

## El bien jurídico protegido en el delito de estafa informática

JAVIER SÁNCHEZ BERNAL<sup>1</sup>

*Universidad de Salamanca*  
jsbernal@gmail.com

### RESUMEN

En la sociedad actual, en que los sistemas informáticos están presentes en la vida cotidiana de los ciudadanos, se hace necesaria la protección jurídica de los valores y derechos de la persona usuaria de tales medios. Ante la creciente adquisición y utilización fraudulenta de datos personales y económicos a través de Internet, es preciso señalar con rigor los intereses del individuo que se protegen en el ordenamiento jurídico penal mediante el delito de estafa informática.

*Palabras clave:* bien jurídico, estafa, delito, *phising*.

### SUMMARY

In the current society, in whom the computer systems are present in the daily life of the community, there becomes necessary the legal protection of the values and rights of the person who uses these means. Because of the increasing obtaining and fraudulent utilization of personal and economic information across Internet, it's necessary to indicate, exactly, the rights of the character that are protected in the criminal legislation by the crime of computer fraud.

*Keyboards:* legal interest, fraud, crime, *phising*.

<sup>1</sup> Javier Sánchez Bernal es estudiante de quinto de Derecho en la Universidad de Salamanca y Becario de Colaboración en el departamento de Derecho Público General, por el Ministerio de Educación, Política Social y Deporte.

## 1. BREVE REFERENCIA A LA ESTAFA INFORMÁTICA: EL *PHISING*

En la sociedad actual, en la que proliferan las Tecnologías de la Información y la Comunicación (TIC's), los sistemas informáticos y telemáticos, en especial Internet, se han convertido en una herramienta común y cotidiana de trabajo, ocio y comunicación entre una amplia mayoría de la población, sin importar edad, preferencias o circunstancias individuales de la persona. Cada día más, Internet es un medio necesario en la vida de los individuos.

Sectores como la banca y las finanzas, los seguros, los transportes, la educación, la Bolsa o las Administraciones Públicas, están influidos directa o indirectamente por la llamada “era de la informática”.

Así, proliferan las páginas web de muy diversos contenidos, foros, redes sociales y otros servicios que resultan útiles en el día a día, y más en la sociedad actual, caracterizada por la falta de tiempo y el acelerado ritmo de vida. Se debe resaltar que a los ordenadores ya no sólo se les encomiendan tareas de procesamiento y archivo de datos, sino que desempeñan una importante labor de toma de decisiones que, en muchos casos, sustituye a las adoptadas por la voluntad humana.

Sin embargo, la red también es aprovechada con fines perversos por individuos que se cobijan en la clandestinidad o el anonimato para cometer actos que atentan en mayor o menor medida contra los bienes jurídicos protegidos de un sujeto o colectividad (utilización fraudulenta de la personalidad, sustracción de información personal bancaria y financiera, hurtos, estafas, blanqueo de capitales, etc.). Esto hace necesaria una respuesta rápida y eficaz del ordenamiento jurídico, que permita prevenir este tipo de conductas antijurídicas y ofrecer a los ciudadanos seguridad y protección en sus transacciones vía telemática y soluciones ante la inexorable masificación de individuos que, a pequeña o gran escala, atentan contra la intimidad e indemnidad de las personas. Hagamos una breve reseña sobre las conductas tipificadas dentro del conocido como delito de “estafa informática” o *phishing*.

### 1.1. DEFINICIÓN

El *phishing* se configura como una de las conductas fraudulentas con más repercusión en la actualidad. Se trata de una práctica encuadrada en el campo de la estafa, que consiste en la adquisición de información confidencial (de carácter económico, personal, o de cualquier otra índole) de forma ilícita, sin consentimiento de su titular; mediante el uso de ingeniería social<sup>2</sup>.

2 En seguridad informática, la “ingeniería social” es la práctica de obtener información confidencial a través de la manipulación de usuarios legítimos. Se trata de obtener datos, acceso o privilegios en los sistemas de información, que permitan realizar un acto perjudicial para un sujeto, o

El infractor, conocido como *phisher*, puede simular ser una persona o empresa de confianza, cometiendo el hecho ilícito mediante una comunicación electrónica aparentemente normal (correo electrónico, mensajería instantánea) o incluso, mediante una llamada telefónica. La persona que lleva a cabo esta actividad delictiva suele camuflarse bajo el nombre de la entidad bancaria habitual u otros servicios contratados por el sujeto engañado con el fin de conseguir códigos, contraseñas, números de tarjetas de crédito u otro tipo de información, especialmente bancaria.

## 1.2. ORIGEN Y PROBLEMÁTICA ACTUAL

El origen de esta práctica se remonta a los años 90 del siglo XX, cuando se obtuvieron cuentas de la compañía AOL a través de números de tarjetas de crédito válidos, generados mediante algoritmos. Con la generalización de MSN, este tipo de conductas han proliferado en esta plataforma de servicios de Internet.

En los últimos tiempos, en los servicios ofrecidos por Microsoft, han aparecido algunas web que, a cambio de mostrar información sobre contactos que han sido eliminados en su servicio de mensajería instantánea, usurpan el nombre y contraseña de los usuarios de MSN<sup>3</sup>.

