



FACULTAD DE DERECHO

EL USO DE TARJETAS BANCARIAS TRAS LA REFORMA OPERADA EN EL CÓDIGO PENAL POR LO 5/2010

Autor: Ana García Vivancos

5º E-3 B

Derecho Penal

Tutor: María Concepción Molina Blázquez

Madrid

Abril 2017

RESUMEN

Los artículos 248.2.c) CP y 399 bis CP, relativos a la estafa con tarjeta bancaria y falsificación y uso de tarjeta falsa respectivamente, fueron introducidos en 2010 por la reforma operada por la LO 5/2010 en el CP de 1995. Con esta modificación legislativa, los supuestos de utilización ilegítima de tarjeta bancaria se recondujeron desde el robo con fuerza en las cosas hasta el ámbito de la estafa, y se creó una regulación propia para los casos de falsificación y uso de tarjeta falsa. El presente trabajo lleva a cabo un análisis dogmático de dichos preceptos, así como una exposición de los criterios seguidos por la jurisprudencia para el tratamiento de los posibles concursos de normas y delitos que se presentan cuando ambos ilícitos concurren.

Palabras clave: tarjetas bancarias, legislación, robo, estafa, falsificación, tarjeta bancaria falsa, concurso de normas, concurso de delitos, principio de especialidad, principio de alternatividad, jurisprudencia, cajero automático.

ABSTRACT

Section 248.2.c) and 399 bis of the Criminal Code, related to bank card fraud and forgery respectively, were introduced for the first time in 2010 to our legislation. With this regulatory reform, a new section on bank cards forgery was created and all cases of illegitimate use of a bank card stopped being treated as a burglary, redirecting them to fraud. This paper analyzes both sections from a dogmatic point of view and explains the different criteria followed by the Tribunals when both felonies are committed.

Key words: bank cards, legislation, burglary, fraud, forgery, bogus card, jurisprudence, concurrence of crimes, ATM.

LISTADO DE ABREVIATURAS

CP	Código Penal
LO	Ley Orgánica
STS	Sentencia del Tribunal Supremo
TPV	Terminal punto de venta

ÍNDICE

RESUMEN	I
ABSTRACT	I
LISTADO DE ABREVIATURAS	II
1. INTRODUCCIÓN	1
2. ANÁLISIS DE LOS PRECEPTOS.....	3
2.1 Art. 248.2.c) CP	3
2.1.1 <i>Introducción</i>	3
2.1.2 <i>Bien jurídico protegido</i>	4
2.1.3 <i>Elemento objetivo</i>	4
2.1.4 <i>Elemento subjetivo</i>	4
2.1.5 <i>Conductas típicas</i>	5
2.2 Art. 399 bis CP.....	5
2.2.1 <i>Introducción</i>	6
2.2.2 <i>Bien jurídico protegido</i>	6
2.2.3 <i>Elemento objetivo</i>	7
2.2.4 <i>Elemento subjetivo</i>	8
2.2.5 <i>Acciones típicas del delito del art. 399 bis CP</i>	9
3. CONCURSOS PENALES.....	11
3.1 Marco teórico: concursos penales.....	11
3.1.1 <i>Concurso de normas</i>	11
3.1.2 <i>Concurso de delitos</i>	12
3.2 Uso ilícito de tarjeta bancaria en cajero automático y locales comerciales.....	14
3.2.1 <i>Uso ilegítimo de tarjeta por persona distinta a su titular en cajero automático</i>	14
3.2.2 <i>Uso ilegítimo de tarjeta por persona distinta a su titular en locales comerciales</i>	18
3.3 Cuestiones generales sobre el uso de tarjeta de crédito por persona distinta de su titular	19
3.4 Relación del delito de estafa con tarjetas bancarias del art. 248.2.c) CP y el delito de falsificación del art. 399 bis.1 CP	20
3.4.1 <i>Análisis jurisprudencial</i>	20
3.4.2 <i>Conclusión</i>	21

3.5	Relación del delito de estafa con tarjeta de crédito o cheques de viaje del art. 248.2.c) CP y uso de tarjeta falsa del art. 399 bis.3 CP.....	21
3.5.1	<i>Análisis jurisprudencial</i>	21
3.5.2	<i>Penalidad</i>	25
3.6	Relación del delito de estafa agravada con tarjetas bancarias del art. 250 CP con el delito de falsificación del art. 399 bis CP	27
3.6.1	<i>Análisis del delito de estafa agravada</i>	27
3.6.2	<i>Estafa agravada y falsificación de tarjetas</i>	34
3.6.3	<i>Estafa básica, estafa agravada y falsificación de tarjeta, con la concurrencia de circunstancias modificativas</i>	36
3.6.4	<i>Estafa agravada y uso de tarjetas falsificadas</i>	38
3.6.5	<i>Estafa agravada, falsificación de tarjeta de crédito y uso de tarjeta falsificada con la concurrencia de circunstancias modificativas</i>	39
4.	CONCLUSIONES	41
5.	BIBLIOGRAFÍA	43
6.	JURISPRUDENCIA CONSULTADA.....	44
6.1	Tribunal Supremo	44
6.2	Audiencia Nacional.....	45
6.3	Audiencias Provinciales.....	45
7.	LEGISLACIÓN CONSULTADA	46
8.	RECURSOS DE INTERNET.....	46
9.	OTRAS FUENTES	47

1. INTRODUCCIÓN

Desde el momento en que las nuevas tecnologías se implantan en la sociedad, surgen nuevos riesgos frente a los cuales la sociedad ha de defenderse. En este sentido, parece evidente que las tarjetas de crédito o débito se han generalizado exponencialmente en los últimos años en el ámbito de los intercambios económicos del mercado de consumo, al constituir instrumentos de pago y de crédito, incluyendo en esta última la posibilidad de acceso directo al dinero en efectivo por medio de los cajeros automáticos¹. Así, y de acuerdo con la última edición del Informe Mundial de Pagos de 2015², entre 2010 y 2014, las transacciones llevadas a cabo mediante tarjeta experimentaron un crecimiento anual del 8.2% a escala mundial, siendo de un 5% en Europa. Desde el momento en que se generalizó el uso de las tarjetas bancaria, dos tipos de riesgos fueron identificados: el primero, relacionado con la intromisión en las esferas más privadas de los ciudadanos y el aumento de control sobre ellas, mientras que el segundo se refería a la protección de la integridad patrimonial, en especial de aquellos elementos inmateriales, ubicados en los mercados bancarios y de valores.

En efecto, la introducción de avances tecnológicos no solo ha ayudado al desarrollo económico, social o cultural, sino que también ha traído aparejada la comisión de infracciones penales.

Uno de los aspectos más interesantes para el Derecho Penal es la misma naturaleza de las tarjetas bancarias. Estas constituyen una forma especial creada por el Derecho civil de transmisión de deudas. El titular de la tarjeta transmite a la entidad bancaria la deuda adquirida en el establecimiento comercial, conformando una serie de relaciones entre titular con el banco, el titular con el comercio y el comercio con el banco. No obstante, lo más relevante es que no se trata de relaciones *intuitu personae*, ya que la deuda y sus efectos jurídicos nacen con independencia de que quien utilice la tarjeta no sea el titular de la misma. Por tanto, se requiere el diseño de eficaces sistemas de seguridad para la

¹ ROMEO CASABONA, C., “Delitos cometidos con la utilización de tarjetas de crédito, en especial en cajeros automáticos”, *Nuevo Foro Penal*, Nº52, Abril 1991, p.147 y MARIÑO LÓPEZ, A., “Responsabilidad Contractual por utilización indebida de tarjeta de crédito”, Universidad Autónoma de Barcelona, 2003, p. 11.

² Firmado por Capgemini y BNP Paribas, (Disponible en: <https://www.worldpaymentsreport.com/download>; Última consulta 19/12/2016).

protección de datos transmitidos y operaciones realizadas, con el fin de otorgar seguridad al sistema³.

Un caso particular dentro de los ilícitos penales relacionados con las tarjetas bancarias es la utilización de las mismas de forma abusiva en cajeros automáticos. Este tipo de injustos se redirigían típicamente hacía el robo con fuerza en las cosas de los arts. 237, 238.4º y 239. En este sentido, se equiparaba la tarjeta con una “llave falsa”, considerando “función de apertura” de la tarjeta del local que da acceso al cajero. No obstante, una parte de la doctrina mostró su desacuerdo puesto que no se podía considerar que las tarjetas fueran llaves a espacios cerrados, puesto que también existían cajeros instalados en la propia calle, y que la función de estas no era la de abrir, sino la de ser instrumento de legitimación para ejercer un derecho de crédito frente a la entidad financiera emisora de la misma. Por tanto, se debía reconducir a la estafa informática del art. 248.2 CP, para ser redirigido finalmente hacia el ámbito del art. 248.2.c) introducido por la reforma de 2010 del CP. Este artículo no se ha visto libre de críticas, dado que parte de la doctrina defiende que su inclusión genera confusión, al no haber modificado al mismo tiempo el régimen del robo con fuerza en las cosas mediante llaves falsas en forma de tarjetas.

Como se ve, el debate doctrinal y jurisprudencial sobre la materia ha ido evolucionando y los criterios han ido cambiando en la última década. Por ello es relevante estudiar la actual situación y regulación en la que se encuentra la cuestión.

El presente trabajo tiene como objetivo el análisis dogmático de los arts. 248.2.c) y 399 bis del Código Penal español, introducidos a través de la reforma operada por la Ley Orgánica 5/2010 en el Código Penal⁴ de 1995, así como el tratamiento que nuestro Derecho Penal ha diseñado para los posibles concursos que se dan en la práctica entre la estafa con tarjetas y otros ilícitos. Se exponen los criterios y principios seguidos por los tribunales y la doctrina en la aplicación del nuevo precepto de estafa mediante tarjetas bancarias y, sobre todo, su relación con la falsificación y uso de estos instrumentos de pago.

³ RUIZ, L. R. “Uso ilícito y falsificación de tarjetas bancarias”. *Revista de Internet, Derecho y Política*. UOC, 2016. (Disponible en <http://www.uoc.edu/idp/3/dt/esp/ruiz..pdf>; Última consulta 19/12/2016).

⁴ Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal.

2. ANÁLISIS DE LOS PRECEPTOS

En este apartado se lleva a cabo una explicación de los artículos 399 bis CP y 248.2.c) CP, ambos incluidos en la normativa penal como resultado de la reforma llevada a cabo por la LO 5/2010.

2.1 Art. 248.2.c) CP

1. Cometen estafa los que, con ánimo de lucro, utilizaren engaño bastante para producir error en otro, induciéndolo a realizar un acto de disposición en perjuicio propio o ajeno.

2. También se consideran reos de estafa:

a) Los que, con ánimo de lucro y valiéndose de alguna manipulación informática o artificio semejante, consigan una transferencia no consentida de cualquier activo patrimonial en perjuicio de otro.

b) Los que fabricaren, introdujeran, poseyeran o facilitaren programas informáticos específicamente destinados a la comisión de las estafas previstas en este artículo.

c) Los que utilizando tarjetas de crédito o débito, o cheques de viaje, o los datos obrantes en cualquiera de ellos, realicen operaciones de cualquier clase en perjuicio de su titular o de un tercero.

2.1.1 Introducción

Tradicionalmente, los supuestos en los que se presentaba una tarjeta ajena como medio de pago, induciendo a error al comerciante, que la asume como propia, venía siendo calificado como estafa del art. 248.1 CP. Así, el tipo requería, en primer lugar, una conducta dolosa de engaño, suficiente como para inducir a error al vendedor, que no desconfía de la tarjeta presentada. No obstante, a raíz de la reforma del CP mediante la LO 5/2010, de 22 de junio, se introduce el art. 242.2c), que tipifica específicamente las conductas de aquellos que “*utilizando tarjetas de crédito o débito, o cheques de viaje, o los datos obrantes en cualquiera de ellos, realicen operaciones de cualquier clase en perjuicio de su titular o de un tercero*”. Por tanto, en virtud del principio de especialidad

del art. 8.1 CP, se reconducirán a este artículo todos aquellos comportamientos que impliquen la utilización de tarjetas o cheques de viaje ajenos en perjuicio de otro.

2.1.2 Bien jurídico protegido

Las estafas son actualmente, de acuerdo con la doctrina mayoritaria, delitos contra el patrimonio, y así lo entiende la ley, que no considera consumados estos delitos hasta que se produzca un perjuicio patrimonial en el sujeto pasivo, el titular del patrimonio afectado⁵. Opiniones minoritarias defienden que la estafa constituye también un ataque contra la libertad de disposición del engañado.

2.1.3 Elemento objetivo

El art. 248.2.c) recae sobre la utilización de tarjetas de débito, crédito o cheques de viaje o datos obrantes contenidos en los mismos para una operación económica, con el consiguiente perjuicio para el titular. De acuerdo con la doctrina mayoritaria, el perjuicio de un titular o tercero debe interpretarse como una disminución del patrimonio, entendiendo este como una globalidad y siguiendo un criterio mixto jurídico-económico⁶. Para la definición de cada objeto material del delito ver *supra*.

2.1.4 Elemento subjetivo

La estafa es un delito doloso y de resultado, que no admite la comisión imprudente. Por tanto, el agente ha de ser consciente y querer engañar a otro, causándole así un perjuicio patrimonial a él o a un tercero, es decir, se ha de dar un enriquecimiento injusto. No obstante, no será necesaria la concurrencia de engaño⁷ o el error, aunque en el supuesto en el que sí se aprecien estas circunstancias, surge la cuestión de la relación del tipo del 248.2.c) y del 248.1 CP. Entre ambos preceptos se establecería un concurso de leyes, aunque la solución carece de demasiada importancia práctica puesto que ambos ilícitos tienen asignada la misma pena⁸.

⁵ LEFEBVRE, FRANCIS, *Memento Penal, Memento Práctico 2016*, Ediciones Francis Lefebvre, Madrid, 2016, p. 390.

