

Proyecto de Ley para la transposición de directivas de la Unión Europea en materia de fraude digital

Mayte Requejo Naveros, Sofía Larrauri Rodríguez de Viguri

El pasado 20 de mayo de 2022 el Consejo de Ministros aprobó el Proyecto de Ley Orgánica (el “**Proyecto de Ley**”) por la que se modifican la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal, para la transposición de directivas en materia de lucha contra el fraude y la falsificación de medios de pago distintos del efectivo y abuso de mercado, y la Ley Orgánica 7/2014, de 12 de noviembre, sobre intercambio de información de antecedentes penales y consideración de resoluciones judiciales penales en la Unión Europea (“**Ley Orgánica 7/2014**”).

Concretamente, el Proyecto de Ley transpone –o perfecciona la transposición ya realizada– tres Directivas: (i) la 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 (“**Directiva 2019/713**”), la cual regula los métodos de lucha contra el fraude digital y las sanciones por el uso fraudulento de medios de pago relacionados con las nuevas tecnologías; (ii) la Directiva 2014/57 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 16 de abril de 2014, sobre las sanciones penales aplicables al abuso de mercado (“**Directiva 2014/57**”), cuyo objetivo es la lucha contra la corrupción económica y, entre otras conductas, sanciona el abuso de mercado que se produce mediante el uso de información privilegiada (*insider trading*); y (iii) la Directiva 2019/884 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 17 de abril de 2019, por la que se modifica la Decisión Marco 2009/315/JAI del Consejo, que transforma el sistema de intercambio de información de antecedentes penales de nacionales de terceros países e introduce el Sistema Europeo de Información de Antecedentes Penales (“**ECRIS**”), previendo el uso de la imagen facial y de la huella dactilar para favorecer la retransmisibilidad de condenas entre Estados miembros de la UE (“**Directiva 2019/884**”).

A través de esta nueva normativa se han introducido importantes novedades tanto en el Código Penal como en la Ley Orgánica 7/2014. Actualmente, el Proyecto de Ley se encuentra en el plazo de enmiendas, el cual finaliza el 7 de junio de 2022.

El objetivo esencial que persigue el Proyecto de Ley es cumplir con los compromisos normativos establecidos con la Unión Europea y adaptar la actual regulación a las nuevas formas de delincuencia, contribuyendo así a la armonización de los ordenamientos jurídicos de los Estados Miembros de la UE.

Destacamos a continuación sus novedades más sobresalientes:

1. Protección penal de “tercera generación”

Dado el crecimiento de la ciberdelincuencia a través de monedas virtuales, con esta transposición y consecuente reforma se explicitan y actualizan en nuestro Código Penal todas las conductas cuya tipificación autónoma exige la Directiva 2019/713, así como sus correspondientes penas.

En primer lugar, se introduce el nuevo concepto normativo de “*cualquier otro instrumento de pago distinto del efectivo*”, definido en el nuevo artículo 399 *ter* CP, conforme al cual “[a] los efectos de este Código, se entiende por instrumento de pago distinto del efectivo cualquier 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 un procedimiento o conjunto de procedimientos, permite al titular o usuario transferir dinero o valor monetario incluso a través de medios digitales de intercambio”. Esto supone la inclusión de una cláusula de interpretación auténtica del concepto de moneda virtual, así como una definición de este tipo de instrumentos de pagos abierta y adaptable a los constantes y futuros avances tecnológicos, persiguiendo el uso fraudulento de nuevos medios de pago digitales, extendidos cada vez más en nuestra sociedad.

En este sentido, se incluyen todos los instrumentos de pago distintos del efectivo, en donde se contienen las monedas virtuales y otros criptoactivos, así como monederos electrónicos y aplicaciones de pago a través del teléfono móvil que puedan utilizarse de forma recurrente para llevar a cabo diferentes pagos.

Junto con este concepto normativo, se incluye la expresión “*cualquier otro medio diseñado o adaptado específicamente*”, que se incorpora a determinados delitos como una cláusula abierta con el objetivo de abarcar el máximo número de posibilidades relativas al fraude digital evitando lagunas de punibilidad.

El Proyecto de Ley, mediante este nuevo concepto, alcanza a la regulación, en el Código Penal, de las conductas que corresponden a la tipificación de los siguientes delitos y sus correspondientes actos preparatorios:

