los proyectos anteriores al estimar como único delito informático posible el atentado «contra la intimidad por medios informáticos». Del texto de 1992 se desprende que no hay una única clase de delitos informáticos, sino que la delincuencia informática es un fenómeno más complejo. Hallamos, así, referencia a la informática como *objeto* de hechos ilícitos (especialmente, atentados contra los elementos lógicos de los sistemas informáticos, en las infracciones de los derechos de la propiedad intelectual, arts. 255 y siguientes) y referencias a la informática como *instrumento* de delitos, creando nuevos

tipos penales tanto en el campo de los delitos contra la intimidad, como en el de los delitos patrimoniales y socioeconómicos.

Esta primera valoración positiva ha de ser, sin embargo, inevitablemente matizada, no sólo por la concreta fórmula adoptada para la tipificación de estas conductas, sino también por la subsistencia de importantes lagunas. (Pensemos, a título de ejemplo, en las falsedades por medios informáticos, el espionaje o el sabotaje informático.) Mas, debido al carácter de la presente intervención, nos detendremos en una parcela concreta, de importancia creciente por su magnitud y efectos, y foco de prioritario interés en otros países aunque, sorprendentemente, con frecuencia sea olvidada en España: nos estamos refiriendo a las defraudaciones por medios o procedimientos informáticos (el fraude informático o *computer fraud*).

IV. A las defraudaciones patrimoniales por medios informáticos destina el Anteproyecto de 1992 dos preceptos:

– El primero, hace referencia a las conductas de utilización ilícita o abusiva de tarjetas electromagnéticas, que se resuelven como robos con fuerza por virtud del art. 238 *in fine*, donde se establece: *A los efectos del presente artículo, se consideran llaves las tarjetas, magnéticas o perforadas, y los mandos o instrumentos de apertura a distancia.*

– El segundo de ellos, pero primero en importancia a nuestro juicio, es el art. 248.2, donde se tipifica, entre las defraudaciones y a continuación del tipo básico de estafa, la estafa mediante ordenador, en los siguientes términos: (248.2) *También cometen estafa los que, con ánimo de lucro, realizan una manipulación informática que interfiera el resultado de un procesamiento o transmisión informática de datos y así ocasionen un perjuicio a otro.*

V. Primer foco de atención, por tanto: el art. 238 *in fine*. Si prospera este precepto en un futuro Código Penal, todas las conductas de utilización ilícita de tarjetas con banda magnética, perdidas por su titular o sustraídas al mismo, para la obtención de dinero de cajeros automáticos, serán subsumibles en el tipo de robo con fuerza (art. 237 del Anteproyecto). Ciertamente, no era desconocida en nuestro panorama jurídico la solución por la que ha optado la Comisión redactora del Anteproyecto en este artículo. En la misma línea ya se habían pronunciado parte de nuestra doctrina, la propia Fiscalía General del Estado y, también, nuestros tribunales (BACIGALUPO ZAPATER, 1989; FISCALÍA GENERAL DEL ESTADO, 1989).

Sin embargo, como ya hemos manifestado en otro lugar (GUTIÉRREZ FRANCÉS, 1991b), a nuestro juicio la fórmula adoptada no es, del todo, incontestable. No vamos a cuestionar lo que aportaría, en términos de seguridad jurídica, la contemplación de estas conductas por el Derecho positivo, cualquiera que sea su ubicación sistemática. En estos momentos, se demanda con urgencia la unificación del tratamiento jurisprudencial de, prácticamente, idénticos hechos, unificación que sólo puede llegar de la mano del Derecho

positivo. Mas, admitido dicho extremo, dirigimos nuestra crítica a la reconducción de comportamientos con una evidente dinámica comisiva defraudatoria, a la sede de los delitos de apoderamiento material. El papel de una tarjeta electromagnética en un atentado patrimonial no siempre es asimilable al que desempeña una llave en los delitos de robo con fuerza.

Pensemos, a modo de ejemplo, en los siguientes supuestos:

– A sustrae a B la tarjeta magnética que le posibilita la apertura de su caja fuerte, la abre y se apodera de los objetos de valor que encuentra en la misma.