⁶ LEFEBVRE, FRANCIS, *Memento Práctico 2016, cit.*, p. 407.

⁷ Circular 1/2011 sobre la reforma Código Penal operada por Ley Orgánica 5/2010 de 22 de junio.

⁸ LEFEBVRE, FRANCIS, *Memento Práctico 2016, cit.*, p. 407.

Con todo, en este tipo no es necesaria la concurrencia de un ánimo de lucro, como sí se exige en otras modalidades de estafa⁹. En algunas ocasiones lo ha exigido el Tribunal Supremo, como ha dicho ANTÓN ONECA¹⁰, pero no se trata de un elemento central.

2.1.5 Conductas típicas

La acción es alternativa. Por una parte, puede consistir en servirse de ciertos instrumentos, como son las tarjetas de crédito o débito o cheques de viaje y, por otra, el servirse de los datos obrantes en ellos, que se denomina *skimming*. En cualquier caso, es necesaria la concurrencia de un perjuicio para el titular de esos medios de pago o un tercero¹¹. Si el mismo no llega a producirse, al quedar la operación frustrada porque no se autoriza el pago, se quedará en una estafa en grado de tentativa, que implicará en virtud del art. 62 CP¹² que se aplique la pena inferior en uno o dos grados.

2.2 Art. 399 bis CP

1. El que altere, copie, reproduzca o de cualquier otro modo falsifique tarjetas de crédito o débito o cheques de viaje, será castigado con la pena de prisión de cuatro a ocho años. Se impondrá la pena en su mitad superior cuando los efectos falsificados afecten a una generalidad de personas o cuando los hechos se cometan en el marco de una organización criminal dedicada a estas actividades.

Cuando de acuerdo con lo establecido en el artículo 31 bis una persona jurídica sea responsable de los anteriores delitos, se le impondrá la pena de multa de dos a cinco años.

Atendidas las reglas establecidas en el artículo 66 bis, los jueces y tribunales podrán asimismo imponer las penas recogidas en las letras b) a g) del apartado 7 del artículo 33.

⁹ SILVA SÁNCHEZ J.M. (dir) y PASTOR MUÑOZ N. (coord.), *El nuevo Código Penal. Comentarios a la reforma*, La Ley, Madrid, 2012, p. 347.

¹⁰ ANTÓN ONECA, J. “Estafa”, 1958, p. 65.

¹¹ QUERALT JIMÉNEZ, J.J, *Derecho penal español. Parte Especial, 6º edición revisada y actualizada*, Atelier, Barcelona, 2010, p. 502.

¹² *A los autores de tentativa de delito se les impondrá la pena inferior en uno o dos grados a la señalada por la Ley para el delito consumado, en la extensión que se estime adecuada, atendiendo al peligro inherente al intento y al grado de ejecución alcanzado.*

2. *La tenencia de tarjetas de crédito o débito o cheques de viaje falsificados destinados a la distribución o tráfico será castigada con la pena señalada a la falsificación.*

3. *El que sin haber intervenido en la falsificación usare, en perjuicio de otro y a sabiendas de la falsedad, tarjetas de crédito o débito o cheques de viaje falsificados será castigado con la pena de prisión de dos a cinco años.*

2.2.1 Introducción

El conjunto de delitos relacionados con las falsedades y sus distintas manifestaciones están contenidos en el Título XVIII del Libro II del CP. Con la Ley Orgánica 5/2010, de 22 de junio, se modifica parte de los mismos y se añade el mencionado art. 399 bis, que regula la falsificación de tarjetas de crédito y débito y cheques de viaje, todo ello enmarcado en las “falsedades documentales” del Capítulo II. Los cambios normativos en esta materia obedecen a las continuas apariciones de nuevo sistemas tecnológicos para mejorar y agilizar las relaciones económicas. La introducción del tipo del art. 399 bis CP viene de la mano del cambio operado en el art. 387 CP, por el cual se excluye del tipo del art. 399 bis CP las falsificaciones de moneda, puesto que se entendía que los comportamientos ilícitos desarrollados con las monedas y las tarjetas y cheques eran distintos y su sanción también tenía que serlo. En este sentido, la modificación de ambos tipos fueron fruto de la Decisión Marco del Consejo de la Unión Europea, de 28 de mayo de 2001, *sobre la lucha contra el fraude y la falsificación de medios de pago distintos del efectivo*, cuyo objetivo era armonizar los tipos penales en este ámbito en todos los países comunitarios¹³.

2.2.2 Bien jurídico protegido

De acuerdo con la jurisprudencia mayoritaria, el bien jurídico protegido en los delitos de falsedad documental es la confianza y seguridad del ciudadano en el tráfico jurídico, mediante las tres funciones que se atribuyen a los documentos: perpetuación, garantía y prueba. De aquí se derivan dos efectos fundamentales: no estarán tipificadas aquellas falsedades que carezcan de efectos relevantes en el tráfico jurídico y es esencial

¹³ BRANDARIZ GARCÍA, J.A., “Falsificación de tarjetas de crédito y débito y cheques de viaje (art. 399 bis)”, Universidad de A Coruña, 2010, p. 1.

que el documento tenga vocación de circular en tráfico jurídico. Tampoco se protegerá la fe pública¹⁴.

2.2.3 Elemento objetivo

El art. 399 bis CP recae sobre tarjetas de crédito, débito y cheques de viaje, habiendo sido eliminado la referencia que anteriormente se hacía a *“las demás tarjetas que puedan utilizarse como medio de pago”*. A estos tres instrumentos de pago hace también referencia la Decisión Marco 2001/413. De este modo, el legislador ha optado por excluir del artículo a las tarjetas pre-pago, dado que se considera que el bien jurídico a proteger en ese supuesto es de menor importancia que cuando se trata de tarjetas de crédito o débito. Consecuentemente, otros medios de pago que no entren dentro del concepto de tarjetas de crédito o débito, como pueden ser los cheques regalo, los abonos de transporte o las tarjetas SIM de teléfono quedarían fuera del ámbito de aplicación de este artículo, ajustándose los ilícitos cometidos con estas al tipo de falsedad en documento mercantil¹⁵. Así, la doctrina venía definiendo las tarjetas de crédito y débito como aquellos *“documentos emitidos por una entidad financiera que permiten a su titular a través de la presentación de las tarjetas o de su introducción en un cajero automático, pagar bienes o servicios u obtener una suma dineraria. Y tarjetas de crédito o débito lo serán todas aquellas que tengan una validez general como instrumentos de pago, de suerte que aquellas que son un medio de pago propio tan solo de una determinada clase de establecimientos, no constituyen los instrumentos objeto de la presente regulación penal”*¹⁶. Analizando más exhaustivamente los objetos sobre los que recae este tipo penal, podemos distinguir¹⁷:

-Tarjetas de crédito: documento nominativo, personalísimo y no susceptible de transmisión, que posibilita el pago o cumplimiento de obligaciones pecuniarias frente a las personas encargadas de vender un bien o prestar un servicio, a través de la concesión de un crédito a favor de su titular¹⁸. Generalmente se trata de tarjetas de plástico con una

¹⁴ LEFEBVRE, FRANCIS, *Memento Penal Económico y de la empresa*, Memento Práctico 2011-2012, Ediciones Francis Lefebvre, Madrid, 2011, p. 875.

¹⁵ JAVATO MARTÍN, A.M., “Las tarjetas de crédito y débito. Aspectos penales”, Cuaderno Red de Cátedras Telefónica, Nº 10, Cátedra Telefónica de la Universidad de Salamanca, 2013, p. 9.

¹⁶ CARBALLO CUERVO, M.A., “De la falsificación de moneda y tarjeta de crédito”, p. 24.

¹⁷ COBO DEL ROSAL, M. et al., *Comentarios al Código Penal, Segunda época, Tomo XII, Libro II: Título XVIII, de las falsedades (Arts. 386 al 403)*, Dykinson, Madrid, 2011, p.493.

¹⁸ SILVA SÁNCHEZ y PASTOR MUÑOZ, *El nuevo Código Penal*, cit., p. 606.

banda magnética, número en relieve y microchip incorporado y emitido por una entidad financiera¹⁹.

-Tarjeta de débito: instrumento de pago, igualmente nominativo, personalísimo y no susceptible de transmisión, a través del cual su titular puede realizar pagos en establecimientos conectados informáticamente con la entidad financiera con cargo directo a su cuenta bancaria²⁰.

-Cheques de viaje: semejante a un pagaré, se trata de documentos canjeables por divisas extranjeras o que sirven como medio de pago, emitidos por entidades financieras, y previa provisión de fondos²¹.

Una parte de la doctrina ha mostrado su descontento por la equiparación de los cheques de viaje a las tarjetas de crédito y débito, cuando los primeros son medios de pago de menor relevancia y frecuencia que, por ejemplo, las letras de cambio o pagarés, que no están incluidas en el tipo y que por tanto quedarían fuera del alcance del art. 399 bis, que solo se refiere a los tres tipos de documentos expuestos²².

De acuerdo con la STS del 22 de marzo de 2010, la falsedad documental además de ser una mentira, que ha de recaer sobre un bien digno de protección relevante, es ante todo una mutación de la verdad, por medio de las conductas tipificadas en la norma penal, y que dicha “*mutatio veritatis*” afecte a elementos esenciales del documento y tenga suficiente entidad como para afectar a la normal eficacia del mismo en las relaciones jurídicas. De ahí que para una parte mayoritaria de la doctrina sea necesario que la finalidad perseguida por el sujeto no sea inocua o carezca de potencial lesividad. Es decir, la conducta típica debe afectar necesariamente a los bienes o intereses a cuya protección están destinados los distintos tipos penales, el bien jurídico protegido por estos tipos.

2.2.4 Elemento subjetivo

Se trata de un delito doloso, no admitiendo la comisión por imprudencia. Es decir, el sujeto ha de ser consciente de la falsedad de la tarjeta y querer cometer el ilícito.

¹⁹ COBO DEL ROSAL, *Comentarios al Código Penal*, cit., p. 495.

²⁰ SILVA SÁNCHEZ y PASTOR MUÑOZ, *El nuevo Código Penal*, cit., p. 606.

²¹ SILVA SÁNCHEZ y PASTOR MUÑOZ, *El nuevo Código Penal*, cit., p. 606.

²² SILVA SÁNCHEZ y PASTOR MUÑOZ, *El nuevo Código Penal*, cit., p. 605.

2.2.5 Acciones típicas del delito del art. 399 bis CP

i) Falsificación

Se suele considerar que el “altere, copie, reproduzca” están englobadas dentro de la falsificación, cuarta categoría del número primero del art. 399 CP. La alteración hace referencia a la manipulación de cualquier elemento constitutivo del objeto material²³, a la modificación de tarjetas auténticas expedida por vías ordinarias, no a la fabricación, que estaría más relacionada con la creación *ex novo* de un medio nuevo²⁴. La actividad recaería sobre elementos esenciales como son la titularidad, la numeración o la fecha de caducidad²⁵. Por otro lado, copiar y reproducir son actividades propias de la fabricación de tarjetas, en donde se incluiría el método del *skimming* o duplicación de datos contenidos en una banda magnética para instalarla en otro instrumento, mediante uso de escáneres instalados en cajeros automáticos, cooperación de empleados de establecimientos o programas de internet²⁶. Por su parte, QUERALT²⁷ hace una distinción dentro de la falsificación: la falsificación por “clonación”, cuando se duplica una tarjeta legítima, y la falsificación por “creación”, cuando se crea *ex novo* la tarjeta o cheque en cuestión.

Asimismo, se incluyen dos subtipos agravados para esta conducta: si se trata de un “delito masa” configurado en el art. 74.2 CP, es decir, que afecte a una generalidad de personas y que revista *notoria gravedad*; y si los hechos se cometen a través de una organización criminal, debiendo concurrir los elementos del art. 570 CP (grupo de más de dos personas, formado con carácter estable o tiempo indefinido, que de manera concertada se repartan tareas con el fin de cometer delitos o reiteradas faltas).

ii) Tenencia

El segundo supuesto del art. 399 bis constituye una modalidad delictiva de “preparación”, puesto que se trata de un acto previo al proceso de perjuicio contra la confianza en el tráfico jurídico. Sin embargo, no deja de ser sorprendente el hecho de que el legislador deje impune la distribución de las tarjetas bancarias y cheques, no incluidos

²³ COBO DEL ROSAL, *Comentarios al Código Penal*, cit., p. 497.

²⁴ Ver STS 663/2009, del 30 de mayo de 2009, STS 948/2002, del 8 de julio de 2002 y STS 369/2007, del 9 de mayo de 2007.

²⁵ SILVA SÁNCHEZ y PASTOR MUÑOZ, *El nuevo Código Penal*, cit., p. 607.

²⁶ CARBALLO CUERVO, M.A., “De la falsificación de moneda y tarjeta de crédito”, pp. 28-29.

²⁷ QUERALT JIMÉNEZ, J.J., *Derecho penal español*, cit., p.273.

en el tipo. Por tanto, el sujeto que sea un mero intermediario, que no haya intervenido en la falsificación, ni posea o use las tarjetas, no podrá ser castigado²⁸.

