

Consulta 3/2001, de 10 de mayo, sobre la calificación jurídico-penal de la utilización, en las cabinas públicas de teléfonos, de instrumentos electrónicos que imitan el funcionamiento de las legítimas tarjetas prepago.

I

La reciente proliferación y extensión por todo el territorio nacional de tarjetas que incorporan circuitos electrónicos integrados, fabricados con la finalidad de suplantar el uso de las legítimas y auténticas tarjetas prepago que pone a disposición del consumidor la compañía Telefónica, unidas a las dificultades que plantea la correcta calificación en el plano jurídico-penal de la conducta consistente en su utilización en las cabinas públicas con el fin de realizar llamadas sin coste alguno para el usuario, extremos todos ellos que con acertado criterio expone la Fiscalía consultante, justifican la oportunidad de la presente Consulta.

Para abordar el tema con el debido rigor es preciso, en primer lugar, explicar con detalle cuáles son los métodos de elaboración y los mecanismos de actuación de estas tarjetas de fabricación clandestina. Se trata, por lo general, de un soporte de plástico (puede ser una tarjeta ya usada o cualquier otro soporte de similares dimensiones) al que se incorpora un peculiar circuito integrado que, según los informes periciales elaborados al respecto y que cita la Fiscalía consultante, consiste en «un circuito formado por dos series de tres contactos que se comunican, mediante unos filamentos, con un chip de 11 × 7 mm., aproximadamente», en el que «el dispositivo electrónico que incorpora ofrece un comportamiento idéntico al de las tarjetas auténticas. Mediante un programa grabado en el chip se proporcionan las órdenes oportunas al dispositivo del teléfono, validando los datos correspondientes como las claves y los códigos necesarios, así como la cantidad equivalente en pesetas disponible durante la llamada. Dicha cantidad suele ser la máxima utilizada en las tarjetas originales (2.100 ptas.), cantidad que el programa del chip regenera automáticamente una vez consumida, lo que permite una utilización prácticamente ilimitada de la misma en una o en múltiples llamadas». Estas tarjetas se fabrican en laboratorios clandestinos, que disponen de sofisticados medios informáticos, y son productos altamente cotizados en el mercado también clandestino que genera su alquiler y venta.

II

Una primera cuestión que plantea la Fiscalía consultante es la de si esta conducta podría ser incardinable en el tipo penal de falsificación de moneda (art. 386 CP), habida cuenta de la equiparación que el art. 387 CP hace de las tarjetas de crédito y de débito con la moneda stricto sensu. Dicho con otras palabras, hay que preguntarse si las tarjetas prepago de la compañía Telefónica son o no tarjetas de crédito o de débito. Y la respuesta ha de ser, coincidiendo con la opinión de la Fiscalía consultante, necesariamente negativa, ya que la emisión de la tarjeta (ya sea de crédito o de débito) se basa en ambos casos en la existencia de un contrato subyacente, muy distinto de aquel en virtud del cual se adquiere una tarjeta prepago. En el caso de la tarjeta de crédito, el emisor de la tarjeta concede un crédito a su

titular que le permite disponer en sus pagos hasta un determinado límite sin necesidad de anticipar el dinero, lo que obviamente no sucede en la tarjeta prepago, que como su propio nombre indica se obtiene previo pago de la cantidad de dinero correspondiente. En el caso de la tarjeta de débito, el emisor de la tarjeta permite al titular realizar una serie de pagos con cargo a un depósito de dinero previamente constituido (por lo general una cuenta bancaria) y hasta el límite de dinero disponible en dicho depósito en cada momento, lo que tampoco sucede en la adquisición de la tarjeta de Telefónica, que se obtiene mediante el pago de una cantidad que el comprador entrega en concepto de precio (por la utilización de los servicios que la compañía presta para realizar llamadas, durante un determinado tiempo y hasta el límite máximo de la cantidad entregada) y no para constituir un depósito de dinero con cargo al cual pueda ir realizando las llamadas, lo cual le permitiría entre otras cosas poder retirar del depositario la cantidad de dinero no utilizada, algo evidentemente impensable cuando se adquiere una de estas tarjetas. Además y para disipar definitivamente cualquier género de duda, hay que tener presente que tanto la tarjeta de crédito como la de débito son siempre documentos nominativos, personalísimos e intransferibles, al contrario de la tarjeta prepago, que puede ser objeto de ulterior transmisión y en consecuencia utilizada por cualquier usuario, sea o no aquél a quien haya sido originalmente vendida.