– A sustrae a B su tarjeta con banda magnética, encontrando junto a ella el número de identificación personal que le permite realizar diversas operaciones bancarias desde los cajeros automáticos de determinada entidad. Valiéndose de dicha tarjeta, y utilizando el referido número, A obtiene una fuerte suma de dinero de la cuenta corriente de B.

A pesar del paralelismo entre ambos supuestos, entendemos que existe una notable diferencia en la dinámica comisiva desarrollada. La primera, propia de los delitos de apoderamiento (cuando A sustrae y utiliza la tarjeta magnética ajena está superando el obstáculo que ha colocado el propietario para proteger su propiedad. Accede, así, a la cosa de la que se apodera *sin* o *contra* la voluntad del propietario.) En el segundo supuesto, en cambio, se aprecia la dinámica comisiva propia de las defraudaciones (cuando A utiliza la tarjeta magnética de B y su número de identificación personal, está engañando al banco. Se está presentando ante la entidad bancaria –a través del ordenador que la misma ha preparado para que realice determinadas operaciones según un programa– como el verdadero titular de la cuenta corriente a la que ha ganado acceso, titular que es el único legitimado para detraer fondos de dicha cuenta. Y el banco, siempre a través de la máquina, realiza la disposición patrimonial con la creencia errónea de que la efectúa al titular. Es decir, el dinero no se obtiene *contra* la voluntad del banco, sino con un consentimiento viciado por el error.) (DE LA MATA, 1989).

Así pues, el tratamiento indiferenciado de todas las conductas de utilización ilícita o abusiva de tarjetas magnéticas y su reconducción al tipo de robo con fuerza nos parece criticable.

VI. La siguiente referencia objeto de nuestro análisis: el nuevo tipo de estafa informática del art. 248.2.

La incorporación al Código Penal de una figura de estafa mediante computadora, en la línea de la *Computerbetrug* del Código alemán, también había sido demandada por la doctrina en nuestro panorama jurídico (CORCOY, JOSHI, 1988), y el Anteproyecto de 1992 se ha hecho eco de esta demanda. El planteamiento que subyace a la misma parece claro: se parte de una reducción del complejo fenómeno de los fraudes informáticos a las defraudaciones *patrimoniales* por medio de computadoras (fraude informático como fraude

estrictamente patrimonial por medios informáticos). Tras esta simplificación inicial, se recorren los diversos tipos penales clásicos protectores del patrimonio en busca de un posible ropaje jurídico para estos comportamientos. Se comprueba la imposibilidad de aplicar los tipos existentes sin agredir al principio de legalidad penal y se concluye proponiendo la creación de una nueva figura. Pero, ¿qué figura ha de ser? Como quiera que el delito de estafa es el que revela una peculiar vocación para la represión de las defraudaciones patrimoniales por medios informáticos, se recomienda que la figura de nueva creación sea, precisamente, una estafa especial, un delito paralelo al actual del art. 528 del Código Penal, donde se superen los obstáculos que impiden la aplicación de éste.

De aquí se deduce que el art. 248.2 del Anteproyecto respondería a la necesidad de cubrir una laguna legal detectada en el Derecho vigente en orden a la represión de los fraudes informáticos. (Parece intuirse que estas conductas fraudulentas no constituirían estafa –al menos, muchas de ellas–, de no existir el art. 248.2.) No obstante, al margen del mayor o menor acierto en la formación técnica del referido artículo, el interrogante que surge es el siguiente: ¿en qué medida puede servir esta regulación para la consecución del ambicioso objetivo perseguido?

Para nosotros ya resulta cuestionable el punto de partida, esto es, la delimitación inicial de la categoría de fraude informático. El complejo y heterogéneo mundo de la criminalidad defraudatoria por medios informáticos no puede quedar reducido, por razón del bien jurídico afectado, a los atentados *contra el patrimonio*, en un sentido microsocio individualista.