MORÓN LERMA y RODRÍGUEZ PUERTA hacen referencia a tres supuestos que se podrían dar en este segundo supuesto: la tenencia por parte de quien ha falsificado, la tenencia por parte de quien no ha falsificado pero quiere la distribución y la adquisición para su distribución. En lo que respecta a la primera situación, dicen los autores que tendría cabida en el número primero del art. 399 CP, mientras que la segunda, por ser menos lesiva, su sanción también debería serlo. En cuanto al tercer supuesto concierne, los autores recalcan la laguna punitiva que existe, dado que en aquellos casos en los que aún no se tuviera en poder propio las tarjetas, sino que se estuviera en la fase de negociación, no podría apreciarse responsabilidad penal alguna, ni por el art. 399 CP ni por delito de receptación. No ocurriría lo mismo si el adquiriente fuera ya propietario o poseedor de las tarjetas o cheques, supuesto que sí está contemplado en el n° 2 del artículo²⁹. De cualquier modo, se exige que se dé una *finalidad de distribución*³⁰.

iii) Uso de tarjetas falsas

En lo referente al n°3 del artículo, el uso sin intervención y *en perjuicio de otro y a sabiendas de la falsedad*, es sancionado con una pena menor que los dos números anteriores. Se prevé expresamente que, en caso de que el usuario y falsificados coincidan en la misma persona, se daría un concurso de leyes que se resolvería a favor del n°1 del art. 399 CP³¹. En este apartado cabe destacar que en muchas ocasiones habrá una conexión entre esta modalidad delictiva y la introducida por el art. 248.2.c), uno de los temas centrales de este trabajo que se explicará en profundidad en los siguientes apartados.

²⁸ SILVA SÁNCHEZ y PASTOR MUÑOZ, *El nuevo Código Penal*, cit., p. 607.

²⁹ MORÓN LERMA, E. y RODRÍGUEZ PUERTA, M.J. “La clonación de tarjetas bancarias (art. 399 bis)”, [en COBO DEL ROSAL (dir.), *Comentarios al Código Penal*, cit., p.500.].

³⁰ Como también lo afirma, pero respecto de la falsificación de moneda del art. 386.2 CP, el Acuerdo del Pleno no jurisdiccional de la Sala II del TS, del 16 de diciembre de 2008.

³¹ CARBALLO CUERVO, M.A., “De la falsificación de moneda y tarjeta de crédito”, p. 35.

3. CONCURSOS PENALES

3.1 Marco teórico: concursos penales

En este apartado se pretende exponer brevemente las clases de concurso, tanto de normas como de delitos, que se pueden dar en el Derecho Penal, con el fin de facilitar la comprensión de los siguientes epígrafes.

3.1.1 Concurso de normas³²

Se da el concurso de normas penales cuando aparentemente se pueden aplicar varias normas pero una de ellas causa la exclusión de las demás. La hipótesis de partida es que solamente se puede castigar al reo por una de ellas. Las relaciones que pueden presentarse son las siguientes.

En primer lugar, la relación de especialidad se da entre dos o más normas penales, conteniendo una de ellas las notas básicas del tipo (ley general), a la que la otra u otras añaden una o más notas específicas (ley especial). La regla aplicable a este concurso es que la ley especial excluye a la general.

En segundo lugar, la relación de subsidiariedad consiste en que todas las leyes añaden notas distintas e independientes. Existe una ley primaria y otras subsidiarias. Se trata por tanto de conductas distintas pero con un punto de conexión. La regla aplicable es que la ley primaria excluye a las subsidiarias.

Por otra parte, la relación de consunción se verifica cuando la desaprobación de un artículo penal absorbe la reprobación de otro tipo penal, aun protegiendo bienes jurídicos distintos. La regla aquí es que la ley que consume excluye a la ley consumida.

Por último, la relación de alternatividad, supone que existe una doble valoración jurídica para un mismo hecho. La doctrina opina que en tales supuestos habrá que aplicar la ley penal más dura, como contempla el art. 8.4º CP: “(..) 4º *En defecto de los criterios anteriores, el precepto penal más grave excluirá los que castiguen el hecho con pena menor*”.

³² LANDECHO VELASCO C.M. y MOLINA BLÁZQUEZ, C. *Derecho Penal Español. Parte General*, 9ª Edición, Tecnos, 2015, pp. 154-157.

3.1.2 Concurso de delitos³³

Se suele dar concurso de delitos en aquellos supuestos en los que el sujeto, en el momento del juicio, ha cometido varios delitos por los que no ha sido condenado anteriormente.

Existen dos clases de concursos: el real y el ideal. A estos se les une el delito media, el cual se discute si es un tipo de concurso real o ideal.

El concurso real se da cuando el sujeto ha llevado a cabo tantos hechos como delitos: cada acción se corresponde con un delito. En la imposición de la pena, se pueden seguir dos reglas. En primer lugar, la acumulación aritmética, el reo cumple todas las penas que se le ha impuesto, ya sea a la vez, o una tras otra. En segundo lugar, la acumulación jurídica, en el que se establecen límites máximos a las penas de privación de libertad.

Por otra parte, el concurso ideal ocurre cuando un solo hecho constituye dos o más infracciones penales. Como regla general, la pena será la del delito más grave en su mitad superior. No obstante, si dicha mitad superior supusiera una pena más grave que la de la suma de los delitos cometidos, se sancionarán estos delitos separadamente.

El delito medio, la perpetración de un delito para cometer otro, ha sido ampliamente debatido por la doctrina. Mientras los causalistas aprecian un concurso real, los finalistas lo califican como un concurso ideal. De cualquier modo, el legislador lo regula en el art. 77 CP, junto con el concurso ideal, precepto que ha sufrido modificaciones en la reforma operada por la LO 1/2015 en materia del concurso medial. En este sentido, en la Exposición de Motivos de la LO 1/2015 nada se dice sobre el cambio penológico pero la intención subyacente del legislador parece ser que es la de dar al concurso medial un tratamiento más severo que el que se le da al ideal, pero no tanto como el del concurso real.

Efectivamente, previamente a la reforma, el mencionado art. 77 CP preveía la misma solución para el concurso ideal que para el delito medio estableciendo que:

³³ LANDECHO y MOLINA, *Derecho Penal*, cit. pp. 526-527.

“(…) 2. En estos casos se aplicará en su mitad superior la pena prevista para la infracción más grave, sin que pueda exceder de la que represente la suma de las que correspondería aplicar si se penaran separadamente las infracciones. 3. Cuando la pena así computada exceda de este límite, se sancionarán las infracciones por separado”.

Actualmente, el art. 77.3 CP prevé que:

“se impondrá una pena superior a la que habría correspondido, en el caso concreto, por la infracción más grave, y que no podrá exceder de la suma de las penas concretas que hubieran sido impuestas separadamente por cada uno de los delitos. Dentro de estos límites, el juez o tribunal individualizará la pena conforme a los criterios expresados en el artículo 66. En todo caso, la pena impuesta no podrá exceder del límite de duración previsto en el artículo anterior”.

Para la interpretación de este precepto, se puede acudir a la Circular de la Fiscalía General del Estado del 4/2015³⁴, que establece que habrá que seleccionar la infracción más grave, que será aquella con la pena más grave de acuerdo con el art. 33 CP. Se tendrá en cuenta además el grado de participación y ejecución (arts. 62 y 63 CP) así como las eximentes incompletas y el error de prohibición vencible (art. 14.3 CP). Finalmente, esta labor se complementa con la aplicación de las reglas contempladas en el art. 66 CP en relación con las circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal. El resultado constituirá el límite inferior. Por otra parte, el límite superior vendrá dado por la suma de las penas concretas aplicables a cada delito, tras la apreciación de las circunstancias modificativas. Dentro de esa horquilla el habrá de concretarse la pena individualizada, con los criterios del art. 66.1.6º CP. Asimismo, por expresa decisión legislativa, la pena final no podrá superar los límites máximos establecidos en el art. 76 CP, es decir, el triple de la más grave o los límites de veinte, veinticinco, treinta y cuarenta años.

Finalmente, el Tribunal Supremo ha sentado jurisprudencia respecto a la aplicación retroactiva de esta reforma en varias resoluciones. Entre ellas destaca la STS 863/2015 que dice que *“La condena de los recurrentes como autores de un delito de*

³⁴ Circular de la Fiscalía General del Estado del 4/2015, de 13 de julio de 2015 sobre interpretación de la nueva regla penológica prevista para el concurso medial de delitos.

detención ilegal en concurso medial con otro de robo impone la obligación de constatar si la modificación efectuada en esta modalidad concursal puede resultar más favorable para los condenados, a los efectos de su aplicación retroactiva³⁵”.

En cualquier caso, comparando el régimen del concurso ideal y medial, la diferencia no es sustancial. Si el legislador hubiera querido que hubiera una diferencia significativa entre ambos tratamientos, debería haber optado por lo defendido por el CGPJ y Consejo de Estado, imponiendo la pena “*superior en grado*”.

3.2 Uso ilícito de tarjeta bancaria en cajero automático y locales comerciales

En este apartado se analiza el uso de tarjeta de pago por parte de persona no autorizada en cajeros automáticos y locales abiertos al público.

3.2.1 Uso ilegítimo de tarjeta por persona distinta a su titular en cajero automático³⁶

Con la aparición de las primeras tarjetas bancarias en la década de los 60 en España, una parte de la doctrina postulaba que esta conducta era impune, aunque era un sector muy minoritario. La gran mayoría de los autores, aunque divididos, abogaban por la subsunción de estos supuestos en el Código Penal.

Las dos soluciones más extendidas para este caso eran, bien el delito de robo con fuerza en las cosas, asimilando la tarjeta a una llave falsa, o bien el delito de estafa mediante manipulación informática del art. 248.2.a). Una parte de la doctrina también apostaba por tratarlo como un delito de hurto. La primera de las soluciones era la más utilizada por la jurisprudencia, en aplicación de los art. 237, 238.4º y 239 CP. Así, el Tribunal Supremo defendía que:

“el artículo 238 considera reos del delito de robo con fuerza, entre otros, a quienes ejecuten el hecho sirviéndose de llaves falsas. El artículo 239, último párrafo, asimila las tarjetas magnéticas a las llaves convencionales. Y el mismo artículo 238, en su número tercero considera fuerza típica el descubrimiento de las claves de objetos cerrados o sellados para sustraer su contenido. Siendo así,

³⁵ Sentencia del Tribunal Supremo 863/2015, de 30 de diciembre de 2015, FJ 23º.

³⁶ AZCONA ALBARRÁN, C.D., *Tarjetas de pago y Derecho Penal. Un modelo interpretativo del art. 248.2.c) CP*, Atelier, Barcelona, 2012, pp. 149-164.

y teniendo en cuenta los posibles significados del término "acceder" empleado en el artículo 237, hay que entender que la propia ley penal prescribe que actuar como aquí se hizo es una forma de acceso a los bienes que resulta punible a título de robo, pues se accede a un lugar penetrando en su interior o accionando, con empleo de fuerza típica, en este caso mediante llave falsa, un mecanismo que extraiga el contenido de aquél. De este modo, se da la circunstancia de que el acusado se sirvió de una llave falsa en el sentido legal y del descubrimiento de las claves de un objeto cerrado para acceder o llegar a su interior y apoderarse de parte de su contenido, realizando una conducta típica según los artículos 237, 238 y 239 del Código Penal³⁷".

Asimismo, el Tribunal razonaba lo siguiente:

"Acceder procede del latín "accedere", acercarse. Entre los significados del término, según el DRAE, está "entrar en un lugar o pasar a él". Acceso, por su parte, significa "acción de llegar o acercarse" y también "entrada o paso". A su vez, llegar, que es uno de los sinónimos de acceder, tiene entre sus significados "tocar o alcanzar algo". Relacionando la acción que describen dichos términos con el apoderamiento de las cosas que se encuentran en un lugar, debe comprenderse en su significado gramatical tanto el acceso mediante la entrada física en el lugar como la llegada a su interior, y por lo tanto a las cosas que en él se encuentran, mediante la puesta en marcha de un mecanismo que resulte hábil para extraerlas".

Por tanto, la calificación de la extracción de dinero de un cajero ilícitamente con tarjeta ajena como robo derivaba de una interpretación gramatical³⁸.

Sin embargo, una parte de los penalistas consideraban que no se podía llevar a cabo una equiparación sin más de las tarjetas bancarias con "llaves falsas", sobre todo teniendo en cuenta la existencia de cajeros automáticos a pie de calle. Además, se argumentaba que la función principal de la tarjeta no era la apertura sino la de ser un instrumento de legitimación para el ejercicio de derecho de crédito frente a la entidad emisora. Por tanto, ese comportamiento estaba en el ámbito de la estafa, y debía ser

³⁷ Sentencia del Tribunal Supremo 35/2004, de 22 de enero de 2004, FJ 2º.

³⁸ JAVATO MARTÍN, A.M., "Las tarjetas de crédito y débito. Aspectos penales", *cit.* p. 16.

castigado por el art. 248.2.a)³⁹, la estafa informática⁴⁰. Así, el Tribunal Supremo razonaba que:

“la identificación a través del número secreto genera una presunción de uso del sistema por parte de su titular, y por ello, debe incluirse como una modalidad de manipulación informática, a los efectos de aplicar el art. 248.2 el mero hecho de utilizar el número secreto de otro para identificarse ante el sistema, aunque incluso dicho número hubiese sido obtenido al margen de cualquier actividad delictiva. En definitiva, identificarse ante el sistema informático mendazmente, introducir datos en el sistema que no se corresponden con la realidad, ha de ser considerado bajo la conducta de manipulación informática o que se refiere el tipo de la estafa del art. 248.2 CP⁴¹”.

No obstante, a partir de la reforma de 2010 del CP, el nuevo art. 248.2.c) ha facilitado la calificación de estos hechos, abarcando todos los supuestos de operaciones con tarjetas bancarias y cheques de viaje que se lleven a cabo en perjuicio de un patrimonio ajeno y con el correspondiente ánimo de lucro personal. La conducta de un individuo que saca dinero de un cajero mediante tarjeta ajena se enmarcaría perfectamente dentro del ámbito del art. 248.2.c), dado que se está llevando a cabo operaciones en perjuicio del legítimo titular de la tarjeta. Este precepto pone por tanto fin a un intenso debate doctrinal sobre el tema.

