

**COMENTARIO A 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**

Por

DULCE M. SANTANA VEGA
Profesora Titular de Derecho penal
Universidad de Las Palmas de Gran Canaria

Dulce.santana@ulpgc.es

Revista General de Derecho Europeo 49 (2019)

RESUMEN: En el presente trabajo se lleva a cabo un análisis y comentario de los aspectos más relevantes de la nueva Directiva 2019/713, relativa a la lucha contra el fraude y la falsificación de medios de pago distintos del efectivo, resaltando las novedades que introduce en relación con la derogada Decisión marco 2001/413/ JHA sobre la materia, así como algunas consideraciones críticas.

PALABRAS CLAVE: Directiva, fraude y falsificación, medios de pago no dinerarios, criminalidad organizada, víctimas.

SUMARIO: I. CONSIDERACIONES GENERALES PREVIAS. II. MEDIDAS DE PREVENCIÓN. III. INFRACCIONES PENALES. 1. Conductas a tipificar penalmente por los Estados miembros. 1.1. Utilización fraudulenta de instrumentos de pago no dinerarios (art. 3). 1.2. Infracciones relacionadas con la utilización fraudulenta de instrumentos de pago materiales distintos del efectivo (art. 4). 1.3. Infracciones relacionadas con la utilización fraudulenta de instrumentos de pago inmateriales distintos del efectivo (art. 5). 1.4. Fraude relacionado con los sistemas de información (art. 6). 1.5. Herramientas utilizadas para cometer infracciones (art. 7). 1.6. Tentativa. 2. Objeto de los delitos. 3. Sujetos activos. 4. Tipo subjetivo. 5. Regla concursal. IV. PENAS Y SANCIONES. V. ASPECTOS PROCESALES Y DE APOYO A LAS VÍCTIMAS. VI. CRONOGRAMA DE LA DIRECTIVA. VII. VALORACIONES FINALES.

**COMMENT TO DIRECTIVE (EU) 2019/713 OF THE EUROPEAN PARLIAMENT
AND OF THE COUNCIL OF 17 APRIL 2019, ON COMBATING FRAUD AND
COUNTERFEITING OF NON-CASH MEANS OF PAYMENT AND REPLACING
COUNCIL FRAMEWORK DECISION 2001/413/JHA**

ABSTRACT: This work highlights and analyzes the most relevant aspects and the novelties introduced by the new Directive 2019/713, on combating fraud and the counterfeiting of non-cash

means of payment in relation to the repealed Framework Decision 2001/413/JHA on the subject, as well as some critical observations.

KEYWORDS: Directive, fraud and counterfeiting of non-cash means of payment, organised crime, victims.

Fecha de recepción: 12.9.2019

Fecha de aceptación: 17.10.2019

I. CONSIDERACIONES GENERALES PREVIAS

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 Consejo¹, se inserta dentro de la línea de la Política criminal europea de lucha contra la criminalidad organizada, ámbito en el que los instrumentos de pago no dinerarios se articularon como un medio para evitar el blanqueo o la ocultación misma de acciones delictivas². En este sentido, esta Directiva puede ser calificada de “tercera generación”, si se considera de primera generación la protección penal -dineraria- del euro y de segunda generación la Decisión Marco de 2001/413/JAI del Consejo, sobre la lucha contra el fraude y la falsificación de los medios de pago distintos del efectivo³, que ahora se deroga, sobre medios de pago no dinerarios.

En efecto, la aprobación de la Directiva (UE) 2019/713 constituye, desde un punto de vista material y procesal, una actualización y ampliación de la lucha contra el fraude y la falsificación de los medios de pago distintos al dinero en efectivo que inició, hace ya más de 18 años, la Decisión Marco de 2001⁴. Los principales aspectos novedosos de la nueva Directiva con relación a la citada Decisión Marco son, principalmente:

- a) la extensión de la tipificación del fraude y falsificación de los medios de pago no dinerarios a los denominados medios de pago distintos del dinero *inmateriales*,

¹ DOUE L 123/18, de 10 de mayo de 2019.

² Sobre los precedentes e iter de la misma, así como su influencia en terceros estados, cfr. KIBETS, D.; LEPEI, O.; PROLOPENKO, O.; CHORNA, A.; SHELUKHIN, M., “Anti -fraud technologies in e-banking”, *Journal of Legal, Ethical and Regulatory Issues*, V. 22, nº 2, 2019, pp. 1-6.

³ Decisión Marco a la que se adaptó el art. 399 bis del Código penal español vigente.

⁴ PLACHTA, M., “European Parliament adopts new Directive to fight non cash payment fraud”, *Heinonline*, nº 4, 2019, pp. 152-154, resalta que el texto que se aprueba de la misma está basado en el proyecto que fue sometido a la Comisión Europea en 2017.

ya que la Decisión Marco circunscribía su ámbito de actuación a los materiales⁵;

b) la concreción de las sanciones a imponer tanto a personas físicas, en la que se determina el mínimo del máximo de las penas privativas libertad, como a las personas jurídicas, con relación a las cuales se establece el elenco de las medidas a imponer; y

c) el prestar especial atención a las medidas preventivas de esta clase de delitos, así como a las que se han de adoptar en relación con las víctimas de los mismos.