III

Descartada su posible tipificación como un delito de falsificación de moneda, debe plantearse a continuación su posible incriminación como delito de falsedad documental, habida cuenta de los amplísimos términos en que actualmente aparece descrito el concepto de documento a efectos penales. El art. 26 CP atribuye la condición de documento a todo tipo de soporte material (puede comprender por tanto una tarjeta de plástico o un circuito electrónico impreso) siempre que cumpla dos requisitos: el de expresar o incorporar datos, hechos o narraciones, y el de que éstos tengan eficacia probatoria o cualquier otro tipo de relevancia jurídica.

Con arreglo a la anterior definición, no cabe duda de que la tarjeta prepago de Telefónica es un genuino documento a efectos penales. Incorpora en su soporte de plástico, al margen de contenidos accidentales como pueden ser algunas menciones publicitarias, datos tales como la cantidad máxima que puede ser gastada por el usuario realizando llamadas telefónicas, la fecha de emisión, la fecha de caducidad y un número identificativo de cada tarjeta. Por otra parte, en el chip incorporado se encuentra también almacenada al menos la siguiente información: el número de serie de la tarjeta, la cantidad inicial y la residual o sobrante que queda después de cada llamada, y la fecha de caducidad, que impide el funcionamiento de la tarjeta una vez llegada la misma. Todos estos datos tienen eficacia o trascendencia jurídica en la medida en que responden a las condiciones del contrato en virtud del cual el comprador adquiere la tarjeta, y reflejan el grado de cumplimiento de la prestación pactada por el vendedor; asimismo, la posesión de la tarjeta hace prueba de su legítima adquisición (art. 464 CC), lo que permite a su titular reclamar contra la compañía en caso de funcionamiento defectuoso de la tarjeta, como expresamente se prevé en la misma incluyendo la mención de un teléfono de reclamaciones.

Es posible, por tanto, considerar como falsedades documentales aquellas conductas que cumplan las exigencias del tipo del art. 390.1 CP y tengan como objeto material las tarjetas de teléfono, en particular las descritas en los números 1º y 2º (no es imaginable, por el contrario, la comisión sobre estas tarjetas de la conducta del nº 3º, que sería la única otra modalidad punible de falsedad cuando el autor fuese un particular). Y en todo caso será preciso, para poder incardinar cualquier conducta en alguno de los tipos de falsedad documental, que resulten atacados los bienes jurídicos que la tipificación de estos delitos protege, y que son la fe y la seguridad del tráfico negocial. Esto último resultará decisivo para determinar si es posible calificar o no la conducta estudiada como un delito de falsedad.

La tarjeta prepago puede ser alterada en alguno de sus elementos o requisitos de carácter esencial (nº 1 del art. 390.1), como por ejemplo variando las menciones de las fechas de emisión y de caducidad, y reprogramando el chip para permitir su uso más allá de la fecha prefijada; hay que tener en cuenta que, en este caso, además del perjuicio irrogado a la compañía Telefónica, sí se produciría mediante la alteración del documento una lesión de la fe y seguridad en el tráfico jurídico, ya que se pretendería, mediante la sustitución de las fechas auténticas por otras mendaces en un documento originalmente auténtico, disponer de un justificante documental aparentemente válido en el supuesto de que se suscitase alguna controversia sobre la validez de la tarjeta.

De manera similar, es imaginable también simular una tarjeta en todo o en parte, de manera que induzca a error sobre su autenticidad (nº 2 del art. 390.1). La simulación total del documento tendría lugar, por ejemplo, si se elaborase un soporte plástico de las mismas dimensiones y con los mismos datos impresos y en los mismos colores que una tarjeta original, y que externamente tuviese la misma apariencia que el documento original (con inclusión también del circuito impreso), lo que permitiría al falsificador, entre otras cosas y en caso de que la reproducción hubiese imitado fidelísimamente la realidad, alegar un defecto de funcionamiento en el chip y con base en ello exigir la devolución del dinero supuestamente pagado para adquirir la tarjeta, haciendo creer al expedidor que realmente se trata de una tarjeta auténtica con un defecto de fabricación. También en este caso, junto al bien jurídico patrimonio, se podrían considerar atacadas la fe y la seguridad en el tráfico jurídico.