Aun así, cabe resaltar que todavía después de la entrada en vigor de LO 5/2010 el Tribunal Supremo ha fallado en alguna ocasión a favor de la apreciación de una estafa informática para supuestos de clonación y posterior utilización de las tarjetas falsificadas. Así, la Sala procede a aplicar *“el actual art. 248.2.a) que atrae al ámbito de la estafa la actividad de quienes “con ánimo de lucro y valiéndose de alguna manipulación informática o artificio semejante, consigan una transferencia no consentida de cualquier activo patrimonial en perjuicio de otro⁴²”.* En este sentido, resulta sorprendente que en la sentencia no se mencione en ningún momento la existencia de un artículo 248.2.c) que

³⁹ Este artículo no ha sufrido modificaciones tras la reforma del CP de 2010.

⁴⁰ MATA y MARTÍN, R. M. *El delito de robo con fuerza en las cosas*. Tirant lo Blanch 1995, [en JAVATO MARTÍN, A.M., “Las tarjetas de crédito y débito. Aspectos penales”, Cuaderno Red de Cátedras Telefónica, Nº 10, Febrero 2013, Cátedra Telefónica de la Universidad de Salamanca, p. 16].

⁴¹ Sentencia del Tribunal Supremo 369/2007, de 9 de mayo de 2007, FJ 7º.

⁴² Sentencia del Tribunal Supremo 172/2013, de 8 de febrero de 2013, FJ 2º.

abarca precisamente el uso de tarjetas bancarias para “*toda clase de operaciones*” y “*en perjuicio de otro*”.

De la misma manera, también destaca el hecho de encontrar todavía ciertas resoluciones en las que se sigue aplicando el delito de robo con fuerza en las cosas a los supuestos de extracción ilegítima de dinero de cajero automático. Este es el caso de la SAP de Valencia del 1 de diciembre de 2014, en la que el Tribunal falla lo siguiente:

“Como sea que se estima que los actos de extracción dineraria realizados en cajeros automáticos por el acusado constituyen un delito de robo con fuerza en las cosas valiéndose de una llave falsa, procede condenarle de conformidad con la petición formulada por el Ministerio Fiscal como autor de un delito continuado de robo con fuerza en las cosas de los artículos 238.4 º, 239 y 240 del Código Penal .Tercero. En consecuencia, y por aplicación de cuanto acaba de indicarse, debe sustituirse la condena por un delito continuado de apropiación indebida, que ahora lo será por un delito continuado de robo con fuerza en las cosas de los artículos 238.4 º, 239 y 240 del Código Penal⁴³”.

En esta resolución se puede ver cómo el Tribunal, a pesar de plantear el debate doctrinal existente en torno a este supuesto, se decanta por la calificación como robo.

En este sentido, JAVATO MARTÍN entiende que sería más adecuado limitarse a aplicar en todos los supuestos de cajeros automáticos el art. 248.2.c), ya que es más específico que el robo con fuerza en las cosas y que la manipulación informática, y en virtud del principio de especialidad del art. 8.1 CP así debería procederse⁴⁴. Esta misma tesis es mantenida por QUINTERO OLIVARES⁴⁵, MARTÍN QUERALT⁴⁶ y AZCONA ALBARRÁN⁴⁷.

⁴³ Sentencia de la Audiencia Provincial de Valencia 832/2014, de 1 de diciembre de 2014, FJ 1º.

⁴⁴ JAVATO MARTÍN, A.M., “Las tarjetas de crédito y débito. Aspectos penales”, *cit.*, p. 17.

⁴⁵ QUINTERO OLIVARES, G. (dir). MORALES PRATS, F. (coord.), *Comentarios al Código Penal. Parte general. Tomo II*, 7ª Edición, Thomsom Aranzadi, 2016, p. 90.

⁴⁶ QUERALT JIMÉNEZ, J.J, *Derecho penal español. cit.*, p. 501.

⁴⁷ AZCONA ALBARRÁN, C.D., *Tarjetas de pago y Derecho Penal, cit*, p. 176.

3.2.2 *Uso ilegítimo de tarjeta por persona distinta a su titular en locales comerciales*⁴⁸

En lo que respecta a la utilización de tarjetas ajenas en locales comerciales, el art. 248.2.c) es también aplicable a estas situaciones, cuando se realiza en perjuicio del titular legítimo de las mismas. No obstante, lo relevante en esta ocasión es que en la operación ya no está solamente el autor y una máquina, sino que ahora intervienen más personas.

El problema surge cuando el comerciante o dependiente hace caso omiso de su obligación de protección al titular de la tarjeta y entidad bancaria, cuando no solicita identificación alguna o lo hace con escasa diligencia. En todo caso, lo común en estos casos es el error generado en el comerciante. Una excepción a este principio es el caso de la connivencia, en el que el propio comerciante favorece el comportamiento delictivo, en general a cambio de un beneficio económico. En estos casos, además del autor del delito del 248.2.c), el comerciante sería considerado cooperador necesario, tal y como se puede ver en la STS 9045/2001⁴⁹.

Por otra parte, debe señalarse que en los casos en los que el TPV⁵⁰ emita algún tipo de documento o recibo que deba ser firmado, se estará incurriendo en un delito de falsedad documental, al ser considerado por la jurisprudencia mayoritaria como documento mercantil. Este delito entrará en concurso entonces con el de estafa, al no poder ser absorbido por el mismo según varias resoluciones de nuestro Tribunal Supremo⁵¹. En los casos en los que la tarjeta utilizada fuera falsificada, se incurriría en un delito del art. 399 bis CP. Para ver en qué apartado de este precepto se enmarcaría el comportamiento ilícito habría que atender a si el que utiliza la tarjeta falsificada ha participado en su falsificación, en cuyo caso sería castigado por el apartado primero de dicho artículo, o si no ha intervenido en la misma, siendo su conducta la descrita en el párrafo tercero del mencionado precepto. Esta problemática se tratará en los siguientes apartados.

⁴⁸ AZCONA ALBARRÁN, C.D., *Tarjetas de pago y Derecho Penal*, cit, pp. 165-172.

⁴⁹ Sentencia del Tribunal Supremo 9045/2001, de 20 de noviembre de 2001.

⁵⁰ Terminal punto de venta, aquel aparato que permite realizar las tareas cotidianas de un comercio tales como el cobro por tarjeta bancaria, emisión de *ticket* de compra, realizar el inventario o generación de informes para la gestión del negocio.

⁵¹ Acuerdo del Pleno no jurisdiccional de la Sala 2ª del Tribunal Supremo de 18 de julio de 2007.

3.3 Cuestiones generales sobre el uso de tarjeta de crédito por persona distinta de su titular

La utilización ilegítima de una tarjeta bancaria en general comienza con su obtención ilícita y esta reviste en la mayoría de los casos caracteres delictivos. Así, la fase precedente al uso de la misma constituirá en la mayoría de los casos un delito de hurto, apropiación indebida o robo con fuerza en las cosas. En cuanto al uso de la tarjeta bancaria por persona no autorizada, a partir de la reforma operada mediante la LO 5/2010, se prevé expresamente el supuesto de uso abusivo de tarjeta bancaria o cheque de viaje en el tipo penal del art. 248.2.c), dejándose de aplicar el delito de estafa tradicional del art. 248.1 CP en virtud del principio de especialidad del art. 8.1 CP⁵².

No obstante, esta distinción carece de relevancia práctica, puesto que el art. 249 CP establece para todas las modalidades del tipo básico de estafa la misma pena. Así, el Código Penal señala una primera diferenciación tomando como punto de partida la cantidad defraudada: si lo defraudado no supera los 400 euros se impone la pena de multa de 1 a 3 meses.

Sin embargo, esta pena podrá elevarse a prisión de entre 3 meses y 3 años, dependiendo del *“importe de lo defraudado, el quebranto económico causado al perjudicado, las relaciones entre éste y el defraudador, los medios empleados por éste y cuantas otras circunstancias sirvan para valorar la gravedad de la infracción”*⁵³.

En aquellos casos en los que el autor de la estafa haya perpetrado previamente un robo, hurto o apropiación indebida para hacerse con la tarjeta, deberá apreciarse un concurso ideal del art. 77.2 CP⁵⁴.

En los epígrafes siguientes se explican las distintas relaciones que pueden darse entre los delitos de estafa con tarjeta bancaria y falsificación y uso de tarjeta falsa.

⁵² Los hechos susceptibles de ser calificados con arreglo a dos o más preceptos de este Código, y no comprendidos en los artículos 73 a 77, se castigarán observando las siguientes reglas: 1.ª El precepto especial se aplicará con preferencia al general (...).

⁵³ Art. 249 p.1 CP.

⁵⁴ Sentencia del Tribunal Supremo 292/2013, de 21 de marzo de 2013, FJ 2º.

3.4 Relación del delito de estafa con tarjetas bancarias del art. 248.2.c) CP y el delito de falsificación del art. 399 bis.1 CP

Ahora supongamos que la estafa se perpetra con una tarjeta falsificada por el propio sujeto que defrauda, conducta penada en el párrafo primero del art. 399 bis CP. En este precepto, se castiga al que “*altere, copie, reproduzca o de cualquier otro modo falsifique tarjetas de crédito o débito o cheques de viaje (...)*”. En este apartado se trata las relaciones apreciadas por los tribunales ante la concurrencia de uso de una tarjeta falsa por el propio sujeto que la ha falsificado.

3.4.1 Análisis jurisprudencial

Con respecto a la clase de concurso de delitos que se establecería en esta situación, el Tribunal Supremo ha venido apreciando un concurso medial, esto es, la comisión de un delito de falsedad como medio para cometer un ilícito de estafa. Cabe recordar, en primer lugar, que los delitos de estafa y falsedad recaen sobre bienes jurídicos distintos y bien diferenciados: mientras que el primero recaer sobre el patrimonio, el segundo se limita a la realidad y buena fe del tráfico jurídico-mercantil, lo cual permite la adecuación de los supuestos que aúnen ambos delitos en la figura del concurso instrumental, convirtiendo la actividad falsaria en un medio necesario para la estafa. En estos casos se recurrirá por tanto a la solución del art. 77 CP.

Este es el caso de un individuo que llevó a cabo compras en establecimientos comerciales utilizando tarjetas falsas en las que figuraba su nombre, anteriormente manipuladas en su soporte e información de su tarjeta magnética con datos de otros titulares⁵⁵.

Por esta misma calificación se decanta la Audiencia Provincial de Barcelona, en la sentencia mencionada *supra*, cuando expone que:

“los hechos relatados son constitutivos de un delito de falsificación de tarjetas de crédito o débito del art 399 bis 1 del Código Penal, en la redacción dada por la L.O. 5/2010, más beneficiosa para el reo, en relación de concurso medial con un delito continuado de estafa del art. 248, 249 y 74 del texto legal citado del que es autor el acusado Jose María, en relación a todas las compras que se enumeran en

⁵⁵ Auto de Tribunal Supremo 470/2013, de 14 de febrero, FJ 1º.

el relato fáctico, pues ya hemos argumentado como él intervino en todas ellas y las tarjetas utilizadas habían sido manipuladas en el soporte y en la información de la banda magnética⁵⁶”.

3.4.2 Conclusión

Se puede comprobar que en este ámbito los Tribunales siguen un criterio común, apreciar un concurso medial, que resulta comprensible dado que la falsificación de una tarjeta parece un paso previo a su uso en comercios y cajeros automáticos.

Asimismo, hay que destacar que los Tribunales han enfatizado en varias ocasiones que el delito de falsificación no es de propia mano, por lo que basta con que la persona haya tenido el dominio funcional de la acción, mientras que otra persona hay sido la autora material del delito.

3.5 Relación del delito de estafa con tarjeta de crédito o cheques de viaje del art. 248.2.c) CP y uso de tarjeta falsa del art. 399 bis.3 CP

En este apartado se pretende llevar a cabo un análisis de lo que ocurre cuando se hace uso de una tarjeta bancaria que además ha sido falsificada, aunque no por el usuario ilegítimo, lo cual pone en relación el delito de estafa que se viene tratando con el del uso de tarjeta falsa.

3.5.1 Análisis jurisprudencial

Como se ha expuesto, al hilo del análisis de los arts. 248.2.c) y 399 bis CP, los dos preceptos recaen sobre el mismo objeto material: tarjetas bancarias o cheques de viaje. No obstante, como resulta de la explicación de ambos tipos, la principal diferencia entre ellos es que en el art. 399.3 bis se da un uso de la tarjeta bancaria o cheque de viaje que ha sido falsificada y el que hace uso de la misma es consciente de ello. En estos supuestos, si el que hace uso de la tarjeta falsa no ha intervenido en la falsificación, incurrirá en el ilícito del art. 399 bis.3 (junto con un delito de estafa del art. 248.2.c)), ya que si ha participado en la falsificación de la misma, estaría cometiendo un delito de estafa

⁵⁶ Sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona 520/2012, de 4 de julio, FJ 2º.

del art. 248.2.c) en concurso con un delito de falsificación de tarjeta del art. 399 bis.1 CP, que se ha analizado en el epígrafe anterior.

La doctrina y jurisprudencia mayoritaria considera que la relación entre el art. 399 bis.3 CP y el art. 248.2.c) es de concurso de normas. Este concurso implica:

“por definición, una unidad valorativa frente al hecho cometido, de suerte que la aplicación de uno solo de los tipos que convergen en la definición del concurso, es más que suficiente para agotar todo el desvalor jurídico-penal que puede predicarse de la infracción. Forma, pues, parte de su fundamento la suficiencia de uno de los preceptos para la correcta y plena valoración jurídico-penal de la conducta. De no acoger las normas concebidas por el legislador para la solución de esos casos de colisión de preceptos penales, se correría el riesgo de incurrir en una doble incriminación del hecho, con la consiguiente quiebra del principio de proporcionalidad⁵⁷”.