En la actualidad, las tendencias de esta modalidad delictiva se han centrado en la usurpación de datos personales a la hora de realizar operaciones bancarias en línea (consulta de saldos, transferencias, pagos vía Internet, etc.). Aunque la técnica habitual por parte de los *phishers* consiste en realizar envíos masivos de correos fraudulentos, se ha demostrado que son también capaces de establecer, previamente a ello y de forma selectiva, con qué banco opera un cliente y una vez obtenida esa información, crear el señuelo a la víctima.

## 1.3. TÉCNICAS DE PHISHING

Una de las técnicas utilizadas es aquella que trata de esconder una dirección de correo electrónico en lo que puede parecer la dirección de la organización o ente al que queremos acceder. Para ello, es muy común el uso de *subdominios*.

---

que lo exponga a un riesgo o abuso. Engloba, por tanto, cualquier manipulación para conseguir información privilegiada.

3 Varias han sido las noticias que han salido a la luz en referencia a los agujeros de seguridad de los programas y el navegador de Microsoft. Pueden consultarse: [www.elpais.com/articulo/internet/Firefox/Mac/segueros/rivales/Microsoft/elpeputec/20070921elpepuner\\_7/Tes \(06/03/2009\)](http://www.elpais.com/articulo/internet/Firefox/Mac/segueros/rivales/Microsoft/elpeputec/20070921elpepuner_7/Tes (06/03/2009)).

[www.elpais.com/articulo/internet/Microsoft/confirma/versiones/Explorer/seguera/elpeputec/20081216elpepuner\\_5/Tes \(06/03/2009\)](http://www.elpais.com/articulo/internet/Microsoft/confirma/versiones/Explorer/seguera/elpeputec/20081216elpepuner_5/Tes (06/03/2009)).

[www.tuentidadbancaria.es.webdelfraude.es](http://www.tuentidadbancaria.es.webdelfraude.es)

Éste puede ser un ejemplo de dirección web falsa, que en realidad, te redirige a la web [www.webdelfraude.es](http://www.webdelfraude.es), página web controlada por el *phisher* y que, mediante engaño, solicitará la inclusión de datos de carácter personal en ella, quedando registrados en el sistema.

Otra técnica es la de introducir URLs como la siguiente:

[www.tublog.net@tu.money.estodo/pdfkgdoc.net](http://www.tublog.net@tu.money.estodo/pdfkgdoc.net)

Un observador descuidado puede pensar que está entrando en un servicio de blogs por Internet, en el que dicho sujeto tiene abierta una cuenta, cuando en realidad está accediendo a la web [tu.money.estodo/pdfkgdoc.net](http://tu.money.estodo/pdfkgdoc.net), que registrará los datos que incluyas en la misma para utilizar de forma antijurídica la información obtenida.

Existe la modalidad conocida como “*Cross Site Scripting*”<sup>4</sup>, especialmente peligrosa, cuya detección y prevención de efectos es mucho más compleja que en las anteriores si no se dispone de los medios y conocimientos técnicos necesarios. En este caso, se utiliza para la conducta delictiva el propio código del programa bancario, y tanto la dirección web como los certificados de seguridad parecen correctos. El hecho antijurídico suele producirse cuando al usuario le aparece un mensaje en el que se le solicita verificar su cuenta, para lo que debe introducir los datos que pretenden ser sustraídos. Esta obtención ilícita se produce en el propio enlace al que dirige la dirección web, que permite almacenar los datos del usuario para su posterior utilización, siempre sin su consentimiento. La actividad delictiva suele seguir siempre unos patrones de realización, que podemos subsumir en una serie de fases.

En primer lugar, en esta modalidad de fraude, el usuario malintencionado envía millones de mensajes de correo electrónico falsos que parecen provenir de sitios web reconocidos o de su confianza, como su banco o la empresa de su tarjeta de crédito. Dado que los mensajes y los sitios web a que redirigen estos usuarios parecen oficiales, logran consumir el engaño. El individuo confiado responde a estas solicitudes de correo electrónico con sus números de tarjeta de crédito, contraseñas, información de cuentas u otros datos personales. Para aumentar el realismo de estos mensajes, quien comete la actividad delictiva suele incluir un vínculo falso que parece dirigir al sitio web legítimo, pero en realidad lleva a una web fraudulenta, o incluso a una ventana emergente<sup>5</sup> que tiene la misma apariencia

4 Se trata de un tipo de inseguridad informática o agujero de seguridad basado en la explotación de vulnerabilidades del sistema de validación de HTML incrustado.

5 Ventana emergente: Ventana que aparece repentinamente, sin que el usuario lo solicite, mientras se accede a un sitio web. A menudo, se utilizan con el objeto de mostrar un aviso publicitario de manera intrusiva.

que la página web legítima. La información transmitida es conocida directamente por el infractor. Se comete el *phishing* cuando los autores del engaño comienzan a retirar cantidades de dinero de dichas cuentas (pueden también realizar compras, solicitar nuevas tarjetas de crédito, etc.), siendo transmitido el capital a cuentas bancarias de los intermediarios, que reciben una comisión por el trabajo realizado. Posteriormente y por último, los intermediarios colocan el dinero en las cuentas bancarias de los autores de la conducta delictiva, generalmente situadas en entidades de paraísos fiscales<sup>6</sup>.

#### 1.4. BLANQUEO DEL DINERO PRODUCTO DEL *PHISHING*

Sin entrar a valorar en este análisis ningún tipo delictivo, quizá sea preciso señalar de qué forma se produce la “legalización” de los capitales que provienen de estas prácticas delictivas. La forma más habitual es la creación de “sociedades tapadera”, también conocidas como “sociedades fantasma”; dedicadas a una multitud de actividades (normalmente, de tráfico pecuniario rápido, como teletrabajos a cambio de un sueldo importante, trabajos a comisión, etc.).

