

**C. DERECHO
PENAL**

**TARJETA TELEFÓNICA. NO ES DOCUMENTO DEL
ART. 26 DEL CÓDIGO PENAL. DELITO DE USO DE
DOCUMENTO MERCANTIL FALSO.
SU CONSIDERACIÓN COMO LLAVE FALSA
DEL ART. 239 DEL MISMO TEXTO LEGAL**

**Núm.
33/2001**

José Ignacio ESQUIVIAS JARAMILLO

Fiscal

• **ENUNCIADO:**

Julio Bonache Fernández, en la tarde del 27 de febrero de 2001, fue sorprendido haciendo uso de una tarjeta con dispositivo electrónico en una de las cabinas de teléfono de la ciudad de Cáceres. Dicha tarjeta, que resultó ser una imitación de las originales dispensadas por la compañía Telefónica de España, era útil para conseguir la comunicación pretendida.

• **CUESTIONES PLANTEADAS:**

1. Consideración o no de la tarjeta telefónica como documento.
2. Llave falsa.
3. El delito informático (art. 248.2 CP).
4. Delito o falta cometida.

• **SOLUCIÓN:**

1. Su consideración o no como documento mercantil no es determinante a la hora de decidirse por una tipificación del uso como constitutiva o no del delito de los artículos 390 2.º y 392 del Código Penal (CP). El artículo 26 define como documento «(...) todo soporte material que exprese o incorpore datos, hechos o narraciones con eficacia probatoria o cualquier otro tipo de relevancia jurídica», y en este sentido no parece albergar duda alguna que la tarjeta telefónica reúne las características necesarias para su consideración como documento; pero desde una perspectiva exclusivamente material, acorde con las nuevas tecnologías, con los nuevos tiempos. Considerar su manipulación como típica de un delito de uso de documento de los artículos citados ya es otra cosa bien diferente que no debe inducir a error. El Tribunal Supremo (TS) viene entendiendo como tales «cualquier soporte de los hoy conocidos o que en el futuro pudieran concebirse», con las cualidades del artículo 26 indicado. A lo que realmente le concede trascendencia el TS es no tanto al continente (el soporte manipulado) cuanto al contenido (la información que acompaña), consecuencia de la manipulación que en la tarjeta se efectúe, pues afecta a la seguridad que se presume incorpora o debe preservarse (SSTS de 30 de junio de 1988, 19 de abril de 1991, 20 de marzo de 1992 y 10 de julio de 1996). Lo primero puede tener consideración de documento materialmente entendido; pero desde el punto de vista jurídico, lo que importa al derecho es el conjunto de datos, la información trascendente. La realidad social de los tiempos no puede reservar para el concepto «documento» el simple y obsoleto medio de comunicación de ideas o pensamientos representado por el «papel reflejo y receptor por escrito de una declaración humana, desde el momento que nuevas técnicas han multiplicado las ofertas de soportes físicos capaces de corporeizar y dotar de perpetuación al pensamiento y a la decla-

ración de voluntad; una grabación de vídeo, o cinematográfica, un disco o una cinta magnetofónica, los disquetes informáticos, portadores de manifestaciones y acreditamientos, con vocación probatoria, pueden ser susceptibles de manipulaciones falsarias al igual que el documento escrito (...). Se impone un concepto material de documento, en racional y fundada homologación de los más adelantados y funcionales medios con los sistemas tradicionales imperantes hasta ahora».

Si bien parece quedar claro lo anterior, ahora conviene precisar que la manipulación ejercida sobre la tarjeta, con la incorporación de un *chip*, sólo pretende activar un mecanismo de Telefónica, emulando el auténtico con medio válido a tal fin. Este hecho viene siendo interpretado desde la precisión final del artículo 26 del CP. De ahí que lo trascendente no sea el soporte, en sí mismo, sino «la relevancia jurídica» de los datos de la tarjeta. Y dicha tarjeta -en este caso la auténtica de Telefónica- posee un código que tampoco pretende demostrar nada a terceros -otro de los requisitos *in fine* del artículo-. No hay uso de documento falso porque no hay un contenido manipulado trascendente desde la orientación del artículo 26.

2. Que no consideremos el delito de los artículos 390.2.º y 392 no significa que la conducta no pudiera integrarse en otros preceptos del CP. Ya desde hace más de una década este Tribunal ha señalado que el concepto de llave no es rigurosamente semántico o literal, sino funcional -Ss. de 5 de noviembre de 1987, 6 de marzo de 1989 y 27 de febrero de 1990-, habiéndose destacado ya desde las Sentencias de 21 de septiembre de 1990 y 8 de mayo de 1992 que si bien las tarjetas de crédito no son llaves en el puro sentido morfológico de la expresión, lo son en el aspecto funcional en cuanto sirven en la práctica para accionar el cierre del local que da acceso al cajero automático o para abrir el receptáculo del mismo cuando está situado en el exterior. Otras han recogido el mismo parecer: la de 21 de abril de 1993 expone: «Tales tarjetas de crédito, cuando se utilizan para sacar dinero de un cajero automático, sirven, además, para acceder al local donde tal cajero se encuentra ubicado o para acceder a las teclas que hay que manipular para dar la correspondiente orden a la máquina. Introduciendo en una determinada posición la tarjeta en la puerta de acceso al local o en la portezuela de acceso a las teclas, se abre el correspondiente compartimento». Las facultades o posibilidades que ofrecen las tarjetas de crédito, en el sentido de permitir la apertura de lugares cerrados, les dota de una confirmada consideración de llaves, «de acuerdo con el concepto funcional que al respecto viene manteniendo la doctrina de esta Sala, que concretamente en sentencia de 21 de septiembre de 1990 ya lo ha aplicado al supuesto específico de las tarjetas de crédito» (STS de 16 de marzo de 1999).

