

<https://idp.uoc.edu>

ARTÍCULO

La reforma de la ciberestafa y la incorporación de los medios de pago digitales en el Código Penal

Miguel Bustos Rubio

Universidad Internacional de La Rioja

Fecha de presentación: febrero 2023

Fecha de aceptación: marzo 2023

Fecha de publicación: octubre 2023

Resumen

Tras la entrada en vigor de la Ley Orgánica 14/2022, de 22 de diciembre, se ha reformado el Código Penal, modificándose la descripción típica del delito de ciberestafa (redefiniendo sus elementos y ampliando su ámbito de aplicación) e incorporándose al terreno de este injusto los instrumentos de pago distintos del efectivo (que ahora abarcan también la utilización de mecanismos de pago digitales). En el marco de una economía de mercado digital como la actual, se hace necesario adaptar la normativa penal para poder hacer frente a conductas delictivas que operan de la mano de la informática para lograr sus objetivos. En este trabajo se analiza la incidencia de estas recientes modificaciones, su interpretación y su extensión, partiendo del estudio de la normativa supranacional que ha impulsado estas reformas, tanto en el ámbito internacional como desde la Unión Europea.

Palabras clave

ciberestafa; ciberdelincuencia; medios de pago digitales; criptoactivos; *blockchain*

The reform of cyber fraud and the incorporation of digital payment methods into the Penal Code

Abstract

The approval of the Spanish Organic Law 14/2022, December 22, has modified the Spanish Criminal Code by changing the typical elements of the crime of cyber fraud (redefining its elements and expanding its application), and has incorporated non-cash payment mechanisms such as means of committing the crime (which now includes digital payment instruments). In a digital market economy like the current one, it is necessary to adapt Criminal Law to be able to punish these criminal behaviors, which use information technology to commit crimes. This paper analyzes the incidence of these modifications, based on the study of the supranational regulations that have promoted these reforms, from the international level and also from the European Union.

Keywords

cyber fraud; cybercrime; digital payment methods; cryptocurrency; blockchain

Introducción

El delito de ciberestafa (o estafa informática), las modalidades de utilización fraudulenta de medios de pago del art. 249 del Código Penal (en adelante CP) y conductas preparatorias de estas han sido modificados por la Ley Orgánica 14/2022, de 22 de diciembre, de transposición de directivas europeas y otras disposiciones para la adaptación de la legislación penal al ordenamiento de la Unión Europea, y reforma de los delitos contra la integridad moral, desórdenes públicos y contrabando de armas de doble uso.¹ Además de redefinir o ampliar las conductas típicas, el legislador ha tipificado los *medios de pago distintos del efectivo* en el seno de estos delitos, dándose así cumplimiento a lo dispuesto en la Directiva (UE) 2019/713, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 17 de abril de 2019, incorporándose de este modo los instrumentos de pago digitales al ámbito del delito.

El crecimiento de los mercados electrónicos y digitales, los rápidos avances tecnológicos, el surgimiento de las nuevas formas de pago y la democratización de internet (la llamada *era digital*) impulsan este tipo de reformas legales, que también alcanzan al derecho penal en la regulación de ciertos delitos. En las páginas que siguen, partimos del estudio de la situación actual de la relación entre los entornos digitales y el sistema penal, descendiendo después al análisis concreto de las reformas apuntadas, realizando una exégesis de **1)** el nuevo delito de ciberestafa, y **2)** el significado y el alcance de los nuevos métodos de pago digitales.

1. Una aproximación previa a la dual relación entre informática y sistema penal: ¿medio comisivo o bien jurídico protegido?

Si hay algo que ha revolucionado la sociedad de finales del siglo xx ha sido, sin duda alguna, la aparición y el auge de la informática, del conjunto de las nuevas tecnologías de la información y de la comunicación y, entre ellas, en un plano primordial y destacable, internet. Se trata de un «ya-no-tan-nuevo» método de interacción entre personas que ha traído consigo importantes ventajas, comodidades cotidianas y laborales, pero también importantes inconvenientes.

En concreto, y en lo que a este estudio interesa, los medios digitales han generado también importantes problemas y retos para el sistema penal, pues tras su aparición han surgido progresivamente nuevas formas de comisión de delitos considerados «tradicionales» (Fernández Bermejo y Martínez Atienza, 2020).