El fraude informático, hoy por hoy en España, no es una categoría de Derecho positivo, pero tampoco creemos que deba aspirar a serlo como unidad –debido a su contenido heterogéneo, de imposible reconducción a una única figura penal–. En la categoría del fraude informático o defraudaciones mediante ordenador tienen cabida todos los comportamientos de *manipulación, abuso o interferencia en el funcionamiento de un sistema de tratamiento automatizado de datos* (nótese la primacía del componente intelectual subrepticio, caracterizador de las defraudaciones, como motor de la acción), con *intención maliciosa de procurarse un provecho* (dimensión subjetiva, concreción del *animus decipiendi*, también consustancial a lo defraudatorio), *para producir un perjuicio económico* (no necesariamente patrimonial en sentido individualista).

Como se observará, aquí preferimos partir de una noción amplia de fraude informático de carácter funcional, que reúna en sí comportamientos de la criminalidad defraudatoria que atentan contra bienes o intereses diversos, aunque sean siempre de contenido económico. (Mediante manipulaciones fraudulentas de elementos informáticos pueden lesionarse intereses patrimoniales *stricto sensu*, pero también se puede afectar, por ejemplo, al sistema de cotizaciones bursátiles, al sistema crediticio, a la Hacienda Pública en su

dimensión de gasto, a los intereses de los accionistas o de los consumidores, etc.) Y construir una categoría de fraude informático contemplando sólo su dimensión patrimonialista es un planteamiento carente de toda perspectiva de futuro, al sacrificar una importante parcela de la criminalidad informática fraudulenta en relación con intereses valiosos de carácter macrosocial. Una noción de fraude informático, especialmente en el actual momento de reforma penal, no puede construirse utilizando como única plantilla el delito de estafa, y cerrando las puertas a conductas fraudulentas propias de la delincuencia socioeconómica, terreno donde es previsible que las nuevas tecnologías de la información se conviertan en el instrumento idóneo. Las carencias del Derecho positivo español en materia de criminalidad económica no deben suponer un lastre en la elaboración de una propuesta de *lege ferenda*.

El entendimiento de las defraudaciones mediante computadoras en un sentido tan amplio conduce, indefectiblemente, a la siguiente conclusión: en el mejor de los casos, el tipo propuesto por el art. 248.2 del Anteproyecto sólo servirá para reprimir una dimensión de los fraudes informáticos: los que atenten contra el patrimonio como bien jurídico individual microsocioal, mostrándose ineficaz frente a manipulaciones informáticas fraudulentas que, sin provocar un perjuicio patrimonial constatable y cuantificable, afecten a otra suerte de intereses económicos de carácter colectivo. (En este sentido, conviene recordar que el Anteproyecto de 1992 no vuelve a referirse a manipulaciones informáticas fraudulentas en la compleja y controvertida regulación de delitos socioeconómicos del Título XII del Libro II. Sin embargo, esto no implica que deban resultar impunes los delitos socioeconómicos realizados por medio de manipulaciones informáticas fraudulentas, cuestión que depende del titulado de tales delitos y de la concreta regulación típica de los mismos.)

En punto a la significación que para nosotros tiene, o debiera tener, el mencionado art. 248.2 del texto de 1992, también diferimos del parecer dominante: su misión, a nuestro juicio, no es tanto la de cubrir una laguna legal, cuanto aclarar, por vía de interpretación auténtica, lo que ya se hallaba incluido en el tipo básico de la estafa. Y, si bien la solución implica un considerable avance en términos de seguridad jurídica, tampoco debe ser magnificada. Las estafas realizadas por medios o procedimientos informáticos (fraudes *patrimoniales* informáticos) pueden ser reprimidas hoy en nuestro Derecho por el tipo del art. 528 vigente, se actúe, o no, con sistemas informáticos total o parcialmente automatizados, como ya hemos defendido en otro lugar. Mas, el reconocer a la estafa alguna virtualidad en este terreno (particularmente, cuando los fraudes se efectúan sobre sistemas informáticos total o parcialmente automatizados), se asienta en dos presupuestos: uno, vinculado a los propios ordenadores y a su función instrumental, y otro, referente a la interpretación del tipo de estafa.