En efecto, tal y como sigue razonando nuestro Alto Tribunal, la relación entre los artículos 248.2.c) CP y 399 bis.3 CP

“no es otra que la propia de alternatividad, que se ha de resolver a través de la aplicación del precepto que prevea la pena más grave. En este caso será la del art. 399 bis.3 CP, al castigar la acción con de 2 a 5 años de prisión. Si bien es cierto que algunos autores han matizado el alcance de dicha relación, puntualizando que mientras que el art. 399 bis.3 tipifica aquellas acciones en las que el sujeto activo, a sabiendas de su falsedad, utiliza la tarjeta de crédito o débito en perjuicio de un tercero, el art. 248.2.c) sancionaría aquellos otros casos en los que la utilización de esa tarjeta de crédito o débito se produciría al margen de cualquier falsificación, es decir, en los supuestos en los que el autor ha sustraído o se ha encontrado con un instrumento de pago auténtico pero que no le pertenece⁵⁸”.

En este mismo sentido se razona en la STS 711/2012, al exponer que:

⁵⁷ Sentencia del Tribunal Supremo 971/2011, de 21 de septiembre, FJ 4º, y Sentencia del Tribunal Supremo 330/2014, de 23 de abril de 2014, FJ 7º.

⁵⁸ Sentencia del Tribunal Supremo 971/2011, de 21 de septiembre, FJ 4º, y Sentencia del Tribunal Supremo 330/2014, FJ 7º, de 23 de abril de 2014.

“los hechos probados excluyen, por falta de fundamento probatorio la participación del penado Darío en la falsificación, pero no dejan margen al más mínimo resquicio de duda acerca del conocimiento que éste tenía respecto del carácter falso de las tarjetas de crédito que empleó para lucrarse. De ahí que, por una u otra vía interpretativa, la aplicación del art. 399 bis CP, apartado 3º, resulte obligada, debiendo excluirse por el contrario toda sanción correspondiente al delito de estafa (prisión y multa), por aplicación del art. 8.4 CP⁵⁹”.

No obstante, la Audiencia Provincial de Barcelona se pronuncia en sentido contrario cuando aprecia un concurso medial entre estafa del art. 248.2.c) CP y falsedad del art. 399 bis.3 CP, para el supuesto de utilización de tarjetas bancarias cuya banda magnética y soporte se hallaban alterados. En este sentido, la Audiencia dice lo siguiente:

“en relación al acusado Iván son constitutivos de un delito de uso de tarjetas de crédito o débito del art 399 bis 3 del Código Penal, en la redacción dada por la L.O. 5/2010, más beneficiosa para el reo, en relación de concurso medial con un delito continuado de estafa del art. 248, 249 y 74 del texto legal citado.

No acogemos la calificación por el apartado primero del art 399 bis CP porque no hay prueba alguna que permita situar a este acusado en el proceso de falsificación de las tarjetas, ni tampoco el apartado segundo, que alternativamente propone el Ministerio Fiscal, porque dicho supuesto exige la tenencia de las tarjetas para su distribución o tráfico, distribución que solamente alcanzaría al acusado Jose María, pues todas las tarjetas que poseía Iván iban a nombre de éste. Tampoco hay prueba alguna de que pretendiera transmitirselas a otras personas, pese a que estuvieran a nombre de otro⁶⁰”.

Por tanto, se verifica que no hay una unificación de criterio. Resulta sorprendente en este último caso que el Tribunal aprecie un concurso medial entre ambos preceptos ya que, como se afirma en la STS 711/2012, se podría estar incurriendo en una doble incriminación del hecho. Sin embargo, si las conductas y los bienes jurídicos están claramente diferenciados, nada impediría que se pudiese tratar ambos hechos, la estafa y

⁵⁹ Sentencia del Tribunal Supremo 711/2012, de 26 de septiembre de 2012, FJ 2º.

⁶⁰ Sentencia Audiencia Provincial de Barcelona 520/2012, de 4 de julio de 2012, FJ 2º.

el uso de tarjeta falsificada, como acciones separadas a los que aplicar las reglas del concurso de delitos. Así, el Alto Tribunal ha llegado a dictaminar que no se produce *bis in ídem* en los supuestos en los que *existen (...) conductas claramente definidas, afectantes a bienes jurídicos diferenciados y con sujetos pasivos también singularizados*.

Por otra parte, la Audiencia Nacional aprecia para el caso de una mujer que ha hecho uso de tarjetas falsificadas, mediante el uso de las mismas en los terminales de su establecimiento, un concurso de normas pero no en la modalidad de alternatividad. En este sentido, afirma que *“el uso de las tarjetas falsificadas de este precepto ya absorbe la estafa, pues exige que exista ese uso en perjuicio de otro, característico de la estafa. Se trata por tanto de un tipo complejo que debe penarse conforme al art. 8.3 del CP⁶¹”*. Por tanto la relación aquí es de consunción, siendo la falsificación el precepto que consume a la estafa. La Sala continúa su razonamiento en esta sentencia diciendo que:

“cabría plantearse si cuando lo utilizado fueron tarjetas auténticas sustraídas a sus propietarios, estos hechos no debían entenderse comprendidos en el delito de estafa contemplado en el art. 248 2. c), que castiga a los que utilizando tarjetas de crédito realicen operaciones de cualquier clase en perjuicio de su titular o de un tercero, sin distinguir si son auténticas o falsificadas”.

Finalmente, la Audiencia Nacional termina fallando que:

“teniendo en cuenta que no puede penarse más gravemente a quien utiliza parte de tarjetas auténticas y parte falsificadas, que a quien las utiliza todas falsificadas, porque no existe una mayor antijuridicidad, y que no se recuperaron las tarjetas lo que impide tener la seguridad de que el soporte era el original, en los casos de tarjetas sustraídas, no cabe estimar que en estos hechos el delito del art. 399 bis concurra con un delito de estafa del art. 248.2.c). Así solo debe estimarse la existencia de un delito de uso de tarjetas falsificadas del art. 399 bis.3”.

En consecuencia, la relación que la Audiencia Nacional aprecia en este supuesto no es de alternatividad, sino de consunción, al absorber el delito de uso de tarjeta falsificada al de estafa, afectando ambos tipos a bienes jurídicos distintos. No se da por

⁶¹ Sentencia de la Audiencia Nacional 55/2012, de 25 de junio de 2012, FJ 2º.

tanto un concurso de delitos puesto que la descripción de la conducta de falsificación debe entenderse que comprende todos los elementos de la estafa⁶². En este sentido, el Tribunal afirma que al llevarse a cabo el uso de la tarjeta falsificada en “*perjuicio de otro*” es posible esta absorción.

Asimismo, en este aspecto la doctrina se decanta por la relación de alternatividad, tal y como establece VILLACAMPA ESTIARTE⁶³ y JAVATO MARTÍN⁶⁴.

Por otra parte, en relación con la falsedad o no de las tarjetas bancarias utilizadas, nada dice el art. 248.2.c) sobre si el hecho ilícito tipificado en este precepto ha de recaer sobre tarjetas auténticas o falsificadas. Así autores como AZCONA ALBARRÁN⁶⁵ o QUINTERO OLIVARES⁶⁶ suelen entender que el art. 399 bis.3 recae sobre tarjetas falsas y el art. 248.2.c) sobre tarjetas legítimas. Por su parte, VILLACAMPA ESTIARTE⁶⁷ afirma que este es un claro ejemplo de duplicidad legislativa, puesto que el art. 399 bis.3 está reprochando el uso de ciertos instrumentos de pago, que no sean dinero en efectivo, que ya se castiga en el ámbito de la estafa. Sostiene asimismo que a efectos de una futura reforma legislativa, se debería proceder a la supresión de este tipo penal, aunque coincide con la jurisprudencia mayoritaria en que de acuerdo con las leyes existentes, el conflicto entre ambas normas ha de resolverse de acuerdo con las reglas de la alternatividad del art. 8.4 CP.

3.5.2 *Penalidad*

En cuanto al régimen penológico concierne, el concurso de normas en relación de alternatividad se resuelve aplicando el art. 8.4 CP, que establece que: “(...) 4. *En defecto de los criterios anteriores, el precepto penal más grave excluirá los que castiguen el*

⁶² GÓMEZ TOMILLO, M., *Comentarios al Código Penal 2010*, Lex Nova, Octubre 2010, p.1524.

⁶³ VILLACAMPA ESTIARTE, C., “La falsificación de medios de pago distintos del efectivo en el Proyecto de Ley Orgánica de Reforma del CP de 2007: ¿respetamos las demandas armonizadoras de la Unión Europea?”, en Diario La Ley, nº 6994, 22 de julio de 2008 [en JAVATO MARTÍN, A.M., “Las tarjetas de crédito y débito. Aspectos penales”, Cuaderno Red de Cátedras Telefónica, Nº 10, Febrero 2013, Cátedra Telefónica de la Universidad de Salamanca, p. 26].

⁶⁴ JAVATO MARTÍN, A.M., “Las tarjetas de crédito y débito. Aspectos penales”, Cuaderno Red de Cátedras Telefónica, Nº 10, Febrero 2013, Cátedra Telefónica de la Universidad de Salamanca, p. 27.

⁶⁵ AZCONA ALBARRÁN, C.D., *Tarjetas de pago y Derecho Penal*, cit, p. 172.

⁶⁶ QUINTERO OLIVARES, G. (dir). MORALES PRATS, F. (coord.), *Comentarios al Código Penal*, cit , p. 1244.

⁶⁷ VILLACAMPA ESTIARTE, C., “La falsificación de medios de pago distintos del efectivo en el Proyecto de Ley Orgánica de Reforma del CP de 2007: ¿respetamos las demandas armonizadoras de la Unión Europea?”, en Diario La Ley, nº 6994, 22 de julio de 2008 [en JAVATO MARTÍN, A.M., “Las tarjetas de crédito y débito. Aspectos penales”, Cuaderno Red de Cátedras Telefónica, Nº 10, Febrero 2013, Cátedra Telefónica de la Universidad de Salamanca, p. 26].

hecho con pena menor”. Por consiguiente, en los supuestos de concurrencia de estafa del art. 248.2.c) y uso de tarjeta falsificada del art. 399 bis.3, la pena a aplicar será la de este último delito, al ser mayor que la de la estafa, que se corresponde con prisión de 2 a 5 años.

Por otra parte, en el caso de apreciar un concurso de normas en relación de consunción, se aplicará lo dispuesto en el art. 8.3 CP, que preceptúa que “(...) 3. *a El precepto penal más amplio o complejo absorberá a los que castiguen las infracciones consumidas en aquél*”. Por tanto, se llega a la misma pena aplicable que en el caso anterior, puesto que el uso de tarjeta falsificada consume al delito de estafa. Por tanto, la pena a aplicar sería de 2 a 5 años de prisión, como en el caso anterior.

Finalmente, en el supuesto de apreciación de un concurso medial entre el uso de tarjeta falsificada del art. 399 bis.3 y el art. 248.2.c), la pena a aplicar seguirá la regla prevista en el art. 77.3 CP, explicado *supra*⁶⁸. Dado que la sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona 520/2012 mencionada en el apartado anterior procede del régimen anterior a la reforma operada por la LO 1/2015, al delito medio se le aplicará el mismo régimen penológico que al concurso ideal. Consecuentemente, la pena procedente aquí es la más beneficiosa a elegir entre dos: bien la suma de todos los delitos con sus respectivas circunstancias modificativas, o bien la mitad superior del delito más gravemente penado, que en este caso sería el uso de tarjetas falsificadas. El Tribunal dictamina en esta ocasión que “*para el acusado Iván le resulta más beneficioso determinar la pena de forma conjunta por el concurso medial, porque la mitad superior del delito de uso de tarjetas falsificadas es de tres años y seis meses de prisión, siendo ésta la pena a imponer por el concurso. Si se castigara por separado, le correspondería la pena de dos años de prisión por la falsificación y la pena de un año y nueve meses de prisión por la estafa continuada*⁶⁹”. No obstante, si los hechos hubieran ocurrido a partir del 2015, se habría aplicado el nuevo sistema de cálculo de la pena para el concurso medial, que en general es menos beneficioso para el reo ya que la pena se ha de extender desde la que correspondería al delito más grave en la mitad superior, desde 3 años y 6 meses del uso de tarjeta falsa, hasta el límite máximo de la suma de las penas concretas, siendo el juez el moderador dentro de ese rango.

⁶⁸ Ver apartado 3.5.2.

⁶⁹ Sentencia Audiencia Provincial de Barcelona 520/2012, de 4 de julio, FJ 3º.

Por tanto, lo más favorable para el reo cuando concurre la estafa básica y el uso de tarjeta falsa es la aplicación de las reglas de la alternatividad.

3.6 Relación del delito de estafa agravada con tarjetas bancarias del art. 250 CP con el delito de falsificación del art. 399 bis CP

La situación que ahora se plantea son aquellos supuestos en los que se utiliza una tarjeta bancaria en perjuicio de un tercero, y esta ha sido falsificada, bien por el defraudador (art. 399 bis.1 CP), bien por alguien distinto a él (art. 399 bis.3 CP). Además la operación objeto del delito recae sobre alguno de los elementos delimitados en el art. 250, o se desarrolla en alguna de las circunstancias contempladas en dicho precepto.

En primer lugar se expone el tipo cualificado de estafa del art. 250 CP, para posteriormente analizar la casuística planteada por la jurisprudencia.

3.6.1 Análisis del delito de estafa agravada

El art. 250 CP establece una serie de circunstancias de agravación del delito de estafa. La técnica de castigo española en el ámbito de la estafa es la de construir un tipo básico al que se le añaden cualificaciones. Las consecuencias de esto son fundamentalmente dos: en primer lugar, el tipo básico ha de reunir todos los elementos del delito que necesariamente han de concurrir, mientras que las cualificaciones serán elementos distintos que se añaden pero no podrán sustituir al tipo básico; en segundo lugar, los tipos cualificados pueden suponer la aparición de concursos, ya sea de normas, que se resolverán a su favor por especialidad o consunción, o de delitos, que se podrían evitar con una mejor construcción de la cualificación⁷⁰.