Por un lado, la informática aparece hoy como un novedoso medio o instrumento al servicio de una delincuencia que puede ser considerada como tradicional. Así, hoy es posible cometer, por ejemplo, estafas, fraudes, *sexting*, modalidades de ciberacoso o delitos contra el honor o de odio sirviéndonos de las ventajas que a tales fines presentan las nuevas tecnologías digitales. En este primer plano, el delito es el mismo cambiando únicamente el modo, medio o mecanismo para su comisión (medios informáticos, entornos digitales, etc.), lo cual es importante no solo desde el punto de vista procesal y de su persecución, sino también directamente desde la configuración de los elementos típicos en estas figuras tradicionales que ahora van a tener que adaptarse a nuevas formas de comisión que, precisamente, desplazan la posibilidad de aplicación de los tipos penales tradicionales al encontrarse estos configurados sobre unos elementos típicos insuficientes para dar cabida a estas nuevas formas de ejecución. El férreo principio de legalidad penal, con sus exigencias de taxatividad, determinación y certeza, impide en numerosas ocasiones aplicar análogamente esos tipos penales tradicionales a las nuevas realidades criminales cuando cambian los medios o formas de comisión. Con todo, los delitos continúan siendo los mismos (los concebidos como «tradicionales») y van a seguir manteniendo su naturaleza y dirigiéndose a la tutela de idénticos bienes jurídicos, siendo ello sumamente relevante a efectos de la fundamentación, interpretación y posibilidad de aplicación práctica de estas figuras delictivas. Internet y los entornos digitales, como nuevas formas o medios de delincuencia, pueden terminar incidiendo tanto sobre **1)** delitos contra bienes jurídicos individuales (v. gr.: amenazas, coacciones, pornografía infantil, *grooming*, *sexting*, etc.) como sobre **2)** delitos contra bienes jurídicos colectivos (v. gr.: falsedad documental, delito fiscal y contra la Seguridad Social, blanqueo de capitales, ciberterrorismo, etc.) (Peláez Sanz, 2022).

Por otro lado, en los últimos tiempos también se han consolidado como nuevos delitos autónomos ciertas formas de ataque contra el propio sistema informático. En este

1. BOE núm. 307, de 23 de diciembre de 2022

segundo plano, lo *digital* ya no es solo el *medio* para la comisión de un determinado tipo penal, sino que constituye directamente el bien jurídico protegido de forma autónoma frente a ciertos tipos de ataque que pueden lesionarlo o ponerlo en peligro. Y ello por el propio valor que en la sociedad digital actual presentan los sistemas informáticos, o más bien alguna parcela o sector concreto de aquellos, como su intangibilidad o su seguridad (Díaz Gómez, 2010).

A continuación, nos centraremos en el análisis de un tipo penal concreto, el de la *ciberestafa* (o estafa informática), que ha sido objeto de reciente reforma por parte del legislador penal. Se trata de un injusto que podemos considerar, en origen, como tradicional (la estafa como delito contra el patrimonio), pero en el que los medios de comisión (medios informáticos) han transmutado su contenido hasta convertirlo en un nuevo delito, dada la imposibilidad de que estos nuevos hechos puedan tener acomodo en la tipicidad del tradicional injusto de la estafa. No en vano, su regulación actual en el art. 249 CP comienza señalando que «también se consideran reos de estafa [...]», con lo que el legislador parece querer asimilar el tipo penal de la estafa informática al delito de estafa tradicional, pero sin que ambos sean idéntica cosa («se consideran»). Con todo, como advierte la doctrina, hay que matizar la diferente graduación de penalidad actual entre la ciberestafa y el delito de estafa tradicional, pues mientras que este último diferencia la pena en función de si se superan o no los 400 euros, la estafa informática va a resultar punible en cualquier caso independientemente de la cuantía defraudada (González Cussac, 2023, pág. 44).

2. La estafa informática y su regulación internacional: del Convenio de Budapest a la Directiva (UE) 2019/713 del Parlamento Europeo y del Consejo

En la configuración del delito de estafa informática en el Código Penal español, han influido dos hitos fundamentales² que han de ser apuntados. Por un lado, el Convenio sobre la Ciberdelincuencia firmado en Budapest el 23 de

noviembre de 2001, que fue ratificado por España y publicado mediante instrumento correspondiente en el BOE con fecha de 17 de septiembre de 2010. Por otro lado, la reciente Directiva (UE) 2019/713, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 17 de abril de 2019, sobre la lucha contra el fraude y la falsificación de medios de pago distintos del efectivo y por la que se sustituye la Decisión Marco 2001/413/JAI del Consejo.

Se trata de dos instrumentos normativos esenciales a los efectos de la actual configuración del delito de estafa informática del art. 249 CP por los elementos definitorios que se contienen en los mismos, si bien hay que precisar, ya desde el inicio, que la clasificación de los tipos de ciberdelincuencia realizada en aquellos no ha sido seguida por el legislador para el caso español. De este modo, mientras el Convenio de Budapest sirve de base para definir los tipos o modelos de ciberdelincuencia, y entre ellos el que denominamos *ciberestafa*, la última Directiva citada incorpora y define los instrumentos de pago distintos del efectivo al ámbito de la estafa informática (hasta ahora inexistentes en el seno de la tipicidad de este delito para el caso español).