Ninguna de las conductas anteriores, sin embargo, son objeto de la presente consulta. Por otra parte, el escaso margen de beneficio que podría reportar para su autor la comisión de tales falsedades, puesta en relación con la dificultad y el coste material que conllevaría realizar tales falsificaciones, hacen muy improbable que dichas conductas puedan pasar de ser algo más que meros «supuestos de laboratorio», útiles no obstante al objeto que aquí se pretende.

Un supuesto de simulación parcial podría ser también el de la conducta que es objeto de la presente consulta, si sobre una tarjeta original gastada o caducada se introdujese un nuevo chip con otra información que permitiese seguir haciendo llamadas, pero siempre que el documento así transformado indujese a error sobre su autenticidad, es decir, siempre que la alteración fuese difícilmente detectable por otra persona y el documento alterado se convirtiese de este modo para su titular en un justificante aparente de la existencia de un título válido y vigente para el aprovechamiento de la prestación fraudulentamente obtenida, de manera que también en este caso se lesionarían, al mismo tiempo que el patrimonio de un tercero (la compañía Telefónica), la fe y seguridad en el tráfico jurídico.

Sin embargo, la conducta que se viene detectando últimamente es distinta de la descrita en el párrafo anterior, ya que generalmente se trata de una burda falsificación, para la que se utiliza un soporte de plástico u otro material rígido sin ninguna pretensión de simular una tarjeta auténtica, y que por tanto es fácilmente detectable a simple vista por cualquier persona. Es difícil en estas circunstancias, aunque el perjuicio patrimonial resulta evidente, tratar de argumentar que se están lesionando la fe y la seguridad en el tráfico, bienes jurídicos protegidos mediante la tipificación de los delitos de falsedad.

Argumenta la Fiscalía consultante que, si bien considerando un único documento el soporte plástico y el chip contenido en el mismo, es evidente la inocuidad de la conducta falsaria analizada, dado que la alteración documental resulta patente a cualquier observador, no ha de ser necesariamente la misma la conclusión si se considera el chip electrónico (el circuito integrado de 11 × 7 mm., que se halla impreso sobre el soporte de plástico) un documento con sustantividad propia, que incorpora datos con trascendencia jurídica. Como ya se apuntó supra, efectivamente este chip incorpora, junto a unos datos meramente técnicos o de propio funcionamiento del sistema (clave de acceso a la terminal, mecanismo para ir descontando el dinero ya empleado en llamadas) otros datos con cierta relevancia económica (la cantidad inicial y residual que descontada de la inicial se puede emplear todavía en llamadas en cada momento, o la fecha de caducidad). Pues bien, aunque la falsificación material del chip afecta a ambos tipos de datos, no pretende en ningún caso engañar a otra persona mediante la producción de efectos probatorios u otro efecto jurídico que pueda estar asociado a la presentación del documento, ya que la manipulación del mismo es evidente y no pretende ser ocultada, sino tan sólo activar el mecanismo electrónico de la terminal de telecomunicaciones de manera que permita al usuario realizar llamadas sin gasto previo; se trata, por utilizar una expresión poco rigurosa pero muy gráfica, de un «engaño a la máquina», pero no de un engaño apto para comprometer la confianza de las personas en el reflejo y constancia documental de los negocios jurídicos, bien tutelado en los delitos de falsedad. Así consideradas las cosas, el reproche penal que merece esta conducta no debería ser diverso del de otros comportamientos que, aunque mucho menos sofisticados y en ocasiones ciertamente rudimentarios, han venido siendo utilizados desde antiguo en las cabinas públicas u otras terminales de teléfono para obtener idéntica finalidad.