El oferente de dichos empleos facilitará al sujeto unos formularios que incluyan un número de cuenta bancaria, para que el empleador pueda transferir el sueldo, que no es otro que capital proveniente de actividades fraudulentas.

## 2. ANÁLISIS DEL BIEN JURÍDICO PROTEGIDO

### 2.1. CONSIDERACIONES INICIALES EN TORNO AL BIEN JURÍDICO

No es tarea sencilla la de definir qué se entiende por bien jurídico. La consideración del Derecho penal como *ultima ratio* a la hora de solucionar un problema jurídico, impone la necesidad de tener bien claras las razones por las que se debe justificar la intervención coercitiva del Estado.

Ya en el lejano Derecho romano, se entendía que la facultad de castigar del Estado, o de la comunidad misma, debía estar justificada por un precepto imperativo y general, como lo demuestra el aforismo *nullum crimen, nulla poena sine lege*. Y hoy en día, esta “legalidad del Derecho penal” se ve reforzada por la una-

6 Paraíso fiscal: País o territorio donde la ausencia o parvedad de impuestos y controles financieros aplicables a los extranjeros residentes constituye un eficaz incentivo para atraer capitales del exterior. Definición ofrecida por el Diccionario de la Real Academia Española <http://www.rae.es/rae.html> (12/11/2008).

nimidad de la doctrina, que resalta por encima de cualquier otra cosa, la *función protectora de bienes jurídicos* que posee la norma penal<sup>7</sup>.

Se trata, por tanto, de encontrar el interés socialmente protegido o valor relevante, cuya infracción va a motivar que se ponga en marcha la maquinaria estatal con su mayor arma: el derecho a castigar (*ius puniendi*). Así, el bien jurídico protegido va a legitimar la norma penal, siguiendo criterios constitucionalmente sustanciales, como la proporcionalidad, la legalidad o el principio de intervención mínima.

El debate en torno al bien jurídico protegido no es baladí, puesto que su determinación y delimitación (su naturaleza, su extensión y límites, o su necesidad y alcance de protección) van a resultar decisivos en los efectos que van a desplegar las específicas figuras contenidas en la parte especial del Derecho penal; llegando a decidir, por ejemplo, la tipicidad o atipicidad de una determinada conducta o la interposición de penas y otras consecuencias jurídicas bien distintas entre sí.

Por ello, la toma de postura en la discusión que nos ocupa puede tener una relevancia ineludible, debido a que puede conllevar la vulneración de derechos y facultades individuales igualmente protegidos, estando amparados en la norma penal.

Se circunscribe esta discusión, además, en la función preventiva especial de la pena, como resocializadora del individuo, que hace más intensa la necesidad de encontrar un elemento a proteger que justifique la intervención de la jurisdicción penal. No podemos olvidar la paradoja que se produce con la intervención del Estado, al enfrentarse, por un lado, su función como garante de la seguridad y, por lo tanto, asegurador de la libertad y, por la otra, el temor que inspira, como amenazador y limitador de dicha libertad por el uso del *ius puniendi*.

Según las teorías del Estado liberal, a éste le corresponde garantizar la paz y el orden social burgués, mediante una regulación normativa de un marco concreto de relaciones sociales y excluyendo toda otra forma de relaciones sociales que sobrepasen dicho marco normativo.

## 2.2. EL DERECHO SUBJETIVO COMO OBJETO DE PROTECCIÓN

Se debe partir, para entender la importancia del estudio de un bien jurídico, de la idea de que un delito es una lesión de un derecho.

Haciendo referencia a la visión del delito como expresión de la teoría del contrato social en el Derecho penal desarrollada por Hormazábal Malarée<sup>8</sup>, los hom-

7 F. Muñoz Conde, *Teoría general del delito*, Valencia <sup>2</sup>1989, 55.

8 H. Hormazábal Malarée, *Bien jurídico y Estado social y democrático de Derecho: el objeto protegido por la norma penal*, Barcelona 1991, 13.

bres al crear una comunidad, deciden confiar al Estado la conservación de la nueva situación establecida. Por tanto, la conminación penal del Estado sólo quedaría legitimada respecto de conductas que fueran consideradas socialmente dañinas. A fin de cuentas, conductas que ponen en peligro la existencia del Estado mismo, por cuanto se producía una vulneración de las condiciones de vida de que éste es garante.

Además, hay que tener en cuenta que la protección de derechos subjetivos individuales y de la comunidad supone una limitación al propio derecho a castigar que posee el Estado.

### 2.3. LA RELACIÓN DEL BIEN JURÍDICO PROTEGIDO CON LA NORMA PENAL

En un Estado social y democrático de Derecho, la configuración del objeto susceptible de ser protegido por la norma penal no puede estar reducida a una exclusiva decisión del legislador. En el aspecto formal, como consecuencia del ya mencionado principio de legalidad, el precepto penal será el resultado de un proceso legislativo (adecuado al ordenamiento jurídico mismo en el que va a formar parte), pero la determinación del bien jurídico; su origen por tanto, corresponde a la base social que motivará la decisión legislativa de las autoridades políticas que tengan el deber formal de materializar dicha decisión. La individualización del bien jurídico que ha de protegerse con cada norma penal es un ejercicio puramente constitucional. Sólo de una sociedad democrática puede surgir el bien jurídico<sup>9</sup>.