Respecto del primero, conocido generalmente como Convenio de Budapest, en el título II se identifican dos artículos diferenciados relacionados con **1)** la *falsificación informática* (artículo 7) y con **2)** el *fraude informático* (artículo 8). El reflejo de las conductas contenidas en el Convenio en nuestro Código Penal se produce del modo siguiente (Díaz Gómez, 2010):

Por un lado, el art. 7 del Convenio, relativo a la *falsificación informática*, invita a las partes firmantes a tipificar delitos dolosos consistentes en la introducción, alteración, borrado o supresión de datos informáticos que dé lugar a datos no auténticos, con la intención de que sean tenidos en cuenta o utilizados a efectos legales como si se tratara de datos auténticos, con independencia de que los datos sean o no directamente legibles e inteligibles. Esta regulación encuentra su reflejo en el título XVIII CP, relativo a las falsedades, en concreto en los artículos 390 y siguientes (Sánchez Domingo, 2005). En este trabajo, no obstante, no nos referiremos a las falsedades (que también han sido modificadas con la reforma operada por la LO 14/2022,

2. En realidad, son muchos más, pues la normativa internacional en materia de ciberdelincuencia ha sido cuantiosa en los últimos tiempos, sobre todo en la Unión Europea. No obstante, a los efectos de esta investigación, y por economía de espacio, son dos los elementos normativos en los que queremos centrarnos.

de 22 de diciembre) para centrar la exégesis en el estudio particular de las modificaciones acontecidas sobre el delito de ciberestafa.

Por su parte, es el art. 8 del Convenio, relativo al *fraude informático*, el que conmina a los Estados a tipificar actos dolosos que causen algún perjuicio patrimonial a un tercero mediante:

- a) cualquier introducción, alteración, borrado o supresión de datos informáticos, o
- b) cualquier interferencia en el funcionamiento de un sistema informático con la intención fraudulenta o delictiva de obtener ilegítimamente un beneficio económico para uno mismo o para otra persona.

La primera modalidad (letra a) encuentra paralelismo en el art. 264 CP y hasta el art. 264 quater (el llamado *delito de daños informáticos*). Y para el caso de la letra b), el reflejo lo encontramos en el *delito de estafa informática* del actual art. 249 CP al que ya aludíamos *supra*, y que es objeto de estudio.

El delito de ciberestafa consiste en 'cualquier interferencia en el funcionamiento de un sistema informático con la intención fraudulenta o delictiva de obtener ilegítimamente un beneficio económico para uno mismo o para otra persona'. Antes de la configuración de este delito, la jurisprudencia había puesto de manifiesto la imposibilidad de aplicar análogamente el tipo de estafa tradicional a este conjunto de supuestos, que en ocasiones llegó a calificar (si es que los hechos lo permitían) como delitos de apropiación indebida (así *v. gr.*: STS de 19 de abril de 1991). Parece clara, pues, la necesidad político-criminal y la oportunidad para la configuración de un tipo penal autónomo que sancionase este tipo de conductas. Al tratarse de un delito tradicional (el de estafa), aún cometido a través de medios informáticos, habremos de aseverar que el bien jurídico conserva su naturaleza tradicional y se identifica con el patrimonio de terceros. En cualquier caso, es un delito de resultado material lesivo porque requiere siempre la translación del patrimonio de una esfera (la del sujeto pasivo) a otra (la de un tercero) y, a diferencia de la estafa común, aquí no se precisará la concurrencia de ningún *engaño bastante*.

Por último, debemos referirnos al instrumento normativo que ha supuesto la Directiva (UE) 2019/713, del Parlamento Europeo y del Consejo, sobre la lucha contra el fraude y la falsificación de medios de pago distintos del efectivo, texto con base en el cual el legislador español ha procedido a la reciente reforma del delito del art. 249 CP. En la norma, tal y como acontecía en el Convenio de Budapest, se distinguen dos modalidades delictivas: **1)** la falsificación informática, y **2)** el fraude informático, si bien, como dejamos expuesto, a los efectos de la reforma del art. 249 CP solo interesa este último grupo, que engloba tanto los daños informáticos como la estafa informática. Como puede fácilmente colegirse, el sistema penal español no sigue la agrupación delictiva propuesta por el Convenio de Budapest ni por la Directiva (UE) apuntada, pues en el CP español, el delito de daños informáticos no es una forma de fraude (es un delito informático *stricto sensu*, al tutelar el propio sistema informático como bien jurídico autónomo), mientras que el delito de ciberestafa es una especie de fraude de tipo patrimonial construido a imagen de la estafa tradicional y, por tanto, puede considerarse, en origen, un delito tradicional en el que ahora inciden los medios de comisión estrechamente relacionados con la informática.

Más allá de esta distinción internacional que no sigue el sistema penal español, lo auténticamente relevante en la Directiva (UE) es la manifiesta necesidad de incorporación, en los ordenamientos jurídicos de los Estados miembros, de los *medios de pago distintos del efectivo* como forma típica de estos grupos de delitos y, en lo que aquí interesa, como nueva forma de comisión de la estafa informática. De este modo, la propia Directiva apunta que «en los últimos años se ha registrado no solo un incremento exponencial de la economía digital, sino también una proliferación de la innovación en muchos ámbitos, en particular en las tecnologías de pago. Las nuevas tecnologías de pago implican la utilización de nuevos tipos de instrumentos de pago que, al tiempo que crean nuevas oportunidades para los consumidores y las empresas, ofrecen también nuevas posibilidades de fraude».³ Resulta evidente, pues, que la cada vez mayor proliferación de economías y mercados digitales en los que los medios de pago pueden ser (y suelen ser) distintos del tradicional efectivo demanda una regulación penal de aquellos que permita también darles cabida en delitos como la ciberestafa (Castillo Moro, 2022).