El precepto reza así:

1. El delito de estafa será castigado con las penas de prisión de uno a seis años y multa de seis a doce meses, cuando:

⁷⁰ QUINTERO OLIVARES, G. (dir). MORALES PRATS, F. (coord.), *Comentarios al Código Penal*, cit., pp. 96-97

1.º Recaiga sobre cosas de primera necesidad, viviendas u otros bienes de reconocida utilidad social.

2.º Se perpetre abusando de firma de otro, o sustrayendo, ocultando o inutilizando, en todo o en parte, algún proceso, expediente, protocolo o documento público u oficial de cualquier clase.

3.º Recaiga sobre bienes que integren el patrimonio artístico, histórico, cultural o científico.

4.º Revista especial gravedad, atendiendo a la entidad del perjuicio y a la situación económica en que deje a la víctima o a su familia.

5.º El valor de la defraudación supere los 50.000 euros, o afecte a un elevado número de personas.

6.º Se cometa con abuso de las relaciones personales existentes entre víctima y defraudador, o aproveche éste su credibilidad empresarial o profesional.

7.º Se cometa estafa procesal. Incurren en la misma los que, en un procedimiento judicial de cualquier clase, manipularen las pruebas en que pretendieran fundar sus alegaciones o emplearen otro fraude procesal análogo, provocando error en el juez o tribunal y llevándole a dictar una resolución que perjudique los intereses económicos de la otra parte o de un tercero.

8.º Al delinquir el culpable hubiera sido condenado ejecutoriamente al menos por tres delitos comprendidos en este Capítulo. No se tendrán en cuenta antecedentes cancelados o que debieran serlo.

2. Si concurrieran las circunstancias incluidas en los numerales 4.º, 5.º, 6.º o 7.º con la del numeral 1.º del apartado anterior, se impondrán las penas de prisión de cuatro a ocho años y multa de doce a veinticuatro meses. La misma pena se impondrá cuando el valor de la defraudación supere los 250.000 euros.

La redacción de este artículo es resultado de la ya mencionada reforma del CP operada por la LO 5/2010. Los diversos tipos agravados de estafa desarrollados en este artículo están contruidos en torno a una serie de elementos fácticos que conllevan una

cualificación del contenido del injusto, es decir, un mayor desvalor del resultado. Se trata de elementos determinantes de la cualificación correspondiente que deben ser, no solo conocidos, sino también queridos por el autor.

3.6.1.1 Estafa sobre bienes de primera necesidad, viviendas u otros bienes de reconocida utilidad social

Se deben realizar varias matizaciones en este punto: en primer lugar, la gravedad no se predica de la cantidad del perjuicio, ya que una estafa agravada puede recaer sobre bienes de primera necesidad menos valiosos que el valor de la defraudación del tipo básico; en segundo lugar, la gravedad del daño patrimonial no depende a la situación económica en la que se deja a la víctima del ilícito: para un determinado individuo la estafa sobre su vivienda puede causarle la ruina, mientras que para otra puede ser un daño menor, pero en ambos se apreciaría la agravante del 250.1.1º. Consecuentemente, se puede decir que el daño es grave por cuestiones cualitativas, por la importancia que tienen los objetos sobre los que recae la estafa. En segundo lugar, el tipo no abarca, por no gozar de utilidad social, las segundas viviendas⁷¹. Ha de tratarse necesariamente de la vivienda que constituya el domicilio habitual del perjudicado⁷².

En lo referente a los bienes de primera necesidad, ni el dinero ni los coches se considerarán como tal y tendrán ese carácter solamente aquellas absolutamente necesarias para la vida y salud de las personas. Los medicamentos se entenderán de primera necesidad en relación con los sujetos afectados por el ilícito⁷³.

Esta circunstancia raramente se dará en conjunto con una falsificación dada la imposibilidad de utilizar una tarjeta bancaria para el pago de una vivienda, así como la dificultad de que se utilicen estos instrumentos para la compra de medicamentos necesarios para la vida de la víctima sin receta.

3.6.1.2 Estafa mediante abuso de firma de otro, sustracción, ocultación o inutilización de proceso, expediente, protocolo o documento público u oficial

Supone que el agente rellena un documento con unas condiciones diferentes a las exigidas por el firmante, en ventaja propia y perjuicio ajeno. No obstante, hay supuestos en los que la firma de otro no se obtiene a través del engaño, que es elemento esencial de

⁷¹ Sentencia del Tribunal Supremo 372/2006, de 31 de marzo, FJ 7º.

⁷² Sentencia del Tribunal Supremo 460/2012, de 31 de mayo, FJ 5º.

⁷³ Sentencia del Tribunal Supremo 1307/2006, de 22 de diciembre, FJ 2º.

la estafa, por lo que al no concurrir los elementos para el tipo básico, tampoco podría apreciarse el tipo agravado. Esta clase de supuestos se reconducirán al delito de falsedad.

La utilización de claves bancarias no se considera incluida en este apartado, para aquellos casos en los que se ha obtenido fraudulentamente la clave de acceso por internet⁷⁴.

Esta agravante suele concurrir con la falsificación de documentos, pero no de tarjetas bancarias o uso de tarjetas falsas.

3.6.1.3 Estafa sobre bienes que integren el patrimonio artístico, histórico, cultural o científico

Este delito cumple con lo establecido en el art. 46⁷⁵ de la Constitución Española, por el cual el Derecho Penal tendrá que sancionar cualquier perjuicio causado contra el patrimonio histórico y cultural de los pueblos de España y los bienes que lo integran.

Habrán de entenderse protegidos por este artículo los bienes inventariados o declarados de interés cultural, de acuerdo con la Ley.

De nuevo resulta poco probable la concurrencia de este tipo cualificado con la falsificación o uso de tarjetas bancarias falsas, por la dificultad de uso de estos instrumentos en el comercio de los bienes aquí explicados.

3.6.1.4 Estafa de especial gravedad, atendiendo a la entidad del perjuicio y a la situación económica en que deje a la víctima o a su familia

El precepto presenta dos agravaciones: por un lado, una objetiva, referida al importe defraudado – especial gravedad – y, por otro, una subjetiva, al considerar la situación económica en la que se deja a la víctima o a su familia. De cualquier modo, la agravación es única, a pesar de la conjunción “y” u “o”: la “especial gravedad”, que se determinará por el tribunal de acuerdo a una serie de criterios⁷⁶.

⁷⁴ Acuerdo adoptado en Sala General, por el Pleno de la Sala Segunda, en su reunión de 31 de marzo de 2009 y Sentencia del Tribunal Supremo 556/2009, de 16 de marzo, FJ 8º.

⁷⁵ *Los poderes públicos garantizarán la conservación y promoverán el enriquecimiento del patrimonio histórico, cultural y artístico de los pueblos de España y de los bienes que lo integran, cualquiera que sea su régimen jurídico y su titularidad. La ley penal sancionará los atentados contra este patrimonio.*

⁷⁶ Sentencia del Tribunal Supremo 323/2005, de 11 de marzo de 2005, FJ 1º.

La especial gravedad se fundamenta en el mayor grado de reprochabilidad de la acción, independientemente del perjuicio sufrido por la víctima o la situación económica en la que se deje a ella o a su familia como consecuencia del ilícito. Consecuentemente, para su apreciación habrá de atenderse estrictamente a la cuantía defraudada⁷⁷.

En lo referente a la situación económica de la víctima o su familia, la agravación proviene de la situación en la que queda la víctima por el perjuicio patrimonial. La gravedad se verifica desde el punto de vista personal y subjetivo, teniendo en cuenta la situación patrimonial y los deberes económicos de la víctima consigo misma y su familia. No es necesario que se deje a la víctima en un estado de penuria, siendo una situación patrimonial difícil o insegura, o de cierto agobio o inseguridad suficiente⁷⁸. De no conocer el autor la situación en la que quedan la víctima o su familia no procedería aplicar la agravante del art. 250.1.4º, en aplicación de la regla del art. 14.2 CP.

Esta circunstancia sí es común en los delitos de uso de tarjeta bancaria falsa o falsificación de la misma.

3.6.1.5 El valor de la defraudación supere los 50.000 euros o afecte a un elevado número de personas

Introducido este precepto por LO 5/2010, vino a objetivar y dar seguridad mediante el establecimiento de una cantidad fija, que antes se dejaba al albedrío de la jurisprudencia. El valor relevante es el precio del objeto y no su coste, ya que el primero refleja su equivalencia económica y, por ello, el valor patrimonial de cada cosa en el momento de comisión del ilícito⁷⁹. Asimismo, el valor de la defraudación será el importe de lo defraudado directamente como objeto del delito⁸⁰. Para la aplicación de la agravante no es necesaria la consumación, basta con tener en cuenta el importe de lo que se pretendió defraudar para que concurra este tipo cualificado⁸¹.

En estos supuesto se hacen referencia a dos hipótesis distintas: por un lado, la valoración del daño patrimonial desde la perspectiva de la víctima del mismo y, por otro, se maneja un criterio mixto alternativo, refiriéndose el precepto al valor en términos

⁷⁷ Sentencia del Tribunal Supremo 61/2012, de 8 de febrero de 2012, FJ 1º.

⁷⁸ Sentencia del Tribunal Supremo 1169/2006, de 30 de noviembre de 2006, FJ 3º.

⁷⁹ Sentencia del Tribunal Supremo 433/2010, de 30 de abril de 2010, FJ 2º.

⁸⁰ Sentencia del Tribunal Supremo 358/2009, de 15 de abril de 2009, FJ 3º.

⁸¹ Sentencia del Tribunal Supremo 80/2007, de 7 de febrero de 2007, FJ 3º.

absolutos del perjuicio al patrimonio de la víctima, cuando este supere los 50.000 euros, o bien a una ilícito de macroestafa, si esta afecta a un elevado número de personas.

Al ser dos tipos penales con relación de alternatividad, es suficiente la comisión de uno de los hechos para concurrir el tipo agravado⁸².

A pesar de que el precepto establece una cifra exacta de 50.000 euros para poder apreciar el tipo cualificado, su interpretación no está libre de problemas. Así ocurre cuando el objeto del delito son bienes y no dinero propiamente, los cuales serán susceptibles de valoración de mercado que puede fluctuar, y sobre la que el Tribunal tendrá que pronunciarse, o con la inclusión o no del IVA en el precio de las cosas⁸³.

Este tipo cualificado sí se da en concurrencia con los ilícitos del art. 399 bis.1 y bis.3 CP, sobre todo el de falsificación de tarjetas bancarias.

3.6.1.6 Estafa cometida con abuso a las relaciones personales existentes entre víctima y defraudador, o aproveche este su credibilidad empresarial o profesional

El fundamento del precepto reside en la mayor facilidad para cometer el ilícito si se da una relación de cercanía personal con la víctima y, por ende, el mayor reproche penal que se debe hacer al autor por el abuso de la confianza. En todo caso la relación personal ha de existir entre la víctima y el defraudador. El Tribunal Supremo ha establecido que este subtipo agravado se estructura sobre dos ideas fundamentales: el abuso de las relaciones personales, que supone un grado especial de vinculación entre víctima y autor, y el abuso de la credibilidad empresarial o profesional, que pondría el acento, no en la relación previa entre autor y víctima, sino en las propias cualidades del autor, cuya consideración en el mundo profesional o empresarial hacen que la víctima tome menos precauciones.

Este tipo cualificado no concurre con los delitos de falsificación ni uso de tarjeta falsificada.

⁸² LEFEBVRE, F., *Memento Práctico 2016*, cit. p. 391.

⁸³ QUINTERO OLIVARES, G. (dir). MORALES PRATS, F. (coord.), *Comentarios al Código Penal*. cit. p. 102.

3.6.1.7 Estafa procesal

La STS 1015/2009, define el fraude procesal como “*aquel engaño que se sirve del proceso como medio vehicular o que dentro de él trata de obtener un lucro con daño ajeno, a través de la resolución injusta que por error dicta el Juez; siendo necesario que las maniobras fraudulentas preparatorias del proceso y las que se realicen en su ámbito, posean un grado de verosimilitud suficiente para producir el error razonable del Juez*⁸⁴”. Incurrirán en la misma los que cometan estafa “*con simulación de pleito o empleo de otro fraude procesal*”. La reforma de 2010 introduce una definición más concisa al respecto, estableciendo que se produce estafa procesal cuando se lleva a cabo una manipulación de las pruebas en un procedimiento judicial.

El fundamento reside en el hecho de que no solo se causa un perjuicio a un patrimonio, sino también al funcionamiento regular de la Administración de Justicia mediante el engaño al juez, al que se utiliza como medio para llevar a cabo la defraudación. Parte de la doctrina lo ha llegado a calificar como un delito pluriofensivo.

Esta circunstancia no puede darse junto con el supuesto de falsificación de tarjeta o uso de tarjeta falsa, por razones obvias.

3.6.1.8 Reincidencia

Concorre esta agravante cuando el sujeto ha delinquido y ha sido condenado ejecutoriamente más de tres veces por delito de defraudación. No se tendrán en cuenta los antecedentes cancelados o que deberían haberlo sido. El legislador ha pretendido con la introducción de este precepto que se imponga al autor una pena superior a la que resultaría de la aplicación del art. 66.1.5^a, pero QUINTERO OLIVARES opina que nada indica que los Tribunales estén obligados a proceder de esta manera⁸⁵. No obstante, lo más lógico es pensar que se establecería un concurso de normas entre el 66.1.5^o CP y el art. 250.1.8^o CP en relación de especialidad, a favor del tipo cualificado del art. 250.1.8^o CP, que es un tipo cualificado de estafa.

Este tipo cualificado se puede dar en concurrencia con el delito de falsificación o de uso de tarjeta falsificada, por la relativa frecuencia en la que el sujeto falsificador o el

⁸⁴ Sentencia del Tribunal Supremo 1015/2009, de 28 de octubre de 2009, FJ 3^o.