La configuración de un concreto bien jurídico irá siempre de acuerdo con el conjunto de materias y objetivos tutelados por el ordenamiento jurídico en que se incardine la rama penal. Siendo aceptado el origen social de los bienes jurídicos, las dificultades surgen cuando se trata de concretar en cada caso qué “condiciones” merecen la protección penal, puesto que la vida social se desarrolla abarcando muy diversas relaciones y, así, el legislador se encuentra un elenco de necesidades sociales en clave de conflicto<sup>10</sup>.

### 2.4. BIEN JURÍDICO: TIPICIDAD Y CONSECUENCIAS JURÍDICAS

Determinar la tipicidad o atipicidad de una conducta constituye un proceso sustancialmente valorativo. Señalar el tipo penal no es sólo un sumatorio de elementos subjetivos y objetivos; sino que implica una valoración de otros parámetros, como la intensidad de presencia de cada uno de ellos en una concreta conducta.

9 *Ib.*, 143.

10 S. Mir Puig, *Derecho Penal parte general*, Barcelona 2004, 169.

Para cierto sector de la doctrina, señalar que el tipo penal es simplemente el continente de una acción cuya realización condicionada por los demás elementos típicos da lugar a responsabilidad penal es errar por defecto. Entienden, en suma, que dentro de cada tipo está expresada una situación social, una vinculación concreta entre dos o más sujetos en un contexto social, en el marco de un proceso interactivo. Uno de los puntos más discutidos en las disquisiciones acerca del bien jurídico es lo que se refiere a su contenido. Se trata, básicamente, de poder marcar un criterio definidor en la selección de los intereses a proteger en cada caso.

Como apunta acertadamente Gutiérrez Francés<sup>11</sup>, dos son las teorías que conviven a la hora de explicar este criterio rector en la búsqueda de los intereses relevantes. De un lado, las teorías constitucionales, que entienden explícitos en la Norma Fundamental los criterios para realizar esta selección y, de otro, las teorías sociológicas, que remiten de forma directa a la realidad social a todo aquél que pretenda dotar de contenido material la noción de bien jurídico. Pero la visión más acertada parece ser la de considerar que en el marco de un Estado social y democrático de Derecho, la Constitución aporta el marco referencial ineludible al bien jurídico habiendo establecido, como se ha hecho anteriormente, el origen social de esos intereses que deben protegerse con cada norma penal.

Y es clara la importancia de la Constitución en la configuración de los bienes jurídicos, como se ve representada con los llamados “bienes jurídicos colectivos”, cuya existencia, alcance y significación sólo puede entenderse bajo un prisma constitucional.

Es importante subrayar que, en un Estado liberal democrático, se acentuará la protección de bienes jurídicos individuales (tanto en contraposición a lo que supone un Estado absoluto, como por consecuencia de la no intervención estatal activa en los procesos sociales económicos). Pero en el nuevo modelo social, ya recogido en nuestra Constitución de 1978, el Estado adquiere una importante función correctora de las disfunciones sociales, adquiriendo carta de naturaleza y, por consiguiente, valor protegido los intereses supraindividuales. De esta forma, el bien jurídico termina identificándose con la *ratio* de las disposiciones legales, además de establecerse como criterio interpretador y limitativo de los propios tipos penales.

Pero existe una dificultad. Muchos tipos han sido creados de forma arbitraria, sin tomar en consideración el bien jurídico y, por otra parte, la sociedad evoluciona de forma constante, generando nuevos bienes jurídicos o transformando el contenido de los ya existentes. Pero todo bien sigue desplegando una importante actividad crítica, estableciendo un nexo de unión entre la realidad social y el Derecho<sup>12</sup>.

11 M. L. Gutiérrez Francés, *Fraude informático y estafa*. Madrid 1991, 204.

12 *Ib.*, 210.

Tan sólo teniendo clara esta función, podemos esperar que el Derecho penal que surja sea dinámico, adaptado a los tiempos para los que debe ser aplicado y con una capacidad de adecuación que permita sobrevivir a la norma penal en un marco de cambios incesantes en la sociedad. Sólo así, efectivamente, el bien jurídico actúa como límite real del *ius puniendi* estatal, “en la medida en que la legitimidad de su ejercicio reside en la exclusiva protección de las relaciones sociales concretas en una sociedad democrática”<sup>13</sup>.

Si únicamente nos centramos en la dimensión dogmática del bien jurídico, sin conectarlo con el entramado social dinámico que justifica la intervención penal concreta, estaremos desvirtuándolo de su valor como herramienta por excelencia y criterio inspirador de una determinada reforma penal, vaciando de contenido la política criminal seguida en el supuesto de que se trate. La consecuencia jurídica por excelencia, la pena, no es sino el reflejo de una valoración de bienes jurídicos protegidos, cuya infracción se encuentra tipificada en un texto legal.

Como expone Hormazábal Malarée<sup>14</sup>, el Estado protege los bienes jurídicos mediante la pena. Así, en el proceso de selección de bienes y determinación de la intensidad de su protección, el Estado opera dentro del marco de discrecionalidad que le permiten sus atributos de *social y democrático de Derecho*. Por tanto, el bien jurídico es el fundamento de la existencia de la pena que, en una singular relación de reciprocidad, tiene como fundamento último la protección eficaz de los primeros. Esto nos posibilita establecer una dualidad; en el sentido de que, en el marco de un Estado social y democrático de Derecho, hablar de política criminal es sinónimo de política de protección de bienes jurídicos.