3. Considerando n.º 6 de la Directiva (UE) 2019/713, del Parlamento Europeo y del Consejo.

3. La reforma de la ciberestafa: el nuevo art. 249 CP

Como aventuramos *supra*, la LO 14/2022, de 22 de diciembre, introdujo una importante modificación de los delitos de estafa (arts. 248 y 249 CP), los cuales han sufrido un intercambio mutuo de contenidos, amplió los medios de comisión en el delito de ciberestafa, e incorporó los medios de pago diferentes del efectivo al ámbito típico de esta. En total, tras el cambio, se describen hasta cinco conductas distintas atinentes a los fraudes informáticos y mediante el uso de esos nuevos medios de pago. Esta reforma, como también se apuntó, trae causa de la Directiva (UE) 2019/713, de 17 de abril, que dio de plazo a los Estados para su trasposición hasta el 31 de mayo de 2021, por lo que podemos afirmar que, nuevamente, España ha cumplido tarde. Y, además, mientras que la Directiva trata de forma unitaria los fraudes y las falsificaciones de los medios de pago distintos del efectivo, el legislador penal español mantiene el tradicional modelo clásico latino, distinguiendo un grupo de otros con una regulación autónoma y diferenciada (González Cussac, 2023, pág. 43).

Las cinco modalidades típicas del delito de ciberestafa tras la reforma son:

1) Primero, la estafa por medios informáticos (art. 249, 1, a CP), que sanciona a «los que, con ánimo de lucro, obstaculizando o interfiriendo indebidamente en el funcionamiento de un sistema de información o introduciendo, alterando, borrando, transmitiendo o suprimiendo indebidamente datos informáticos o valiéndose de cualquier otra manipulación informática o artificio semejante, consigan una transferencia no consentida de cualquier activo patrimonial en perjuicio de otros». Antes de la reforma, solo se contemplaban como medios en este delito las *manipulaciones informáticas o artificios semejantes*, con el mismo resultado de conseguir una transferencia no consentida de activo patrimonial. Ahora, se añaden como conductas típicas la *obstaculización*, la *interferencia indebida en el funcionamiento de un sistema de introducción*, y la *introducción, alteración, borrado, transmisión o supresión indebida de datos informáticos*. Tal modificación encaja a la perfección con lo dispuesto en el art. 6 de la Directiva (UE) 2019/713. Como también adelantamos más arriba, puede decirse que la ciberestafa es similar al tradicional delito de estafa con la importante salvedad de que en aquella primera no existe *engaño bastante* ni *error*, elementos centrales del tradicional injusto de la estafa, por la evi-

dente razón de que estos elementos no pueden predicarse respecto de un medio digital (v. gr., una máquina o un PC), por lo que con este tipo penal se despejan todas las otrora dudas sobre el concreto encuadre de estas conductas en nuestro sistema penal (González Cussac, 2023, pág. 46). Con todo, no podemos valorar positivamente el cambio operado sobre este extremo, pues la antigua previsión de *cualquier manipulación informática o artificio semejante* ya podía acoger en su seno cualquier tipo de medio de los que ahora pasan a formar parte del precepto. Y es que la manipulación informática es, fundamentalmente, 'una alteración o modificación de los datos', por lo que la expresa mención a estas formas concretas de manipulación no aporta nada nuevo al tipo. Consideramos como aspecto más positivo que para el caso español se haya utilizado tradicionalmente una terminología amplia como es la de «manipulación informática o artificio semejante» en lugar de optar por un catálogo enumerativo de acciones típicas posibles como ya ocurría en otros países de nuestro entorno jurídico y geográfico (así el caso alemán, que enumera, por ejemplo, formas de interferencias en programas informáticos, uso de datos sin autorización, etc.). Y ello, nuevamente, teniendo en cuenta el carácter cambiante y dinámico de las conductas que pueden estar llamadas a cometerse a través de entornos digitales (espacio siempre difuso), se revela como mejor opción, en este caso, emplear una terminología amplia que permita dar cobertura a esa infinidad de conductas de comisión. O, al menos, queda patente a nuestro juicio la innecesariedad de concreción de medios por la que opta ahora el legislador penal, dada la existencia de dicha cláusula amplia en el origen del tipo penal. En resumen, toda estafa informática puede definirse como «cualquier manipulación o alteración del proceso de elaboración digital o electrónico, independientemente del tipo y del momento, que sea realizada con dolo y ánimo de lucro, y que cause como resultado un perjuicio de contenido patrimonial (económicamente evaluable) a un tercero» (Galán Muñoz, 2005, pág. 559).