— Por obvio que parezca, lo primero que se precisa es un correcto entendimiento del papel que los ordenadores desempeñan en la vida moderna.

Cualquiera que sea su complejidad y grado de sofisticación, los ordenadores son sólo máquinas al servicio del hombre, que el hombre prepara y dispone para que ejecuten, en concreto, órdenes determinadas. Y, en un comportamiento fraudulento como los que analizamos, sólo serán *instrumento*, pero nunca *víctima o sujeto de la acción*. Hay que desterrar expresiones que conducen a equívoco y tan repetidas como «engaño a una máquina», (a lo sumo, se engaña a alguien utilizando como instrumento la máquina-ordenador), o bien, «ordenador engañado que realiza un acto de disposición» (la máquina sólo *ejecutará*, en su caso, el traspaso patrimonial ordenado y dispuesto por quien ha efectuado, con la programación, el acto de disposición), etc.

– Se precisa, además, una determinada interpretación del tipo de estafa, dentro de las exigencias del principio de legalidad, pero más acorde con el modelo actual de relaciones socioeconómicas. De este giro en la comprensión de la estafa depende la tipicidad o atipicidad de las conductas de fraude informático. Pero, también y sobre todo, la suerte de buena parte de las más modernas manifestaciones de la criminalidad defraudatoria, a cuya cobertura miraba la reforma de este delito en 1983. La reinterpretación del art. 528 que apuntamos afecta esencialmente al tipo objetivo en los puntos que resumimos:

. Respecto al *engaño* típico, es imprescindible aceptar que el falseamiento de la realidad que el engaño implica no comporta, necesariamente, una *relación directa y personal* entre dos seres humanos, emisor y receptor. Hay que huir, pues, de tal exigencia de inmediatez no consustancial al engaño, sino deducida por vía de interpretación y sólo comprensible en otro momento histórico, en el cual dicha nota caracterizaba las normales relaciones del tráfico jurídico.

Por lo demás, en tanto se siga negando –en Derecho penal, que no en otras ramas del ordenamiento– la posibilidad de engañar a una persona jurídica, o a cualquier persona, física o jurídica, cuando actúa en el tráfico jurídico con el auxilio de las altas tecnologías de la información (postura que no compartimos), la figura de la estafa quedará vedada a la mayoría de las nuevas formas defraudatorias, incluidas las defraudaciones mediante ordenador.

. Respecto al papel del *error* en la estafa, con anterioridad, hemos mostrado nuestra preferencia por la tesis –minoritaria– que le niega su condición de elemento autónomo en este delito, circunscribiendo su función a la delimitación restrictiva del engaño típico (GUTIERREZ FRANCES, 1991c). Y, no obstante, entendemos que una lectura moderna y actualizada del tipo de estafa, adecuada a la nueva realidad criminal a la que debe enfrentarse, no precisa llegar a tal solución. Basta, pero es necesario, abandonar la *concepción psicológica* del error (estado psicológico de la *persona humana* consistente en una falsa representación mental de la realidad). Si el ordenamiento jurídico admite sin reservas, por ejemplo, que una persona jurídica puede *consentir* en el

tráfico jurídico con un *consentimiento viciado por error*, ¿por qué no puede admitirlo el Derecho penal?

Desde luego, si para apreciar estafa continúa exigiéndose la producción directa de un estado psíquico de error en una persona –física–, víctima del engaño, la virtualidad de tal figura quedará, prácticamente, reducida al círculo de los timos clásicos, y será inoperante ante las nuevas defraudaciones.

. En lo que concierne al *acto de disposición patrimonial*, también sería precisa una reinterpretación –consecuencia natural de un entendimiento distinto del engaño y del error–, asumiendo, con el resto del ordenamiento jurídico, que se pueden realizar disposiciones patrimoniales con el auxilio de una máquina y que la *colaboración en el traspaso patrimonial lesivo* que este elemento implica puede predicarse, también, de las personas físicas, bien actúen personalmente, bien, a su vez, mediante máquinas. La escisión temporal entre el momento volitivo y la concreta ejecución del acto de disposición no debe inducir a confusión, pues el dominio de la disposición no corresponde al ordenador –que sólo materializa las órdenes que se le han introducido–, sino al que prepara los equipos informáticos y los programas para operar.