Y esta argumentación lleva aparejada, indisolublemente, la posibilidad que el propio sistema penal ofrece de llevar a cabo una crítica fundamentada de su propia base de legitimación. En otras palabras, es posible realizar un análisis individualizado para cada bien jurídico, discuriendo la necesidad de protección del mismo, la intensidad y los mecanismos necesarios para ello. Permite, en definitiva, una revisión pautada del sistema penal en su conjunto y del mismo Estado, convirtiéndose en condición necesaria de un sistema democrático.

## 2.5. LOS BIENES JURÍDICOS Y SU FUNCIÓN SISTEMATIZADORA

Como se ha visto, el bien jurídico posee un fundamento amplio; de vital importancia para la consecución de un sistema penal coherente. En este punto, no

13 J. M. Valle Muñoz, *El delito de estafa*, Barcelona 1987, 72.

14 H. Hormazábal Malarée, *Bien jurídico y Estado social y democrático de Derecho: el objeto protegido por la norma penal*, Barcelona, 1991, 175.

podemos olvidar otra de las funciones imprescindibles de los bienes jurídicos: se configuran como un criterio de sistematización de las normas penales positivas y los códigos y compendios de ellas. Sirva de ejemplo el Código penal español de 1995, cuyos tipos delictivos de la parte especial están distribuidos en función del bien jurídico, o la clase de ellos, a la que protegen.

## 2.6. EL BIEN JURÍDICO PROTEGIDO EN LOS DELITOS INFORMÁTICOS

La aparición de nuevos tipos penales específicamente dedicados a sancionar aquellas conductas que atentan contra bienes jurídicos, tanto tradicionales como de nueva creación, mediante la utilización de los medios informáticos, tecnologías telemáticas e Internet, ha generado un debate doctrinal que versa, fundamentalmente, sobre la posibilidad de agrupar todas estas figuras delictivas en el genérico “delito informático”, concepto acuñado por un cierto sector pero que, con la regulación positiva actual, carece de respaldo legal en el ordenamiento jurídico estatal<sup>15</sup>.

La primera premisa que se ha de tener en cuenta es la amplitud del concepto “cibercrimen” o “ciberterrorismo”. Bajo esta denominación, podemos encontrar una multitud de definiciones. Alguna de ellas, puede ser la formulada por Colodrás Lozano que, al hablar de “ciberterrorismo”, precisa que se trata del “conjunto de acciones, habitualmente anónimas, destinadas a dañar o dejar fuera de servicio temporalmente sistemas informáticos de agencias gubernamentales o de grandes firmas comerciales, o su seguridad o su información, menoscabando su imagen y credibilidad, por razones políticas o ideológicas; o contra recursos estratégicos y datos reservados de redes privadas, por venganza o por razones económicas; o contra los ordenadores personales de particulares para la obtención de información de sus cuentas”<sup>16</sup>.

La segunda es que este tipo de delincuencia trasciende los límites eminentemente jurídicos, para convertirse en un problema de necesario tratamiento multidisciplinar. Siendo esto así, se debe aclarar que el concepto de delito informático tiene un origen eminentemente doctrinal y no legal, y una definición aproximada, puede elaborarse como sigue, entendiéndose todas las “...conductas criminales que se realicen a través del ordenador electrónico, o que afecten al funcionamiento de los sistemas informáticos”<sup>17</sup>.

15 A. Galán Muñoz, *El fraude y la estafa mediante sistemas informáticos*, Valencia 2005, 29-30.

16 J. M. Colodrás Lozano, *La investigación de los delitos tecnológicos en España*, Madrid 2005.

17 E. Pérez Luño, *Manual de Derecho Informático y Derecho*, Barcelona 1996, 69.

Por todo ello, es claro que la categoría de delito informático va a hacer referencia a un conjunto de conductas que pueden, potencialmente, vulnerar una pluralidad de bienes jurídicos; desde la vida, la intimidad o el honor hasta el patrimonio o el orden socioeconómico, con la nota común de que se cometieran o pudieran cometerse a través de una conexión y el uso mediato o inmediato de sistemas de tratamiento electrónico de datos, así como aquellos cuyo objeto material tuviese naturaleza informática. En otras palabras, lo que caracteriza a los mencionados delitos no es una misma lesividad (a saber, no se agrupan porque atenten contra un mismo bien jurídico protegido por el ordenamiento), sino que el punto de conexión clave se encuentra en el hecho de que para delinquir se utilicen sistemas informáticos, telemáticos e Internet. Dado que el objeto de este trabajo es examinar preferentemente los ilícitos informáticos patrimoniales de enriquecimiento (entendiendo aquí patrimonial como sinónimo de económico –incluyendo protegida la propiedad y otros bienes jurídicos afines–), daremos relevancia a los tipos penales que vulneren esta tipología de intereses, sin olvidar algún otro supuesto de relevancia.

Ciertamente el Derecho penal, como conjunto normativo, no es sino un instrumento de control social que tiene como función primordial, como ya sabemos, el mantenimiento de un determinado orden social. En este sentido, es indudable que el delito de estafa informática debe ser entendido como una norma tendente a asegurar unas bases en las relaciones sociales patrimoniales que se desarrollan mediante la utilización de sistemas informáticos.