⁸⁵ QUINTERO OLIVARES, G. (dir). MORALES PRATS, F. (coord.). *Comentarios al Código Penal*. cit. pp.107-108.

que hace uso de tarjeta falsa lleva a cabo el mismo ilícito con sucesivas tarjetas o de forma recurrente.

En cualquier caso, hay que destacar que si concurren algunas de las agravantes genéricas como es la reincidencia (art. 22.8º CP), de acuerdo con AZCONA ALBARRÁN⁸⁶, se tendrán que tener en cuenta en aplicación de las reglas del art. 66 CP sobre la pena establecida en el art. 249 CP. Sin embargo, de recaer el hecho ilícito sobre alguno de los elementos del art. 250 CP, este precepto será la referencia para la aplicación de lo dispuesto en el art. 66 CP. Esto es, la pena más grave de prisión de 1 a 6 años y multa de 6 a 12 meses, frente a la prisión de 2 a 5 años del art. 249 CP. Esto ocurre porque el art. 250 CP establece una serie de tipos cualificados, no circunstancias agravantes. Por ello, si el hecho delictivo incluye circunstancias del art. 22 CP no tomadas en cuenta para calificar los hechos conforme al tipo cualificado del art. 250 CP, entrará en aplicación lo dispuesto en el art. 66 CP. De lo contrario, si se ha tenido en cuenta una circunstancia para calificar el tipo, no podrá utilizarse la misma como agravante del art. 22 CP.

3.6.2 Estafa agravada y falsificación de tarjetas

La Audiencia Nacional ha afirmado que la relación entre ambos preceptos es de concurso ideal. Así, en un supuesto de extradición de una ciudadana procedente de la República Popular de China por el delito de falsificación de tarjetas, el Tribunal afirma que *“los hechos, como señala el auto impugnado, pueden constituir en nuestra legislación un delito de falsificación de tarjetas en concurso ideal con otro de estafa agravada por la gravedad de la cuantía (art. 399 bis y 248 y 250.5 CP)⁸⁷”*.

Ciertamente la diferencia de criterio respecto al seguido en la concurrencia del art. 248.2.c) CP y 399 bis.1 CP, que es de concurso medial, tiene relevancia práctica.

En el concurso medial entre el art. 248.2.c) CP y el art. 399 bis.1 CP se sigue el régimen del nuevo art. 77.3 CP, que establece el cálculo de un límite máximo, suma de las penas concretas, y un límite mínimo, la pena prevista para la infracción más grave con circunstancias modificativas. El límite máximo viene dado por: el delito más grave de falsificación, prisión de 4 a 8 años, imponiendo por ejemplo prisión de 6 años; el delito menos grave, estafa básica, prisión de 6 meses a 3 años, de la que se impone prisión de 2

⁸⁶ AZCONA ALBARRÁN, C.D., *Tarjetas de pago y Derecho Penal*, cit., pp. 227-228.

⁸⁷ Auto de la Audiencia Nacional 1/2017, de 13 de enero de 2017, FJ 5º.

años y 6 meses. La suma total sería 8 años y 6 meses. El límite mínimo vendría dado por la infracción más grave, falsificación, con prisión de 6 a 8 años, de la que se impone por ejemplo prisión de 7 años. La horquilla en la que se moverá el juez será, por tanto, prisión de 7 años a 8 años y 6 meses.

Por otro lado, en el concurso ideal existente entre el art. 250.1.5° CP y el art. 399 bis.1, el cálculo de la pena se lleva a cabo conforme a las normas del art. 77 CP en su apartado segundo, es decir, *“que se aplicará en su mitad superior la pena prevista para la infracción más grave, sin que pueda exceder de la que represente la suma de las que correspondería aplicar si se penaran separadamente las infracciones. Cuando la pena así computada exceda de este límite, se sancionarán las infracciones por separado”*. Por tanto, la pena a tomar en cuenta sería la del delito de falsificación en su mitad superior, por ser más grave, prisión de 6 a 8 años.

Como se puede comprobar, el límite superior en el caso de concurso medial es de 8 años y 6 meses, frente a los 8 años del concurso ideal. En consecuencia, se concluye que el régimen aplicado a la estafa agravada y falsificación es más favorable al reo que el utilizado para la estafa básica en concurrencia con una falsificación.

Asimismo, la Audiencia, en esa misma resolución, llega a admitir que los hechos se podrían calificar de delito de estafa continuado del art. 74 CP, exponiendo que *“hay una calificación alternativa como estafa continuada, atendiendo a los propios argumentos de la recurrente, cuando recuerda cada hecho y el importe de la defraudación, en atención a la existencia de un plan preconcebido con pluralidad de actos que ofenden a varios sujetos e infringen la misma norma penal”⁸⁸*

De este modo, de acuerdo con el mencionado art. 74.2 previsto para infracciones patrimoniales, *“Si se tratare de infracciones contra el patrimonio, se impondrá la pena teniendo en cuenta el perjuicio total causado. En estas infracciones el Juez o tribunal impondrá motivadamente, la pena superior en uno o dos grados, en la extensión que estime conveniente si el hecho revistiere notoria gravedad y hubiere perjudicado a una generalidad de personas”*. Por consiguiente, el régimen punitivo sería más desfavorable en este último supuesto, ya que la pena podría extenderse en uno o dos grados respecto

⁸⁸ Auto de la Audiencia Nacional 1/2017, de 13 de enero de 2017, FJ 5°.

de la pena establecida por ley para el delito más grave, cuyo límite superior constituye el máximo infranqueable en el concurso ideal.

3.6.3 Estafa básica, estafa agravada y falsificación de tarjeta, con la concurrencia de circunstancias modificativas

Asimismo, resulta interesante estudiar la STS 836/2016, que pone en relación el delito de falsificación de tarjetas, estafa y la agravante de reincidencia. En este caso, un individuo es condenado por la Audiencia Provincial como autor del delito de falsificación de tarjetas de crédito en concurso con uno de estafa, con la concurrencia de la agravante de reincidencia. El sujeto es reincidente según la sentencia puesto que “*había sido condenado por la que adquirió firmeza el 20 de enero de 2010 y que dictó la Sección Segunda de la Audiencia Nacional en el sumario 8/2009, como autor de un delito de falsificación de moneda, a la pena de 2 años de prisión y como autor de un delito de estafa a la de 1 año de prisión*⁸⁹”. El Tribunal aplica a este caso la agravante contemplada en el art. 66.1.3^o CP, frente al tipo cualificado de estafa del art. 250.1.8^o. La razón es que los delitos cometidos anteriormente por el sujeto no pertenecen todos al mismo Capítulo VI del Título XIII de la estafa, sino que se le condenó también por un delito de falsificación, que se halla contemplado en el Capítulo II del Título XVIII. Por ello, no procede en este supuesto la aplicación del tipo agravado de estafa del art. 250.1.8^o CP.

Ciertamente, y aunque en la resolución escogida no se plantea, la diferencia en cuanto a penalidad se refiere entre apreciar el tipo agravado o la circunstancia agravante del 66.1.3^o CP no es baladí. En efecto, de concurrir el art. 250.1.8^o CP con el de falsificación del art. 399 bis.1 CP se establecería un concurso ideal, tal y como se ha visto⁹¹, que se resolverá con la regla del 77.3 CP. Por tanto, el cálculo de la pena se llevaría a cabo aplicando *en su mitad superior la pena prevista para la infracción más grave*. Así, la falsificación es la más grave puesto que mientras que tipo agravado de estafa prevé una pena de prisión de 1 a 6 años y multa de 6 a 12 meses, el de falsificación establece una pena de prisión de 4 a 8 años. Consecuentemente, se utilizaría esta última para el cálculo de la pena en su mitad superior, de 6 a 8 años.

⁸⁹ Sentencia del Tribunal Supremo 836/2016, de 4 de noviembre de 2016, FH 1^o.

⁹⁰ (...) 3. “*Cuando concurra sólo una o dos circunstancias agravantes, aplicarán la pena en la mitad superior de la que fije la ley para el delito (...)*.”

⁹¹ Ver apartado 3.6.2.

Por otra parte, si concurre el delito de estafa básica con falsificación de tarjetas, en concurso medial⁹², y se aprecia asimismo la agravante del art. 66.1.3º, la pena impuesta por el juez habría de estar dentro de una horquilla calculada de acuerdo con los criterios del art. 77.3 CP, que contempla el nuevo régimen relativo al concurso medial.

Así, el límite máximo sería la suma de las penas: el delito menos grave de estafa con una pena de prisión de 6 meses a 3 años en su mitad superior (art. 249 CP en relación con el art. 66.1.3º CP), 1 año y 9 meses a 3 años, de la que se impone por ejemplo prisión de 2 años y 6 meses.; y el delito más grave, de falsificación, que castiga con de prisión de 4 a 8 años en su mitad superior (art. 399 bis.1 CP en relación al art. 66.1.3º CP), 6 a 8 años, de la que se impone prisión de 7 años. La suma sería 9 años y 6 meses, constituyendo el límite máximo que no se puede sobrepasar.

El cálculo del límite mínimo pasaría también por aplicar las reglas del concurso medial del art. 77.3 CP, según el cual se tomaría la pena del delito más grave, con circunstancias modificativas, en este caso la de falsificación de 6 a 8 años de prisión. Tomamos por ejemplo 7 años. Por tanto, 7 años y 1 día sería el límite mínimo de la pena.

Finalmente, el juez decidirá en este rango de acuerdo con los criterios previstos en el art. 66.1.6º CP, la gravedad de ambos hechos y las circunstancias del autor. No deberá tener en cuenta las circunstancias específicas del art. 66 CP, puesto que estas ya han sido tenidas en cuenta para la determinación de las penas concretas y, de volver a considerarlas se estaría incurriendo en un *bis in ídem*⁹³. Su decisión final habrá de estar dentro de la horquilla que va desde los 7 años, umbral que debe ser excedido, hasta los 9 años y 6 meses.

Antes de la reforma del concurso medial operada en 2015 por la LO 1/2015, se habría aplicado lo previsto en el antiguo art. 77.2 CP, siendo el límite máximo la pena prevista para el delito más grave en su mitad superior, idéntico al tratamiento del concurso ideal. Consecuentemente, en el régimen anterior se tomaría como referencia la prisión de 6 a 8 años.

⁹² Ver apartado 3.4.

⁹³ Circular de la Fiscalía General del Estado del 4/2015, de 13 de julio de 2015 sobre interpretación de la nueva regla penológica prevista para el concurso medial de delitos, pp. 17-18.

Por tanto, se verifica cómo la pena es sustancialmente más desfavorable en el nuevo régimen normativo del delito medio, al ser el límite máximo de prisión de 9 años y 6 meses, en el concurso ideal de estafa agravada y falsificación, frente a los 8 años, en el supuesto de concurso medial entre estafa básica y falsificación de tarjeta bancaria con reincidencia del art. 66.1.3º CP.

Asimismo, destacar que la relación entre la estafa agravada del art. 250 CP y el art. 66.1.5º CP es de concurso de normas en relación de especialidad, y que los Tribunales deberán optar por la aplicación del tipo cualificado⁹⁴.

3.6.4 Estafa agravada y uso de tarjetas falsificadas

El Tribunal Supremo se ha decantado por el concurso de normas, semejante a lo que ocurría con el tipo de estafa básica y el uso de tarjeta falsa⁹⁵, cuando expone que:

“Cuando la tarjeta falsificada se utiliza efectivamente para intentar adquirir con ella algún bien, nos encontramos ante un concurso medial o instrumental, entre el delito de falsificación y el delito patrimonial correspondiente. Cuestión diferente sería si el concurso se produjese entre la estafa y el párrafo tercero, en cuyo caso nos encontraríamos ante un concurso de normas. Pues, bien, este concurso de normas, entre tal delito y el delito de estafa agravada del art. 250.1.5º del Código Penal, como es el caso, por haberse llevado a efecto una defraudación por encima de 50.000 euros, pero sin continuidad en tal precepto agravado, pues ninguna de las defraudaciones superan por sí misma, tal cifra), (...) debe resolverse por el cauce de la alternatividad, a tenor de lo dispuesto en el art. 8.4º del propio Código, y no de especialidad, ya que carece de cualquier sentido privilegiar una estafa mediante la utilización de tarjeta de crédito falsificada que la generada mediante otro medio engañoso⁹⁶”.

Por consiguiente, en aplicación de las reglas de la alternatividad, se aplicaría la pena de delito más grave, la del delito de estafa agravada, que establece una pena de prisión con un límite superior de 6 años, frente a los 5 años del delito de uso de tarjeta

⁹⁴ Ver página 34, párrafo 2º.

⁹⁵ Ver apartado 3.5.

⁹⁶ Sentencia del Tribunal Supremo 998/2016, de 1 de enero de 2016, FJ 4º.

falsa. La diferencia pues con el concurso ideal de delitos es que en este último se aplicará esa misma pena pero necesariamente en su mitad superior.

3.6.5 Estafa agravada, falsificación de tarjeta de crédito y uso de tarjeta falsificada con la concurrencia de circunstancias modificativas

En un supuesto en el que un sujeto falsifica una serie de tarjetas bancarias, para luego hacer uso de las mismas en establecimientos comerciales de lujo y cajeros automáticos, estaríamos ante la concurrencia de una estafa del art. 248.2.c) CP, con una falsificación del art. 399 bis.1 CP y un uso de tarjeta falsificada del art. 399 bis.3 CP. Además, si la cuantía defraudada es más de 50.000 euros, si lo que se ha hecho es falsificar numerosas tarjetas de distintos titulares, y el autor es reincidente, entraría en aplicación el tipo agravado de la estafa del art. 250.1.5° CP, con la circunstancia agravante de reincidencia contemplada en el art. 66.1.5° CP.

En primer lugar, entre el art. 399 bis.3 CP y 399 bis.1 CP se da una relación de concurso de normas que se resolvería en favor del apartado primero. Por otra parte, entre el 399 bis.1 CP y la estafa agravada del 250.1.8° CP se daría un concurso ideal⁹⁷ de delitos, al que habría que añadir la circunstancia modificativa 5° del art. 66.1 CP.