2) En segundo lugar, se sanciona el uso indebido de tarjetas, cheques y otros medios de pago distintos del efectivo (art. 249, 1, b CP), castigándose a «los que, utilizando de forma fraudulenta tarjetas de crédito o débito, cheques de viaje o cualquier otro instrumento de pago material o inmaterial distinto del efectivo o los datos obrantes en cualquiera de ellos, realicen operaciones de cualquier clase en perjuicio de su titular o de un tercero». Esta modalidad traspone, solo parcialmente, el art. 3 de la Directiva (UE) 2019/713. La principal diferencia en el texto español

respecto del texto europeo es que no es necesario que el instrumento proceda de un robo o de cualquier otra forma de apoderamiento ilícito, ni que haya sido falsificado o alterado, aunque se incorpora *ex novo* la exigencia de que la utilización del instrumento sea *fraudulenta* (elemento inexistente antes de la reforma). También se amplía el catálogo de medios, que ahora incorpora los instrumentos de pago, materiales o inmateriales, distintos al efectivo (esencialmente medios digitales) sobre los que nos referiremos en el último apartado de esta investigación. Huelga decir que esta figura, cuya primaria introducción se produjo vía LO 5/2010, de 22 de junio, permite el reproche penal a aquellos sujetos que realizan operaciones en internet mediante estos instrumentos cuando ello, no obstante, no implique el empleo de manipulaciones informáticas (González Cussac, 2023, págs. 49-50).

3) En tercer lugar, resultan típicas las conductas de facilitación a terceros de programas informáticos destinados a la comisión de la estafa (art. 249.2.a CP). Esta modalidad dispone expresamente el castigo para «los que fabricaren, importaren, obtuvieren, poseyeren, transportaren, comerciaran o de otro modo facilitaren a terceros dispositivos, instrumentos o datos o programas informáticos, o cualquier otro medio diseñado o adaptado específicamente para la comisión de las estafas previstas en este artículo», comportamiento que encuentra su paralelismo en el art. 7 de la Directiva (UE) 2019/713. Como apunta González Cussac (2023, pág. 51), de este tipo penal se desprende el castigo de ciertas conductas que implican todas las formas de tenencia de herramientas o datos informáticos destinados de manera específica a la comisión del delito de estafa, conjurando así un peligro abstracto, pues se terminan por sancionar simples actos preparatorios de forma autónoma. Tras la reforma se amplían nuevamente los medios comisivos, que ya no se ciñen a *programas informáticos* sino también a cualquier *dispositivo, instrumento o datos*. Por lo demás, el precepto permite sancionar tanto al autor que lleva a cabo estas conductas con la intención de cometer la estafa como a quien las realiza conociendo que a quien los entrega (un tercero) va a aplicarlos para cometer estafas, sin que se requiera para su consumación el uso fraudulento de dichos instrumentos (solo la finalidad).

4) En cuarto lugar, se castigan conductas de adquisición ilícita de tarjetas, cheques o instrumentos de pago distintos del efectivo para su uso fraudulento (art. 249.2.b CP). En este apartado, se sanciona a «los que, para su utilización fraudulenta, sustraigan, se apropiaren o adquieran de

forma ilícita tarjetas de crédito o débito, cheques de viaje o cualquier otro instrumento de pago material o inmaterial distinto del efectivo». El paralelismo se encuentra aquí con lo dispuesto en el art. 4 (letras a y b) de la Directiva (UE) 2019/713 (aunque también se complementa con lo dispuesto en el art. 5, letras a y b, del mismo texto). Si en la conducta no se llegase a acreditar la finalidad de utilización fraudulenta de estos medios, solo restaría indagar la aplicación de los tradicionales delitos de hurto o apropiación indebida. Si, por el contrario, no solo se da la finalidad, sino que realmente se llega a una utilización indebida de esos medios, deberemos recurrir al art. 249.1 CP. Lo más significativo a los efectos de este trabajo vuelve a ser aquí la expresa tipificación de los *medios de pago distintos del efectivo*, a los que nos referiremos unas líneas más abajo. Si bien la distinción entre comportamientos que ocasionan un resultado y delitos que castigan actos preparatorios es perfectamente asumible para el caso de los medios de pago tradicionales, no resulta acertada cuando se trata de medios de pago digitales (como puedan ser las criptomonedas o los monederos virtuales, como veremos). Y ello porque, mientras que la mera tenencia de una tarjeta de crédito robada (junto con sus claves) hace distante la aparición del efectivo perjuicio patrimonial (porque, por ejemplo, su propietario tiene todavía múltiples posibilidades de autodefensa, como pudiera ser anular la tarjeta mediante una simple llamada telefónica), no ocurre idéntica cosa con los medios de pago electrónicos. Por ejemplo, la mera tenencia del monedero virtual con las claves otorga ya una disponibilidad idéntica a la del sujeto que tiene en su poder una billetera con dinero físico. O lo que es lo mismo: con la mera tenencia ya pueden considerarse incorporados al patrimonio del sujeto activo los activos patrimoniales ubicados en ese monedero virtual, y todo acto posterior de disposición quedaría dentro de la fase de agotamiento del delito (de modo idéntico a lo que ocurre con quien, después de robar un monedero físico, emplea el dinero para adquirir algún tipo de bien). Por esta razón, pensamos que la distinción por la que opta el nuevo tipo penal en este punto no tiene demasiado fundamento para el caso de los medios de pago digitales diferentes del efectivo (Nieto Martín y García Moreno, 2021).