Es imprescindible comprender que sólo si se parte de una correcta delimitación del bien jurídico protegido por un delito, –no podemos olvidar que es siempre preferida una visión garantista del Derecho penal–, se podrá definir adecuadamente el injusto típico que éste vendrá a sancionar<sup>18</sup>.

## 2.7. PUNTO DE PARTIDA: EL PATRIMONIO COMO BIEN JURÍDICO PROTEGIDO

Lo primero que es necesario apuntar aquí es que el concepto mismo de patrimonio tiene un origen *Ius privatista*, lo cual va a hacer necesaria una reconsideración para ser tratado desde una rama de Derecho público, como es el Derecho penal. Pero en el caso de este bien jurídico, nos encontramos con una dificultad

18 A este respecto, Galán Muñoz defiende que el bien jurídico se configura como la pieza clave del tipo del injusto de todo delito, por cuanto su afección no sólo resulta necesaria para determinar qué conductas y en qué condiciones deben ser sancionadas con una pena, sino que también será el referente fundamental para concretar la magnitud de la sanción que le será aplicada; resultado de la conjunción de dos magnitudes: la importancia del bien jurídico que se ha infringido con la conducta y la gravedad de dicha vulneración (cuantificada como mera *puesta en peligro* o *efectiva lesión*). En *Fraude y la estafa mediante sistemas informáticos*, Valencia 2005, 188.

añadida, al comprobar cómo éste no es un término unívoco ni existe en la doctrina unánimemente a la hora de apreciar las acepciones del concepto, la naturaleza, el contenido o sus clases.

Como desarrolla Cáceres Ruiz<sup>19</sup>, debe señalarse la existencia de tres concepciones diferentes de *patrimonio*: la jurídica, la económica y la económico-jurídica.

En lo que se refiere a la concepción jurídica, el patrimonio está integrado por "...el conjunto de derechos patrimoniales de una persona, esto es, aquellos valores económicos que son reconocidos como derechos subjetivos patrimoniales por el derecho objetivo". Este concepto ha sido severamente criticado por cierto sector de la doctrina, por su imprecisión al referirse a "derechos subjetivos patrimoniales", tanto como su vaguedad por cuanto excluye valores no integrados en el derecho objetivo, como las expectativas, que tienen su importancia en el tráfico y, desde el punto de vista económico, son incluso cuantificables en dinero.

El punto de vista económico considera el patrimonio como "el conjunto de valores económicos de los que, de hecho, dispone una persona." El problema de llevar al extremo esta visión estribaría en que el Derecho penal podría llegar a proteger formas de patrimonio ilegítimas.

Por último, la tesis mixta o económico-jurídica, va a circunscribir la noción de patrimonio a los bienes y derechos patrimoniales económicamente evaluables, exigiendo que sean poseídos por el sujeto en virtud de una relación reconocida por el ordenamiento jurídico. Se trata, en suma, de determinar cuál es el objeto de tutela y, correlativamente, establecer cuándo se ha producido materialmente la lesión.

El inconveniente de este concepto, para Cáceres Ruiz, es que sólo va a ser predicable para ciertos tipos delictivos del Título (caso del hurto, robo, apropiación indebida, insolvencias fraudulentas, usurpación, daños y defraudaciones de fluido). En otros casos, será necesaria una configuración propia del patrimonio (estafa), debiendo aminorar el sentido estrictamente patrimonial (propiedad industrial e intelectual) o descubriendo un frágil ligamen a lo patrimonial-personal (como ocurre con las alteraciones de precios en subastas, delitos relativos al mercado y los consumidores o delitos societarios).

Por ello, en el campo en el que se desarrolla este trabajo, esta concepción económico-jurídica no servirá para sustanciar los tipos penales estudiados. Tampoco será útil, en este punto, utilizar una tesis personal del patrimonio, la cual considera éste como un "medio de realización de la personalidad del individuo". Para el caso concreto de la estafa, los primeros esfuerzos a la hora de determinar qué entender por el bien jurídico patrimonio se remontan al Derecho romano, en la medida en que los comportamientos incluidos en la Antigüedad clásica dentro

19 L. Cáceres Ruiz, *Delitos contra el patrimonio: aspectos penales y criminológicos. Especial referencia a Badajoz*, Madrid 2006, 22.

del llamado “crimen *stellionatus*”, han llegado prácticamente en situación idéntica hasta nuestros días, integrados en el delito de estafa. Así, los problemas que arrastraba aquel “crimen *stellionatus*” llegan hasta la actualidad (básicamente, la propia incardinación de la figura en el planteamiento general del Derecho romano y el problema de su configuración, en un equilibrio entre los ataques al patrimonio y las falsedades)<sup>20</sup>.

La continua discusión entre la doctrina acerca de la delimitación de la estafa con el campo civil de los negocios ilícitos, se vino manteniendo en el siglo XIX, momento histórico de la conformación de la estafa como delito contra el patrimonio y perdura viva hoy, existiendo una controversia de fondo relativa a la extensión y fronteras entre la ilicitud civil y la penal.