IV

En línea con lo anterior, es aplicable en parte al presente supuesto la doctrina sentada en su día por la Consulta nº 4/93 de esta Fiscalía General, que abordó el problema de la calificación jurídico-penal de las manipulaciones fraudulentas en las tarjetas multiviaje de los transportes públicos urbanos. Concretamente, pese a afirmar que dichas tarjetas eran verdaderos documentos mercantiles, negó la posibilidad de subsumir el hecho analizado (la colocación en el borde de la tarjeta multiviaje ya agotada de una tira adhesiva que permite su ulterior aprovechamiento, ya que al ser introducida en la máquina canceladora ésta la procesa como si se tratase de una tarjeta todavía válida) en el delito de falsedad de los arts. 302.º y 303 CP de 1973, que castigaba la simulación de un documento de manera que indujese a error sobre su autenticidad (tipo penal idéntico al previsto en el vigente art. 309.3º CP), porque se trataba de una falsificación grosera, incapaz de inducir a engaño en una simple inspección del documento, y para que exista un delito de falsedad se requiere la

conurrencia de un elemento específico de antijuridicidad consistente en un ataque a la confianza de la sociedad en el valor probatorio de los documentos. No obstante lo anterior, concluía la citada Consulta que la alteración de las tarjetas multiviajes anteriormente descrita podía ser constitutiva de un delito de estafa, en la medida en que el sonido producido por la tarjeta alterada al ser introducida en la máquina canceladora, indiferenciable del sonido que producen las tarjetas legítimas, estimula en quienes realizan funciones de vigilancia la errónea representación de estar utilizando una tarjeta válida, por lo que confluyen los elementos del engaño y el error que exige el tipo de la estafa, a los que se añaden el acto de disposición patrimonial, consistente en la conducta omisiva del vigilante que tolera el acceso, y el consiguiente perjuicio, consistente en el disfrute de un servicio por parte de quien no lo ha pagado.

Sin embargo, en la utilización de un chip clandestino en una terminal telefónica, aunque tienen lugar el acto de disposición (prestación del servicio de llamada por parte de la compañía) y el perjuicio (no abono del precio del servicio) faltan tanto el engaño como el error, ya que no existe ninguna persona que de manera similar al vigilante del transporte pueda ser considerado sujeto pasivo de ambos.

V

Descartada la aplicación de los tipos de falsedad y del tipo básico de la estafa, la siguiente duda es la de la aplicabilidad del tipo especial de estafa informática, previsto en el art. 248.2 CP [EDL 1995/16398](#), que castiga a los que «con ánimo de lucro, y valiéndose de alguna manipulación informática o artificio semejante consigan la transferencia no consentida de cualquier activo patrimonial en perjuicio de tercero». La conducta típica, a la vez que maneja el concepto de «manipulación informática o artificio semejante», que prima facie podría tener encaje en el supuesto analizado, introduce otros elementos del tipo cuya concurrencia resulta evidente, como el ánimo de lucro, el carácter in consentido de la prestación y el perjuicio de tercero. Sin embargo, no se puede decir lo mismo de la concurrencia del concepto «transferencia de activo patrimonial», ya que en el supuesto analizado no se transfiere propiamente ningún bien del patrimonio de un sujeto al de otro, sino que simplemente se disfruta de un servicio de manera inmediata, de tal modo que una vez finalizada la operación y agotada la prestación del servicio no se puede decir que el patrimonio del sujeto activo se haya visto incrementado. En cualquier caso, además, aunque se considerase que la conducta estudiada sí es incardinable en el tipo del art. 248.2 CP, la respuesta penológica sería idéntica a la que proporciona la interpretación que se va a ofrecer seguidamente.

VI

Otra posibilidad incriminatoria de la conducta analizada es la ofrecida por el tipo del art. 255.1º ó 3º CP, que castiga al que cometiere defraudación utilizando telecomunicaciones, u otro elemento o energía ajenas, valiéndose de mecanismos instalados para realizar la

defraudación o empleando cualesquiera otros medios clandestinos. En este caso, la inclusión de la conducta en el tipo queda fuera de toda duda. Como muy difícilmente esta modalidad de defraudación superará las cincuenta mil pesetas, habrá de ser calificada por lo general como una falta del art. 623.4 CP, que prevé idéntica pena para las faltas de estafa informática y de defraudación de telecomunicaciones. En cualquier caso, aun sosteniendo que es posible la configuración de la conducta como una estafa informática, el tipo del art. 255 CP resultaría de aplicación preferente en virtud del principio de especialidad (regla 1ª del art. 8 CP).