5) Por último, como tipo atenuado, se sanciona en el art. 249.3 CP, con pena en su mitad inferior, a «los que, para su utilización fraudulenta y sabiendo que fueron obtenidos ilícitamente, posean, adquieran, transfieran, distribuyan o pongan a disposición de terceros tarjetas de crédito o débito, cheques de viaje o cualesquiera otros instrumentos

de pago materiales o inmateriales distintos del efectivo». La correlación con la Directiva (UE) 2019/713 se produce aquí en el art. 4, letras c y d (igualmente complementado con lo dispuesto en el art. 5, letras c y d). Mientras que en el precepto anterior se sancionaban conductas de obtención ilícita de estos instrumentos, aquí se castigan conductas de posesión, distribución o, en general, de puesta a disposición de terceros de dichos medios de pago, incluidos ahora (y esto sigue siendo lo más relevante) los distintos del efectivo.

4. La tipificación de los medios de pago digitales

Como se ha podido comprobar, uno de los aspectos más relevantes de la reforma consiste en la incorporación de los medios de pago, materiales o inmateriales, distintos del efectivo al ámbito típico de algunas conductas del delito de ciberestafa y afines acabadas de exponer, así como de las falsedades (que no son objeto de este estudio).

En la Directiva (UE) 2019/713, se estipula la necesidad de dicha incorporación a los delitos apuntados para poder adaptar las legislaciones penales de los países miembros a las nuevas realidades, en concreto y a lo que aquí interesa, para poder sancionar como delito formas de utilización indebida de dichos instrumentos de pago con el consiguiente perjuicio económico para el tercero (o bien actos preparatorios previos a dicha utilización, en los términos que hemos descrito). Así, puede leerse en la Directiva que «las definiciones deben incluir los nuevos tipos de instrumentos de pago distintos del efectivo que permiten efectuar transferencias de dinero electrónico y de monedas virtuales. Al definir el concepto de instrumento de pago distinto del efectivo debe tenerse en cuenta que dicho instrumento puede consistir en diversos elementos que actúan en conjunto, como sucede con una aplicación móvil de pago y la autorización correspondiente (por ejemplo, una contraseña). Cuando en la presente Directiva se emplea el concepto de instrumento de pago distinto del efectivo, debe entenderse que dicho instrumento permite a su titular o usuario transferir efectivamente dinero o valor monetario o iniciar una orden de pago».⁴

La necesidad de la reforma en este punto reposa en el crecimiento exponencial de la economía y de los merca-

dos digitales, y de forma muy trascendente, en el auge y la consolidación del comercio en línea, que en los últimos tiempos ha determinado una proliferación de nuevos instrumentos de pago muy diferentes a los tradicionales. De este modo, con la incorporación de estos nuevos medios de pago digitales al ámbito de estos tipos penales se evitan posibles lagunas de punibilidad que puedan perturbar los bienes jurídicos tutelados en el marco de una relación financiera y comercial cada vez más deslocalizada (Borja Jiménez, 2023, págs. 118-119).

Del texto de la propia Directiva parece desprenderse una exigencia básica para poder considerar estas herramientas como nuevos medios de pago digitales, y es que su uso como forma de pago pueda calificarse de *habitual* o *de uso generalizado*.⁵ Esto hace que, en nuestra opinión, algunos medios que pueden concebirse como digitales y estar orientados a efectuar pagos puntuales (como pudiera ser el caso de una tarjeta-regalo de un determinado comercio), no encajen en la definición legal de este instrumento de pago ni, consecuentemente, sean objeto de este delito al no estar concebidos como métodos o herramientas de pago *habituales* (Borja Jiménez, 2023, pág. 123). Por esta razón, se hace aconsejable un examen circunstanciado de cada medio de pago en la práctica.

Estos medios de pago diferentes del efectivo están específicamente pensados para abarcar instrumentos de pago digitales o electrónicos, que operan, en muchos supuestos, con dinero electrónico o monedas virtuales (por ejemplo, criptomonedas), si bien solo en el caso en que estas puedan usarse de manera habitual para efectuar pagos. La Directiva asimila de este modo las monedas virtuales a las monedas de curso legal, pero también equipara el monedero virtual al resto de los instrumentos de pago tradicionales, como las tarjetas de crédito. Los monederos electrónicos, por tanto, pueden constituir un instrumento de pago (aunque, como advertimos, habrá de estudiarse el caso concreto para valorar su *uso generalizado*).