## 2.8. LA CONTROVERSIA CON LA PROPIEDAD Y LA TESIS DE UN DOBLE BIEN JURÍDICO PROTEGIDO

La doctrina de finales del siglo XX se posicionó de manera prácticamente unánime a favor de considerar al patrimonio como único bien jurídico objeto del delito de estafa electrónica, no quedando constreñido este tipo al derecho real de propiedad, sino que puede afectar a cualesquiera otros elementos integrantes del concepto jurídico de patrimonio (bienes muebles e inmuebles; derechos reales y de crédito)<sup>21</sup>. Para algunos autores, el ataque a algunos de dichos elementos no será suficiente para la apreciación de la estafa, si además no se produce una disminución económica del patrimonio, observado como conjunto, a diferencia de otros tipos delictivos que puedan llegar a sancionar conductas individuales, como el caso del hurto o el robo. Sobre la cuestión de la presencia de un segundo bien jurídico tutelado por el delito de estafa informática, presenta escaso interés para la generalidad de los penalistas en la actualidad.

Adelantando lo que se analizará en el siguiente apartado, sólo algunos autores inician una leve defensa de la “buena fe en el tráfico”, que se ha conservado como único vestigio del histórico debate, quizá por haber sido defendida por autores de relevancia como Antón Oneca.

## 2.9. EL DELITO DE ESTAFA INFORMÁTICA, PROTECTOR DE UN BIEN JURÍDICO INTERMEDIO

Según expone Galán Muñoz, el delito de estafa informática se caracteriza por ser un delito protector de un bien jurídico intermedio; siendo considerado un

20 M. L. Gutiérrez Francés, *Fraude informático y estafa*, Madrid 1991, 210-212.

21 *Ib.*, 214 y ss.

delito de peligro-lesión. Como punto de partida para el desarrollo de la tesis, niega la necesidad de interpretar de forma vinculada el delito de estafa y el de estafa informática. Así, considera que este nuevo tipo delictivo debe entenderse protector no sólo de bienes jurídicos individuales; sino de bienes jurídicos eminentemente colectivos, siendo clasificado entre los delitos económicos en sentido amplio. De ahí, la concepción del bien jurídico como intermedio, pues protege, según este sector de la doctrina, intereses de naturaleza muy diversa. El problema que surge en este punto es diferenciar este tipo delictivo frente a los tipos que pueden considerarse como meros delitos pluriofensivos de peligro<sup>22</sup>.

Para Mata y Martín, la principal diferencia entre ambos tipos estriba en que los delitos protectores de bien jurídico intermedio, frente a los pluriofensivos de peligro, se caracterizan por el hecho de que para su consumación siempre se exigirá la efectiva lesión de uno de los dos valores –intereses protegidos– que lo conforman, el colectivo o el individual, dotando a los primeros de una estructura de delitos de lesión y peligro, claramente diferenciados respecto de los pluriofensivos<sup>23</sup>.

Como se ha visto, en el supuesto de considerar la estafa informática como un delito protector de valores económicos supraindividuales, poseería una configuración como un delito en que su conducta típica tendería a ocasionar la inmediata lesión de un bien de naturaleza individual –el patrimonio–, ocasionando de tal modo la mediata y abstracta puesta en peligro de otro bien jurídico de naturaleza colectiva, que no es otro que el correcto funcionamiento de determinados sistemas informáticos. Estructura delictiva objeto, aún hoy día, de un profundo debate doctrinal. Sin entrar al detalle en esta cuestión, sí sería conveniente señalar sucintamente las posturas encontradas al respecto de esta consideración.

Como refleja Galán Muñoz, para cierto sector de la doctrina es evidente la existencia fáctica de este tipo de delitos, configurándose esta estructura como una de las vías que legitiman la introducción de la técnica de peligro abstracto en los delitos económicos<sup>24</sup>.

22 A. Galán Muñoz, *El fraude y la estafa mediante sistemas informáticos*, Valencia 2005, 197 y ss.

23 Vid. R. M. Mata y Martín, *Bienes jurídicos Intermedios y delitos de peligro...*, 58, donde alude expresamente a la clasificación de delitos de peligro que en su día efectuó D. M. Luzón Peña, según la cual, se podría distinguir, de entre los delitos de peligro, una categoría de tipos que se denominarían “delitos de lesión y peligro”, en atención precisamente a cada uno de los bienes que se tomaban en consideración en los mismos. En *Curso de Derecho Penal, parte General I*, Madrid 1996, 314.

24 Vid. En este sentido lo manifestado por C. Martínez-Buján Pérez, quien señala expresamente que “...la idea del peligro abstracto está presente a la hora de la tipificación de aquellos delitos que tutelan bienes jurídicos inmateriales, institucionalizados o espiritualizados, no reconducibles a bienes jurídicos individuales... en tal supuesto el referido bien jurídico colectivo inmaterial no es sus-

Otros autores, sin embargo, esgrimen razones de política criminal para rechazar esta tipología delictiva. El argumento presentado en contra es lógico en su formulación. Si otorgamos relevancia penal a la conducta delictiva desde el mismo momento en que se hubiese generado una simple puesta en peligro del bien jurídico colectivo, se estarían amenazando penalmente comportamientos cuyo estado de ejecución se encuentran muy lejanos al punto de apreciar una verdadera perturbación de dicho bien jurídico. Es decir, se estaría adelantando la intervención penal hasta un límite inaceptable, para este sector doctrinal. Deben denotarse las consecuencias más negativas de esta concepción; por una parte, siempre desde el punto de vista de estos autores, se contravendría uno de los principios rectores de la intervención penal: la intervención mínima. De otra parte, generaría una importante indefinición en cuanto la delimitación de las conductas sancionadas con tales delitos. En todo caso, parece adecuado señalar aquí que el bien jurídico protegido por el delito de estafa informática no puede definirse únicamente mediante una mera remisión al delito de estafa común. Por tanto, es necesaria ahora la determinación concreta de qué se entiende jurídicamente por patrimonio.