VII

Por último, cabe preguntarse qué calificación jurídico-penal merece la conducta de quienes fabrican y facilitan los chips manipulados a los usuarios finales. La respuesta no puede ser otra que la de considerarlos cooperadores necesarios en la infracción. Sin embargo, la conducta consistente en la mera fabricación de estas tarjetas para su posterior uso, pero sin constancia de su utilización efectiva, no superaría prima facie el estadio de los denominados actos preparatorios impunes. Esta calificación es coherente, por otra parte, con la sistemática penal de nuestro vigente Código Penal, que despenalizó determinadas conductas susceptibles de ser calificadas como meros actos preparatorios de delitos contra la propiedad (el supuesto paradigmático sería el anterior delito de tenencia o fabricación de ganzúas o útiles para el robo, del art. 509 CP 1973), todo ello sin perjuicio de lo que se argumenta en el apartado siguiente.

VIII

Efectivamente, al margen de lo anterior, hay que considerar también la posible afectación de otros bienes jurídicos, como son la propiedad intelectual o industrial, si bien en ambos casos su protección en el ámbito penal se condiciona al requisito de la existencia de denuncia por parte del perjudicado (art. 287.1 CP). A ello se llega inevitablemente si se tiene en cuenta que la fabricación clandestina de los instrumentos analizados comporta la reproducción de chips o circuitos integrados (productos semiconductores, en definitiva) cuyos diseños o «topografías» gozan prima facie de protección penal conforme al art. 273.3 CP, y que los chips incorporan a su vez un programa informático, objeto de derechos de propiedad intelectual para sus creadores y sus legítimos cesionarios (arts. 95 y ss. del Texto Refundido de la Ley de Propiedad Intelectual), programa que es reproducido sin el consentimiento de los titulares de tales derechos por parte de quienes elaboran las tarjetas fraudulentas.

Por lo que respecta a la posible comisión de un delito contra la propiedad industrial, hay que comenzar considerando que el chip de las tarjetas prepago responde perfectamente a la definición de producto semiconductor que ofrece el art. 1.1 de la Ley 11/1988, de 3 de mayo, de Protección jurídica de las topografías de productos semiconductores. Ya esta Ley previno en su exposición de motivos que «si concebir y diseñar un circuito integrado es costoso y difícil, el copiarlo es, por el contrario, relativamente fácil y su costo muy inferior al

necesario para su desarrollo»; asimismo, reconocía que aunque «el coste del diseño resulta ser muy elevado, al requerir el diseño del circuito funcional, el de cada elemento individual del circuito, el de su disposición geométrica y el de las interconexiones, sin embargo, una vez realizado el diseño, el coste de fabricación no es elevado». Tampoco cabe duda de la concurrencia en la conducta de los fabricantes del elemento intencional, exigido por el tipo del art. 273.1 y 3 CP, consistente en que la fabricación, posesión u ofrecimiento del producto se realice con fines comerciales, ya que existe constancia de la existencia de un importante «mercado negro» originado por la comercialización clandestina de estos productos, así como de los elevados beneficios que se obtienen con la venta o alquiler de los mismos. Quedaría, sin embargo, por acreditar la concurrencia de otro elemento del tipo, como es el hecho de que la concreta topografía del chip esté amparada a favor de tercero mediante el correspondiente registro. A estos efectos, hay que tener en cuenta que el art. 2.2 de la citada Ley 11/1988 establece que «la topografía de un producto semiconductor será objeto de protección en la medida en que sea el resultado del esfuerzo intelectual de su creador y no sea un producto corriente en la industria de semiconductores». No todos los chips que incorporan las tarjetas electrónicas o inteligentes son, por tanto, objeto del marco de protección de la norma, quedando al margen de la misma aquéllas cuyo diseño o topografía responda a esquemas sumamente sencillos, considerados estándares en la industria de su fabricación. Teniendo presente la continua evolución y perfeccionamiento que puede acompañar al diseño de estas tarjetas, es aventurado responder en estos momentos con carácter general y previsión de futuro si la topografía de los chips que incorporan las tarjetas prepago responden o no a esas condiciones. Por otra parte, dado que la persecución de estos delitos está condicionada a la denuncia del perjudicado, siempre podría éste alegar y acreditar en su denuncia la existencia del registro de la topografía del semiconductor, en caso de que gozase de esa particular protección.