La Directiva (UE) 2019/713 define en su art. 2 el concepto de *instrumento de pago distinto del efectivo* como «un dispositivo, objeto o registro protegido, material o inmaterial, o una combinación de estos, exceptuada la moneda de curso legal, que, por sí solo o en combinación con

4. Considerando n.º 8 de la Directiva (UE) 2019/713, del Parlamento Europeo y del Consejo.

5. Así se desprende del considerando n.º 10 de la Directiva (UE) 2019/713, del Parlamento Europeo y del Consejo.

un procedimiento o conjunto de procedimientos, permite al titular o usuario transferir dinero o valor monetario incluso a través de medios digitales de intercambio». El legislador español, tras la reforma operada por la Ley Orgánica 14/2022, de 22 de diciembre, ha incorporado un nuevo art. 399 ter CP que, en empleo de una interpretación auténtica, traslada exactamente esta definición al cuerpo del CP. Por su parte, en la Directiva también se define como medio digital de intercambio el dinero electrónico y las monedas virtuales, que a su vez se consideran en el mismo art. 2 como una «representación digital de valor que no ha sido emitida ni está garantizada por un banco central ni por una autoridad pública, no está necesariamente asociada a una moneda de curso legal ni posee la condición jurídica de moneda o dinero, pero que es aceptada por personas físicas o jurídicas como medio de cambio y que puede transferirse, almacenarse y negociarse por medios electrónicos».

Lo que se ha hecho tras la reforma apuntada es adaptar la normativa española para dar expresa cabida a estos medios de pago, que incluyen, entre otros, a los criptoactivos como medio inmaterial de pago para cumplir con las exigencias que demanda el principio de legalidad penal, pues previamente a la modificación se hacía imposible entender incorporados dichos mecanismos en el ámbito típico de la ciberdelincuencia al resultar prohibida toda analogía contra el reo. Pero, además, mediante el nuevo art. 399 ter CP se incluyen también como nuevos medios de pago aplicaciones de pago digitales a través del teléfono móvil u otros dispositivos (v. gr., el archiconocido sistema *Bizum*), abarcándose igualmente, por ejemplo, la tecnología de cadena de bloques (más conocida como *blockchain*) como procedimiento que permite al usuario transferir dinero o cualquier valor monetario (lo que incluye, como se dijo, el uso de instrumentos digitales de intercambio).

Por tanto, tras la reforma se enmarcan en el ámbito típico de la ciberestafa los medios de pago distintos del efectivo de tipo material, pero también inmaterial, lo que da respuesta al actual proceso de desmaterialización de los instrumentos de pago. Estos últimos (los inmateriales) se ubican dentro de aquello que al comienzo denominábamos *cibercriminalidad*. Constituyen mecanismos digitalizados que tienen por finalidad habitual la realización de pagos, lo que incluye tanto las aplicaciones de pago como la tecnología de cadena de bloques, las criptodivisas o los monederos virtuales, según los casos.

Conclusiones

La trasposición de la Directiva supone, pues, una adecuación del sistema penal a la era digital, definiendo de manera más precisa otros medios de pago diferentes a los tradicionales como forma de comisión del delito de ciberestafa, pues habitualmente estarán llamados a operar en entornos digitales o a través de internet. La definición utilizada es, a nuestro juicio, lo suficientemente amplia como para abarcar no solo formas de pago mediante criptodivisas, sino también el uso de cualquier mecanismo digital de transmisión de valor monetario, como los que hemos ejemplificado.

Estudiado el alcance del concepto *medios de pago diferentes del efectivo*, conviene realizar dos críticas finales:

Por un lado, hemos de cuestionarnos por qué el legislador no ha incorporado también estos medios al ámbito del delito de ciberestafa en su modalidad del art. 249.1.a CP, en el que, recordemos, se sancionan conductas de manipulación informática para lograr una transferencia no consentida de cualquier *activo patrimonial* en perjuicio de otro. Si bien el tipo penal sí permitirá sancionar en la práctica, por ejemplo, la manipulación de los *wallets* que albergan criptomonedas (o también, v. gr., las plataformas de *exchange* que permiten el comercio o intercambio de estos productos), no parece del todo claro que el concepto *cualquier activo patrimonial* pueda también acoger en su seno los instrumentos de pago distintos del efectivo que no se han incorporado a esta modalidad de forma expresa. Ante la duda, y dado que el derecho penal no permite realizar interpretaciones análogas contra reo, deberá entenderse que quedan fuera de este precepto, pudiendo indagarse, según las circunstancias del caso, su incardinación en el ámbito típico del art. 249.1.b CP, ya explicado más arriba (Martín, 2022).

Por otro lado, también podemos cuestionarnos la utilidad práctica de seguir manteniendo la enumeración relativa a las tarjetas de crédito o débito y cheques de viaje en los art. 249.1.b, art. 249.2.b, y art. 249.3, toda vez que la incorporación de los instrumentos de pago, materiales o inmateriales, diferentes del efectivo podría englobar sin problemas también aquellos medios más tradicionales.