Si bien las sentencias citadas se refieren expresamente a tarjetas de crédito, nada obsta a que la manipulación de la tarjeta de Telefónica (o a que la tarjeta del supuesto práctico) pueda ser entendida con la misma interpretación dentro del artículo 239 del CP como llave falsa, pues el componente electrónico le confiere tal facultad, en el último párrafo de dicho artículo, activando el mecanismo desde el cual se accede al servicio telefónico. La cuestión, entonces, es deducir si el aprovechamiento, cuantificable en dinero, supone, por virtud del mecanismo empleado, un engaño apto para el delito de estafa.

3. El nuevo artículo 248.2 del CP no es directamente aplicable a la defraudación que pudiera producirse, con el perjuicio económico que para la compañía se derivara, del hecho evidente de activar el mecanismo por medio de la tarjeta, haciendo posible la comunicación con los terceros receptores y ajenos al delito o a la falta patrimonial. No es aplicable porque el fraude informático no contempla la sustracción o la defraudación a través de la utilización no autorizada de tarjetas magnéticas sobre las cabinas de teléfono. La dinámica comisiva del artículo 248.2 reclama, mediante la mani-

pulación informática, o por otro «artificio semejante» la transferencia del activo patrimonial. Es evidente que la tarjeta utilizada no representa una manipulación informática, como también es cierto que la expresión del precepto «artificio semejante» podría permitir una interpretación integradora de la misma, pues el *chip* incorporado al elemento material sirve para el fin pretendido. Pero es aquí donde radica la inaplicación del precepto: no se está produciendo ningún desplazamiento patrimonial. No se produce con el artificio transferencia alguna de activos patrimoniales. A mayor abundamiento hay que señalar que el artículo 239 *in fine* a los efectos del presente artículo considera llaves «las tarjetas magnéticas o perforadas y los mandos o instrumentos de apertura a distancia», con lo que con tal incorporación el legislador refuerza la interpretación jurisprudencial del robo con fuerza, a que se hizo antes referencia.

4. Razonable aplicación de los preceptos 255 ó 623.4 del CP. Si admitimos que hay un engaño, porque la utilización de la tarjeta apta para el fin implica creer en la titularidad o legitimidad del poseedor, validándose el mecanismo, no tenemos que descartar el fraude consecuentemente producido. La especialidad penal es perfectamente aplicable. La estafa es demostrable y cuantificable. Los elementos de la misma se dan en la acción. Pero esa especialidad del CP nos lleva al artículo 255 del texto. Si el legislador ha incluido la referencia a valerse de mecanismos «instalados para realizar la defraudación», en el apartado 1.º del artículo «(...) es precisamente este tipo penal el que ha de aplicarse, por su especialidad, al caso de autos, puesto que se observan en los hechos que se atribuyen al reclamado todas las características o elementos necesarios para conceptuar su conducta como una defraudación de fluido telefónico, recayendo su acción en el tipo referido del artículo 255». La propia estructura del Código así parece reclamarlo, al dedicar el Capítulo VI del Título XIII, del Libro II a las defraudaciones en general, distribuyendo en sección las mismas y reservándose la 3.ª, precisamente, para las de tipo «eléctrico y análogas». Véase, entonces, cómo el precepto castiga «con la pena de multa de tres a doce meses al que cometiere defraudación por valor superior a 50.000 ptas., utilizando (...), telecomunicaciones, u otro elemento, energía o fluido (...)», valiéndose de los mecanismos (la tarjeta manipulada).

Y dicho cuanto antecede, nos basta con solicitar la atención del lector (que no por obvia resulta ser innecesaria) sobre la redacción del precepto 623.4, que considera como falta contra el patrimonio la defraudación estudiada, con similares connotaciones jurídicas a las previstas en el artículo 255; estableciendo el límite de la cuantía defraudada a la hora de distinguir el delito de la falta en 50.000 pesetas. No será, en consecuencia, desacertado considerar los hechos del supuesto práctico un delito o una falta de los artículos analizados, atendiendo a la cuantía impagada por el uso arbitrario del mecanismo magnético manipulado en la cabina, pues al no existir la compraventa obligada de la tarjeta pre-pago, exigida para el uso del teléfono, no habrá existido el pago preceptivo del importe correspondiente, bien de la tarjeta, bien del tiempo equivalente (según tarifas) del uso efectivo, produciéndose la estafa en la compañía Telefónica.

• **SENTENCIAS, AUTOS Y DISPOSICIONES CONSULTADAS:**

- **Código Penal, arts. 26, 248, 255 y 623.4.**
- **SSTS, Sala Segunda, de 30 de junio de 1988, 19 de abril de 1991, 20 de marzo de 1992, 10 de julio de 1996 y 16 de marzo de 1999.**
- **Sentencia de la Audiencia Nacional de 19 de mayo de 1999.**