## 2.10. CONTENIDO MATERIAL DEL CONCEPTO PATRIMONIO

Según defiende Galán Muñoz, dotar de contenido material al bien jurídico patrimonio llevará a rechazar que la postura que sostiene que la violación de la legislación civil vigente referida a dicho concepto en cada concreto momento y en cada modelo de sociedad pudiese convertirse en el único referente válido de la antijuridicidad de los delitos destinados a protegerlo, puesto que ello implicaría convertir al Derecho penal en una suerte de Derecho accesorio al orden civil, sancionador de aquellas conductas contrarias al concreto orden social establecido.

Sin embargo, tampoco debe entenderse que el concepto de patrimonio se agote en la visión personal del mismo, de tal forma que la utilidad que de éste pretendiese su titular deba ser considerado el elemento esencial del contenido material de este bien jurídico. Por tanto, no debe construirse una categoría delictiva que sancione, únicamente, el impedimento de consecución de la utilidad deseada mediante el patrimonio por su titular; frustración de esta utilidad que no puede rellenar por completo el contenido del injusto<sup>25</sup>. De llevar a efecto esta concepción,

---

ceptible de lesión ni siquiera de puesta en concreto peligro por cada conducta individual. De ahí que, desde la perspectiva del bien jurídico colectivo, la técnica de construcción de esta clase de delitos sea la de los tipos de peligro abstracto, con la reseñada e importante particularidad de que la concreta tipicidad se vincula formalmente a la lesión de un bien jurídico intermedio con función representativa". En *Derecho Penal Económico...*, 103 y ss.

25 A. Galán Muñoz, *El fraude y la estafa...*, 240 y ss.

se produciría una inadmisibles subjetivización del contenido de este bien jurídico, provocándose importantes dificultades a la hora de delimitar el objeto material protegido, puesto en relación con la mera voluntad o libertad de disposición de su titular. Es decir, desde una concepción personal del patrimonio, se estarían utilizando elementos característicos del Derecho privado para fundamentar la antijuridicidad –y, por tanto, tipicidad– de una determinada conducta.

Establecer el patrimonio individual como el bien jurídico protegido por el delito de estafa informática podría llegar a ser motivo suficiente para incluir este delito dentro del capítulo del Código penal referido a las defraudaciones, más aún, si se entendiese que esto supondría la automática exclusión de la posibilidad de calificar a su injusto como próximo a los protegidos mediante los delitos de apropiación. Conclusión que sería alcanzada, inevitablemente, al entender que los delitos de apropiación vienen a proteger la propiedad en sentido formal, aun cuando la conducta antijurídica estuviese desprovista de relevancia patrimonial alguna. Sin embargo, según la opinión mayoritaria de la doctrina, es inviable tomar en consideración un concepto exclusivamente formal de propiedad, como el emanado de la lógica civilista para tratar de determinar el bien jurídico protegido en este tipo de conductas típicas<sup>26</sup>.

Son de interés las distintas propuestas doctrinales acerca de la relación entre el concepto material de patrimonio y el concreto valor o interés material protegido penalmente en las conductas delictivas típicas; propuestas que van desde quienes consideran que el bien jurídico de este tipo de delitos es el patrimonio en general, hasta entender que se protege exclusivamente la propiedad, la posesión o, incluso, una combinación de éstas últimas<sup>27</sup>.

Puede concluirse, tal y como lo hace Galán Muñoz, que adoptar el patrimonio como bien jurídico protegido por el delito de estafa informática no niega el carácter de ésta de delito de apoderamiento, ni tampoco permite afirmar que se trate de una conducta de naturaleza defraudatoria y próxima a la estafa común. Es por ello que, sentadas las bases conceptuales sobre su carácter y naturaleza jurídica, la concreción de los intereses protegidos por este tipo delictivo no está exenta de un arduo debate doctrinal<sup>28</sup>.

26 Vid. N. de la Mata Barranco, *Tutela penal de la propiedad y delitos de apropiación...*, 86 y ss.

27 A. Galán Muñoz, *El fraude y la estafa...*, 270-271. Ofrece una interpretación e integración de varias teorías sobre del bien jurídico patrimonio y el interés material protegido. Véanse las tesis defendidas, acerca de este debate, por ciertos sectores doctrinales. S. Huerta Tolcido, “Los delitos patrimoniales en el proyecto de Código Penal de 1980”, CPC (1981) 479; J. J. González Rus, *Curso de Derecho Penal Español...*, 562; T. S. Vives Antón, y J. L. González Cussac, *Comentarios al Código Penal de 1995*, vol. II, 116; M. García Arán, *El delito de hurto*, Valencia 1998, 46-51.

28 A. Galán Muñoz, *El fraude y la estafa...*, 281-282.

### 3. CONSIDERACIÓN FINAL: EL BIEN JURÍDICO PROTEGIDO, CONCRECIÓN

Tras el profundo estudio que se ha realizado, podemos concluir que el bien jurídico que protege el delito de estafa, siguiendo la opinión mayoritaria de la doctrina, es el patrimonio, entendido de forma amplia; a saber, como conjunto de derechos, bienes y relaciones jurídicas de que puede ser titular un sujeto; encuadrando, por tanto, este tipo delictivo, dentro de la categoría genérica, ya mencionada anteriormente, de delitos económicos de enriquecimiento, con la particularidad de tratarse de un tipo de delitos de apoderamiento.