Menos problemática resulta la posible incriminación de la conducta analizada como un delito contra la propiedad intelectual, previsto en el art. 270 CP. A la elaboración del chip por parte de los defraudadores, le sigue la conducta consistente -tal como aparece descrita en el informe pericial citado al inicio de esta consulta- en grabar en dicho chip un programa informático, que proporciona las órdenes oportunas al dispositivo del teléfono, validando los datos correspondientes como las claves y los códigos necesarios, así como la cantidad equivalente en pesetas disponible durante la llamada; encaja perfectamente, por tanto, en la definición de programa de ordenador que ofrece el art. 96 del Texto Refundido de la Ley de Propiedad Intelectual: «toda secuencia de instrucciones o indicaciones destinadas a ser utilizadas, directa o indirectamente, en un sistema informático para realizar una función o una tarea o para obtener un resultado determinado, cualquiera que fuese su forma de expresión o fijación». El informe pericial citado explica también que el denominado proceso de «clonación de tarjetas», que no es otra cosa que la reproducción en serie de chips con el programa incorporado, obtenido a partir del programa contenido en una tarjeta legítima, se realiza por los defraudadores utilizando sofisticados medios informáticos denominados «Eprom-Burner». Aunque se alteren algunas secuencias del proceso lógico en que consiste el programa informático, como la que permite la regeneración automática del dinero gastado, o la que modifica el número de serie de la tarjeta original (en otro caso, las llamadas efectuadas con tarjetas clonadas a partir de una tarjeta auténtica pueden ser fácilmente identificables, sobre todo si es muy amplio el número y el reparto geográfico de las tarjetas clonadas, debido a que todas ellas quedan registradas como realizadas en la hora y desde la cabina en que han sido usadas pero con un mismo número de identificación, correspondiente a una única tarjeta), las líneas básicas de actuación del programa y, más concretamente, las

instrucciones lógicas del mismo que permiten el normal funcionamiento de la terminal telefónica -en definitiva, la esencia del programa- no responden a un trabajo o esfuerzo de creación intelectual llevado a cabo por los defraudadores, que se limitan a reproducirlo o plagiarlo mediante medios técnicos avanzados a partir del programa contenido en una tarjeta auténtica. No es preciso para colmar el tipo del art. 270 CP, por otra parte, un dolo específico encaminado a suplantar o apropiarse la autoría de la creación intelectual que constituye el programa informático copiado, que evidentemente no puede concurrir en una actividad clandestina como es la analizada y como lo es en general todo género de piratería informática. Sí se exige, en cambio, que exista ánimo de lucro y perjuicio de tercero, requisitos ambos que sin ningún género de dudas concurren en el supuesto estudiado. Resultarán punibles por tanto, tanto la fabricación, elaboración o distribución de las «tarjetas clonadas» (párrafo primero del art. 270 CP), como su almacenamiento (párrafo segundo del citado artículo), que habrá de ser interpretado como sinónimo de una posesión o tenencia de las mismas en un número y condiciones tales que permita presumir un ánimo de ulterior distribución con expectativa de lucro.

CONCLUSIONES

1º La conducta consistente en la utilización, en las cabinas públicas de teléfonos, de instrumentos electrónicos que imitan el funcionamiento de las legítimas tarjetas prepago ha de ser calificada como una infracción de defraudación de telecomunicaciones, prevista y penada en los arts. 255.1º y 3º ó 623.4 CP, en función de la cuantía defraudada.

2º La conducta de quienes fabrican los citados instrumentos, o de cualquier manera se los proporcionan o facilitan a los usuarios finales, es un supuesto de cooperación necesaria en la infracción anteriormente mencionada.

3º Las conductas consistentes en la fabricación o tenencia de tales instrumentos, con fines de comercialización y el correspondiente ánimo de lucro, aun sin constancia de que hayan llegado a ser utilizados, pueden ser asimismo constitutivas del delito contra la propiedad industrial previsto y penado en el arts. 273.3 CP, siempre que la topografía del circuito integrado reproducido esté debidamente protegida mediante su registro, y del delito contra la propiedad intelectual contemplado en el art. 270 CP, si bien en ambos casos se exige como requisito de procedibilidad penal la denuncia del perjudicado (art. 287.1 CP).