VII. En suma, la formulación actual del tipo de estafa en el Derecho español no imposibilita su aplicación a las defraudaciones informáticas, siempre, claro está, que produzcan una lesión patrimonial cuantificable e identificable. No obstante, esto requiere una interpretación del art. 528 que hoy es minoritaria en doctrina y jurisprudencia, haciendo aconsejable alguna regulación por los riesgos evidentes que plantea en términos de seguridad jurídica. Desde esta perspectiva, consideramos positiva la incorporación de una figura como la del art. 248.2 del Anteproyecto, sin más significación que la ya indicada: una aclaración, vía auténtica, de la extensión del tipo de estafa –también aplicable a las estafas realizadas con ordenador–.

En todo caso, dentro de un proyecto tan ambicioso como un nuevo Código Penal, la represión del fraude informático no puede quedar reducida a una solución tan limitada. La lucha eficaz contra esta nueva forma de delincuencia se nos antoja demasiado vinculada a la suerte que corran los llamados delitos socioeconómicos. Y todo parece indicar que, en esta materia, el Anteproyecto deja demasiadas incógnitas.

Finalmente, tenemos que denunciar olvidos apreciables en el texto de 1992, en relación con otras manifestaciones de la delincuencia informática que, eventualmente, pueden estar relacionadas con los fraudes informáticos, como el espionaje o el sabotaje informáticos, las falsedades por medios informáticos, o como las conductas de interferencia y uso ilícito de los sistemas informatizados (*hacking*). En la mayoría de los ordenamientos penales en los que se ha abordado la regulación de los delitos informáticos (así en el Derecho alemán, en el Derecho francés, o en los Estados Unidos de América, por

citar algunos ejemplos) estos hechos han sido tipificados. Sería deseable que nuestro legislador procediese a una regulación más cuidadosa y meditada de esta materia y, como quiera que aún está a tiempo, procurase una comprensión más acabada del complejo fenómeno de la criminalidad informática.

BIBLIOGRAFIA

BACIGALUPO ZAPATER, E., «Utilización abusiva de cajeros automáticos por terceros no autorizados», Poder Judicial, número especial IX (Nuevas formas de delincuencia), 1989, pp. 85 y ss.

CORCOY, M., JOSHI, U., «Delitos contra el patrimonio cometidos por medios informáticos», Revista Jurídica de Cataluña, 3, 1988, pp. 687 y ss.

DE LA MATA, N. J., «Utilización abusiva de cajeros automáticos: apropiación de dinero mediante tarjeta sustraída a su titular». Poder Judicial, número especial IX (Nuevas formas de delincuencia), 1989, pp. 151 y ss.

FISCALÍA GENERAL DEL ESTADO, Memoria elevada al Gobierno de S. M., Madrid, 1989, pp. 521.

GONZÁLEZ RUS, J. J., «Aproximación al tratamiento penal de los ilícitos patrimoniales relacionados con medios o procedimientos informáticos», Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense de Madrid, 6 (Monográfico sobre informática), 1986, *passim*.

GUTIÉRREZ FRANCÉS, M. L., Fraude informático y estafa, Madrid, Ministerio de Justicia, 1991a, pp. 117 y ss.

GUTIÉRREZ FRANCÉS, M. L., Fraude informático y estafa, Madrid, Ministerio de Justicia, 1991b, pp. 474 y ss.

GUTIÉRREZ FRANCÉS, M. L., Fraude informático y estafa, Madrid, Ministerio de Justicia, 1991c, pp. 284 y ss.

ROMEO CASABONA, C. M., Poder informático y seguridad jurídica, Madrid, Fundesco, 1988a, pp. 51 y ss.

SIEBER, U., The International Handbook on Computer Crime, Chichester, John Wiley and Sons, 1986, *passim*.