- (i) Delito de estafa (artículos 248 y 249 del Código Penal). Destaca la modificación del artículo 249 del Código Penal en tanto:
 - a. La penalidad señalada para el delito de estafa y los criterios a tener en cuenta para la determinación de la pena se reubican en el artículo 248 del Código Penal.
 - b. En la regulación de la estafa informática, que pasa a integrar este precepto, se amplía el elenco de conductas típicas mediante las cuales puede cometerse el delito, si bien se mantiene la pena asociada a este delito. Así, se incluyen las conductas de obstaculización o interferencia indebida en el funcionamiento de un sistema de información, o la introducción, alteración, borrado, transmisión o supresión de datos informáticos para obtener “*cualquier activo patrimonial en perjuicio de otro*”, como nuevas formas de cometer el delito.
 - c. En la tipificación de la estafa cometida mediante tarjeta de crédito, débito, cheque de viaje o los datos obrantes en ellos, también reubicada en el art 249 CP y con la misma penalidad, se introduce, como instrumento a través del cual se puede cometer el delito, “*cualquier otro instrumento de pago material o inmaterial distinto del efectivo*” para realizar “*operaciones de cualquier clase en perjuicio de su titular o de un tercero*”.
 - d. A la conducta preparatoria relativa a la fabricación, introducción, posesión o facilitación de programas informáticos destinados para la comisión de estafas informáticas, se incorporan las nuevas acciones de importación, transporte o comercio, así como la posibilidad de que estas conductas sean realizadas sobre instrumentos, o datos, o

cualquier otro medio diseñado o adaptado específicamente para la comisión de las estafas informáticas.

- e. Se introduce una nueva conducta preparatoria consistente en la sustracción, apropiación o adquisición ilícita de tarjetas de crédito o débito, cheques de viaje o cualquier otro instrumento de pago material o inmaterial distinto del efectivo para su utilización fraudulenta.
 - f. Finalmente, se establece la imposición de la pena estipulada para este delito en su mitad inferior a aquellos 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”***.
- (ii) Delito de falsificación de tarjetas de crédito y débito y cheques de viaje (artículos 399 *bis*, nuevo 399 *ter* y 400 del Código Penal). Además del nuevo artículo 399 *ter*, que recoge el concepto de instrumento de pago distinto al efectivo ya referido, se introducen las siguientes novedades:
- a. El artículo 399 *bis* introduce la cláusula abierta consistente en ***“cualquier otro instrumento distinto del efectivo”*** junto con el resto de objetos cuya falsificación, tenencia o uso integra las modalidades delictivas sancionadas en el artículo citado.
 - b. Se introduce un nuevo delito en el párrafo 4, consistente en la posesión u obtención, para su utilización fraudulenta y a sabiendas de su falsedad, de tarjetas de débito o crédito, cheques de viaje o cualquier otro instrumento de pago distinto del efectivo.
 - c. Por último, en relación con el delito tipificado en el artículo 400 del Código Penal, se incorporan las conductas de distribución, puesta a disposición o comercialización, añadiendo que las conductas delictivas podrán cometerse también sobre cualquier otro medio diseñado o adaptado específicamente para la comisión de los delitos de falsificación anteriores.

2. **Modificación de penas establecidas en el Código Penal y lucha contra la corrupción económica**

La reforma que pretende el Proyecto de Ley, transponiendo la Directiva 2014/57, elimina el tipo atenuado del delito contra el mercado y a los consumidores de abuso de información privilegiada, tipificado en el artículo 285 del Código Penal. Equipara así la penalidad entre el autor que comete este delito teniendo acceso reservado a la “información privilegiada” y el que, sin tenerlo, lo obtiene de cualquier modo distinto previsto en dicho artículo.

De esta forma, el Proyecto de Ley establece, en nuestro ordenamiento jurídico, una pena para este delito cuya duración máxima es superior a cuatro años, tal y como estipula la Directiva 2014/57.

3. Lucha real contra la delincuencia nacional e internacional

La Directiva 2019/884 introduce en la Ley Orgánica 7/2014 la ampliación de información que se permite recabar sobre la identidad de los ciudadanos, concretamente la imagen facial y la huella dactilar, a través del Sistema Europeo de Información de Antecedentes Penales (“**ECRIS**”). El ECRIS se ve complementado con un nuevo sistema centralizado para la identificación de los Estados miembros que poseen información sobre condenas de nacionales de terceros países y apátridas (ECRIS-TCN).

Esta novedad tiene como objetivo beneficiar a la retransmibilidad e intercambio de sentencias y condenas (antecedentes penales) así como la interoperabilidad de bases de datos entre Estados Miembros de la Unión Europea (principio de reciprocidad). Además, esta medida favorece la cooperación jurídica entre países y, por tanto, la lucha efectiva contra la delincuencia organizada y el terrorismo, construyendo así un espacio común de justicia, seguridad y libertad en el seno de la Unión Europea.

Finalmente, se incluye la creación de un Registro Central de Menores que contiene un registro central de sentencias firmes, medidas cautelares adoptadas para la custodia y defensa del menor expedientado, requisitorias y rebeldías dictadas o acordadas en todos los procesos tramitados con arreglo a la Ley Orgánica. Este sistema de registro entrará en vigor en el plazo de un año desde la entrada en vigor de la Ley Orgánica.

CONTACTO



Juan Palomino
Socio de Penal Económico e Investigaciones
jpalomino@perezllorca.com
T. + 34 91 423 20 87

www.perezllorca.com | Madrid | Barcelona | Londres | Nueva York | Bruselas

La información contenida en esta Nota Informativa es de carácter general y no constituye asesoramiento jurídico. Este documento ha sido elaborado el 20 de junio de 2022 y Pérez-Llorca no asume compromiso alguno de actualización o revisión de su contenido.