Referencias bibliográficas

- BORJA JIMÉNEZ, E. (2023). «La reforma de los delitos de falsificación de tarjetas de crédito y débito, cheques de viaje y demás instrumentos de pago distintos del efectivo. La modificación de la disposición común del art. 400 CP». En: GONZÁLEZ CUSSAC, J. L. (coord.), VV. AA. *Comentarios a la LO 14/2022, de reforma del Código Penal*, págs. 105-142. Valencia: Tirant lo Blanch.
- CASTILLO MORO, M. (2022). «Repercusión de Internet y las TIC en las Ciencias Jurídicas: la ciberestafa». *Economist & Jurist*, n.º 263, págs. 16-23.
- DÍAZ GÓMEZ, A. (2010). «El delito informático, su problemática y la cooperación internacional como paradigma de su solución: El Convenio de Budapest». *REDUR*, n.º 8, págs. 169-203. DOI: <https://doi.org/10.18172/redur.4071>
- FERNÁNDEZ BERMEJO, D.; MARTÍNEZ ATIENZA, G. (2020). *Ciberdelitos*. Madrid: Experiencia.
- GALÁN MUÑOZ, A. (2005). *El fraude y la estafa mediante sistemas informáticos: análisis del artículo 248,2 CP*. Valencia: Tirant lo Blanch.
- GONZÁLEZ CUSSAC, J. L. (2023). «Reestructuración de los delitos de estafa y nuevas figuras vinculadas con medios de pago distintos del efectivo». En: GONZÁLEZ CUSSAC, J. L. (coord.), VV. AA. *Comentarios a la LO 14/2022, de reforma del Código Penal*, págs. 39-57. Valencia: Tirant lo Blanch.
- MARTÍN, A. (2022). «Luces y sombras del Proyecto de Reforma del Código Penal en materia de instrumentos de pago distintos del efectivo». *Legal Today* [en línea]. Disponible en: <https://www.legaltoday.com/historico/jurisprudencia/jurisprudencia-penal/luces-y-sombras-del-proyecto-de-reforma-del-codigo-penal-en-materia-de-instrumentos-de-pago-distintos-del-efectivo-2022-07-11/>. [Fecha de consulta: 27 de febrero de 2023].
- NIETO MARTÍN, A.; GARCÍA-MORENO, B. (2021). «Criptomonedas y derecho penal: más allá del blanqueo de capitales». *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, n.º 23-17, págs. 1-31 [en línea]. Disponible en: <http://criminnet.ugr.es/recpc/23/recpc23-17.pdf>
- PELÁEZ SANZ, F. J. (2022). «Qué son y cómo evitar las ciberestafas». *Economist & Jurist*, vol. 30, n.º 257, págs. 84-92.
- SÁNCHEZ DOMINGO, M. B. (2005). «Criminalidad informática: reflexiones acerca del tratamiento penal de la estafa informática y la falsedad documental». En: BELLO PAREDES, S. A. y MURILLO VILLAR, A. (coord), VV. AA. *Estudios jurídicos sobre la sociedad de la información y nuevas tecnologías*, págs. 551-568. Burgos: Universidad de Burgos.

Cita recomendada

BUSTOS RUBIO, Miguel (2023). «La reforma de la ciberestafa y la incorporación de los medios de pago digitales en el Código Penal». *IDP. Revista de Internet, Derecho y Política*, n.º 38. UOC [Fecha de consulta: dd/mm/aa] DOI: <http://dx.doi.org/10.7238/idp.v0i38.413222>



Los textos publicados en esta revista están –si no se indica lo contrario– bajo una licencia Reconocimiento-Sin obras derivadas 3.0 España de Creative Commons. Puede copiarlos, distribuirlos y comunicarlos públicamente siempre que cite su autor y la revista y la institución que los publica (*IDP. Revista de Internet, Derecho y Política*; UOC); no haga con ellos obras derivadas. La licencia completa se puede consultar en: <http://creativecommons.org/licenses/by-nd/3.0/es/deed.es>.

Sobre el autor

Miguel Bustos Rubio

Universidad Internacional de La Rioja

miguel.bustos@unir.net

Profesor Titular de Derecho Penal en la Universidad Internacional de La Rioja y Doctor europeo en Derecho. Sus líneas de investigación en los últimos diez años abarcan las temáticas relativas a la parte general del derecho penal (por ejemplo, el estudio de los delitos omisivos, la tentativa, los delitos acumulativos, la agravante de discriminación por razones socioeconómicas o el estadio de la punibilidad en la teoría jurídica del delito) y a la parte especial del derecho penal (por ejemplo, el estudio del delito de fraude de cotizaciones a la Seguridad Social, el blanqueo de capitales, los delitos de bancarrota, el abandono del lugar del accidente o la financiación ilegal de partidos políticos, entre otros). Especializado en Derecho Penal Económico, en la actualidad cuenta con cinco monografías de autoría única, más de una veintena de artículos en revistas especializadas y multitud de capítulos de libro en obras colectivas, tanto en España como en el extranjero.