La pena por tanto se calcularía con las reglas del concurso ideal entre los arts. 250.1.5° CP y 399 bis.1 CP, junto con la apreciación de la agravante de reincidencia del art. 66.1.5° CP⁹⁸. De este modo, se recurre al art. 77.2 CP para el cálculo de la pena.

Así, el límite superior sería la suma de las penas concretas: la pena superior en grado al delito menos grave de estafa agravada con una pena de prisión de 1 año a 6 años (art. 249 CP en relación con el art. 66.1.5° CP), prisión de 6 a 9 años de la que se impone por ejemplo prisión de 7 años; y la pena superior en grado del delito más grave, de falsificación, que castiga con de prisión de 4 a 8 años (art. 399 bis.1 CP en relación al art.

⁹⁷ Ver apartado 3.6.2.

⁹⁸ (...) 5. ^a Cuando concurra la circunstancia agravante de reincidencia con la cualificación de que el culpable al delinquir hubiera sido condenado ejecutoriamente, al menos, por tres delitos comprendidos en el mismo título de este Código, siempre que sean de la misma naturaleza, podrán aplicar la pena superior en grado a la prevista por la ley para el delito de que se trate, teniendo en cuenta las condenas precedentes, así como la gravedad del nuevo delito cometido.

A los efectos de esta regla no se computarán los antecedentes penales cancelados o que debieran serlo (...).

66.1.5° CP), 8 a 12 años, de la que se impone prisión de 9 años. La suma sería 16 años, constituyendo el límite máximo que no se puede sobrepasar.

Para el cálculo del límite inferior, se toma la pena del delito más grave, con circunstancias modificativas, en este caso la de falsificación de 6 a 8 años de prisión. Apreciando la agravante del art. 66.1.5 CP, se podría subir la pena en un grado, quedando en prisión de 8 a 12 años. Tomamos por ejemplo 8 años. Por tanto, 8 años y 1 día sería el límite mínimo de la pena.

Finalmente, será el juez el que decida dentro del rango de prisión de 8 años y 1 día a 16 años, de acuerdo con los criterios previstos en el art. 66.1.6° CP.

Por tanto, como se puede apreciar, cuando concurren varias circunstancias agravantes previstas en el art. 250 CP, junto con un delito de falsificación de tarjetas, una de ellas cualifica el tipo, estafa agravada, y otra puede suponer el aumento de la pena en un grado en aplicación de las reglas del art. 66 CP.

4. CONCLUSIONES

Tras la elaboración de este trabajo se han alcanzado las siguientes conclusiones.

En primer lugar, debe resaltarse la importancia de unificar el criterio a seguir respecto de los concursos que se plantean entre los delitos de estafa y los de uso de tarjeta falsa y falsificación. Como se ha visto, y sobre todo a consecuencia de la reforma introducida en 2015 en materia de concurso medial, la calificación de un concurso como ideal o como medial puede suponer en ocasiones una diferencia muy relevante en la pena concreta. Por tanto, es necesario que la jurisprudencia adopte una postura clara al respecto.

En segundo lugar, parece que la apreciación de concurso medial está reservada para los supuestos en los que concurre una falsificación del art. 399 bis.1 CP y estafa con esa misma tarjeta falsa. Efectivamente, no carece de sentido que se falsifique o clone una tarjeta para luego hacer uso de la misma.

De la misma manera, el tratamiento de los Tribunales para la concurrencia de estafa del art. 248.2.c) CP y uso de tarjeta falsa del art. 399 bis.3 es de concurso de normas en relación de alternatividad. La postura parece de lo más adecuada, puesto que el delito del art. 399 bis.3 y el del 248.2.c) CP son semejantes entre sí. Así, mientras el primero castiga el uso de una tarjeta falsa cuyo usuario es consciente de ello aunque no ha participado en su falsificación, en el segundo precepto, el usuario no sabe que la tarjeta es falsificada, si es que lo es. El delito más grave, el de uso de tarjeta falsa, absorbería el desvalor de la estafa, puesto que el art. 399 bis.3 ya contiene los elementos del art. 248.2.c) CP, a los que se les añade un elemento más: la falsedad de la tarjeta y el conocimiento de ello por el autor. Consecuentemente, de concurrir ambos en un mismo autor, castigando por el uso de tarjeta falsa ya se está reprochando todo lo posible al sujeto.

En tercer lugar, en los supuestos de concurrencia de estafa agravada del art. 250 CP y falsificación de tarjeta bancaria del art. 399 bis.1 CP, se apreciará un concurso ideal, mientras que en los casos de estafa agravada y uso de tarjeta falsa que no ha falsificado el autor del art. 399 bis.3 CP se dará un concurso de normas en relación de alternatividad a favor de la estafa agravada.

Por otra parte, hay que resaltar que entre la estafa agravada y las circunstancias contempladas del art. 66 CP hay un concurso de normas en relación de especialidad, a favor del tipo cualificado de estafa.

Finalmente, cabe decir que la calificación de los supuestos de uso de tarjeta bancaria ajena en cajero automático ha sido objeto de continua evolución, pero el debate no ha llegado a su fin. Nuevos delitos surgirán cada vez que la tecnología diseñe un nuevo método de pago. Así, se cree que las tarjetas de crédito en la modalidad de *contactless* será lo próximo que inunde nuestros Tribunales, puesto que no requieren de número PIN o identificación alguna para realizar las transacciones de menos de 20 euros. En este sentido, ya se ha logrado pagar en un TPV en Madrid con una tarjeta de crédito situada físicamente en Nueva York⁹⁹. Por consiguiente, no se puede descartar nuevos ataques y formas de vulnerar la esfera privada y el patrimonio de los individuos, para los que el Derecho Penal tendrá que idear nuevas soluciones.

⁹⁹ MOLIST, M. “Por qué las nuevas tarjetas 'contactless' no son tan seguras como crees”, *El Confidencial*, 28 de marzo de 2016. (Disponible en: http://www.elconfidencial.com/tecnologia/2016-03-28/tarjetas-contactless-debito-seguridad-bancos_1173539/; Última consulta el 31 de marzo de 2017).

5. BIBLIOGRAFÍA

ANTÓN ONECA, J. “Estafa”, *Nueva Enciclopedia Jurídica*, Barcelona, 1958, pp. 56-90.

AZCONA ALBARRÁN, C.D., *Tarjetas de pago y Derecho Penal. Un modelo interpretativo del art. 248.2.c) CP*, Atelier, Barcelona, 2012.

BRANDARIZ GARCÍA, J.A., “Falsificación de tarjetas de crédito y débito y cheques de viaje (art. 399 bis)”, Universidad de A Coruña, 2010, p. 1.

COBO DEL ROSAL, M. et al., *Comentarios al Código Penal, Segunda época, Tomo XII, Libro II: Título XVIII, de las falsedades (Arts. 386 al 403)*, Dykinson, Madrid, 2011.

JAVATO MARTÍN, A.M., “Las tarjetas de crédito y débito. Aspectos penales”, *Cuaderno Red de Cátedras Telefónica*, Nº 10, Cátedra Telefónica de la Universidad de Salamanca, 2013.

LANDECHO VELASCO, C.M. y MOLINA BLÁZQUEZ, C. *Derecho General Español. Parte General*, 9ª Edición, Tecnos, 2015.

LEFEBVRE, FRANCIS, *Memento Penal Económico y de la empresa, Memento Práctico 2011-2012*, Ediciones Francis Lefebvre, Madrid, 2011.

LEFEBVRE, FRANCIS, *Memento Penal, Memento Práctico 2016*, Ediciones Francis Lefebvre, Madrid, 2016.

MARIÑO LÓPEZ, A., “Responsabilidad Contractual por utilización indebida de tarjeta de crédito”, Universidad Autónoma de Barcelona, 2003.

MORÓN LERMA, E. y RODRÍGUEZ PUERTA, M.J. “La clonación de tarjetas bancarias (art. 399 bis)”, en COBO DEL ROSAL, M. (dir.), *Comentarios al Código Penal, Segunda época, Tomo XII, Libro II: Título XVIII, de las falsedades (Arts. 386 al 403)*, Dykinson, Madrid, 2011.

ROMEO CASABONA, C., “Delitos cometidos con la utilización de tarjetas de crédito, en especial en cajeros automáticos”, *Nuevo Foro Penal*, Nº52, Abril 1991, pp. 109-132.

SILVA SÁNCHEZ J.M. (dir) y PASTOR MUÑOZ N. (coord.), *El nuevo Código Penal. Comentarios a la reforma*, Editorial La Ley, Madrid, 2012.

QUERALT JIMÉNEZ, J.J, *Derecho penal español. Parte Especial, 6º edición revisada y actualizada*, Atelier, Barcelona, 2010.

QUINTERO OLIVARES, G. (dir). y MORALES PRATS, F. (coord.), *Comentarios al Código Penal. Parte general. Tomo II*, 7ª Edición, Thomsom Aranzadi, 2016.

6. JURISPRUDENCIA CONSULTADA

6.1 Tribunal Supremo

Sentencia del Tribunal Supremo 998/2016, de 17 de enero de 2016.

Sentencia del Tribunal Supremo 836/2016, de 4 de noviembre de 2016.

Sentencia del Tribunal Supremo 4773/2016, de 4 de abril de 2016.

Sentencia del Tribunal Supremo 863/2015, de 30 de diciembre de 2015.

Sentencia del Tribunal Supremo 330/2014, de 23 de abril de 2014.

Sentencia del Tribunal Supremo 292/2013, de 21 de marzo de 2013.

Sentencia del Tribunal Supremo 172/2013, de 8 de febrero de 2013.

Auto de Tribunal Supremo 470/2013, de 14 de febrero de 2013.

Sentencia del Tribunal Supremo 460/2012, de 31 de mayo de 2012.

Sentencia del Tribunal Supremo 711/2012, de 26 de septiembre de 2012.

Sentencia del Tribunal Supremo 61/2012, de 8 de febrero de 2012.

Sentencia del Tribunal Supremo 971/2011, de 21 de septiembre de 2011.

Sentencia del Tribunal Supremo 433/2010, de 30 de abril de 2010.

Sentencia del Tribunal Supremo 1015/2009, de 28 de octubre de 2009.

Sentencia del Tribunal Supremo 358/2009, de 15 de abril de 2009.

Acuerdo adoptado en Sala General, por el Pleno de la Sala Segunda, en su reunión de 31 de marzo de 2009.

Sentencia del Tribunal Supremo 556/2009, de 16 de marzo de 2009.

Sentencia del Tribunal Supremo 663/2009, del 30 de mayo de 2009.

Acuerdo del Pleno no jurisdiccional de la Sala 2ª del Tribunal Supremo de 18 de julio de 2007.

Sentencia del Tribunal Supremo 369/2007, de 9 de mayo de 2007.

Sentencia del Tribunal Supremo 80/2007, de 7 de febrero de 2007.

Sentencia del Tribunal Supremo 1307/2006, de 22 de diciembre de 2006.

Sentencia del Tribunal Supremo 1169/2006, de 30 de noviembre de 2006.

Sentencia del Tribunal Supremo 372/2006, de 31 de marzo de 2006.

Sentencia del Tribunal Supremo 323/2005, de 11 de marzo de 2005.

Sentencia del Tribunal Supremo 35/2004, de 22 de enero de 2004.

Sentencia del Tribunal Supremo 948/2002, del 8 de julio de 2002.

Sentencia del Tribunal Supremo 9045/2001, de 20 de noviembre de 2001.

6.2 Audiencia Nacional

Auto de la Audiencia Nacional 1/2017, de 13 de enero de 2017.

Sentencia de la Audiencia Nacional 55/2012, de 25 de junio de 2012.

6.3 Audiencias Provinciales

Sentencia de la Audiencia Provincial de Valencia 832/2014, de 1 de diciembre de 2014.

Sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona 520/2012, de 4 de julio de 2012.

7. LEGISLACIÓN CONSULTADA

Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal, antes de la reforma de 2010.

Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal, tras la reforma de 2010.

8. RECURSOS DE INTERNET

BNP PARIBAS y CAPGEMINI. “World Payments Report 2015”. (Disponible en: <https://www.worldpaymentsreport.com/download>; Última consulta el 19 de febrero de 2017).

CARBALLO CUERVO, M.A., “De la falsificación de moneda y tarjeta de crédito”.

(Disponible en:

https://www.fiscal.es/fiscal/PA_WebApp_SGNTJ_NFIS/descarga/Ponencia%20Sr%20Carballo%20Cuervo.pdf; Última consulta el 7 de abril de 2017).

MOLIST, M. “Por qué las nuevas tarjetas ‘*contactless*’ no son tan seguras como crees”, *El 3.Confidencial*, 28 de marzo de 2016. (Disponible en: http://www.elconfidencial.com/tecnologia/2016-03-28/tarjetas-contactless-debito-seguridad-bancos_1173539/; Última consulta el 31 de marzo de 2017).

RIVES SEVA, A.P. “El delito de estafa en la jurisprudencia del Tribunal Supremo”, Vlex España, Barcelona, 2013. (Disponible en: <https://app.vlex.com/#sources/11257>; Última consulta el 22 de marzo de 2017).

RUIZ, L. R. *Uso ilícito y falsificación de tarjetas bancarias*. Revista de Internet, Derecho y Política. UOC, 2006. (Disponible en: <http://www.uoc.edu/idp/3/dt/esp/ruiz.pdf>; Última consulta el 22 de marzo de 2017).

9. OTRAS FUENTES

Circular de la Fiscalía General del Estado 4/2015, de 13 de julio de 2015 sobre interpretación de la nueva regla penológica prevista para el concurso medial de delitos.

Circular de la Fiscalía General del Estado 1/2011 sobre la reforma Código Penal operada por Ley Orgánica 5/2010 de 22 de junio.