Otro de los motivos que se alega para su aprobación es la disparidad normativa existente entre los Estados miembros a la hora de afrontar la respuesta penal ante el fraude y la falsificación de los medios de pagos no dinerarios, lo que daba lugar a lagunas y divergencias normativas, frustrando la efectividad y eficacia de los tipos penales de los estados que habían adoptado una regulación sancionadora más rigurosa con respecto a otros menos exigentes. Además, hubo Estados miembros que tardaron en realizar la transposición de la Decisión Marco, superando el plazo señalado⁶, u otros que no tienen disposiciones previstas. A este respecto hay que destacar el significativo número de los Estados miembros que se han incorporado a la UE desde 2001⁷. Por otra parte, no hay que olvidar que los medios de pago no dinerarios, como el tráfico jurídico-mercantil en el que operan, tienen un marcado ámbito transfronterizo y transnacional, lo que se ve acentuado por la digitalización de estos, por el incremento en sí del volumen de negocios de la economía digital, y por la innovación producida en las tecnologías de pago⁸. Todos estos factores conllevan nuevas posibilidades de fraude que no pudieron ser previstas en la ahora derogada Decisión Marco, y a los que han de darse una

⁵ KERT, R.; GLASER, S., “Verstärker strafrechtlicher Schutz für unbare Zahlungsmittel”, *Zeitschrift für Wirtschafts- und Finanzstrafrecht*, nº 4, 2019, pp.142-144, lo califican como la “diferencia esencial” entre ambos instrumentos normativos.

⁶ Tal fue el caso de España que no introdujo el art. 399 bis hasta la Reforma del Código penal operada por la LO 5/2010, de 22 de junio.

⁷ En concreto, desde 2001 se han incorporado a la UE: 2004: Chequia, Chipre, Eslovaquia, Eslovenia, Estonia, Hungría, Letonia, Lituania, Malta y Polonia; 2007: Bulgaria y Rumanía; 2013: Croacia.

⁸ Cfr. QURESHI, Y.S.; BILSKI, B., *Finantial revolution on the horizon. How digital networking, blockchain and connectivity are creating billions of new costumers and a fresh finantial market*, FinanzBuch, Munich, 2019, después de denunciar la vetustez del sistema financiero y bancario, llaman la atención de que el dinero siempre ha estado en un estado de transformación, pero ahora está en uno de agitación completa: la digitalización y su descendiente Internet, los teléfonos móviles y *blockchain* -la empresa de criptomoneda más fiable, como así se su publicita en *google*- están determinando activamente desarrollos progresivos, y cuya encarnación más radical hasta ahora ha sido el aumento de *bitcoin* y otras criptomonedas. Concluyen estos autores pronosticando que es muy posible que el dinero en efectivo desaparezca en el mediano plazo, al igual que los bancos, al menos tal como los conocemos hoy.

respuesta sancionadora actualizada para proteger el desarrollo del mercado único digital, y evitar que los ciudadanos no se hagan reacios a realizar operaciones en línea por cuestiones de seguridad y los peligros de fraude que suponen, sin desconocer los consiguientes menoscabos patrimoniales tanto para estos como para las empresas⁹.

Las cifras que pretende ayudar a combatir esta Directiva son muy expresivas. Ya en 2013 las conductas criminales de fraude mediante el uso de medios de pago distinto del dinero habían supuesto 1.440 millones de euros. Cada año los ciudadanos europeos reciben cerca de 36 millones de mensajes de *phishing*¹⁰. Por su parte, las aerolíneas, por ejemplo, pierden alrededor de mil millones de dólares al año mediante el fraude de las tarjetas¹¹.

En todo caso, se afirma en el Considerando (6) de la Directiva 2019/713 que la nueva regulación parte de “un planeamiento tecnológicamente neutro”, esto es, de “la libertad de los individuos y las organizaciones de elegir la tecnología más apropiada y adecuada a sus necesidades y requerimientos para el desarrollo, adquisición, utilización o comercialización, sin dependencias de conocimiento implicadas como la información o los datos”¹².

La Directiva persigue también ser un complemento y refuerzo, en la esfera digital, de la Directiva 2013/40/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 12 de agosto de 2013, relativa a los ataques contra los sistemas de información¹³. Esta Directiva se adopta al amparo del principio de subsidiariedad recogido en el art. 5 del TUE, según el cual “... la Unión intervendrá sólo en caso de que, y en la medida en que, los objetivos de la acción pretendida no puedan ser alcanzados de manera suficiente por los Estados miembros, ni a nivel central ni a nivel regional y local, sino que puedan alcanzarse mejor,

⁹ Cfr. Considerandos (1), (4) y (24).

¹⁰ CARRER, S., “Lotta contro le frodi e le falsificazioni di mezzi di pagamento diversi dai contanti: emanata la direttiva (UE) 2019/713”, *Giurisprudenza Penale*, 2019. Disponible en: <http://www.giurisprudenzapenale.com/2019/07/14/lotta-le-frodi-le-falsificazioni-mezzi-pagamento-diversi-dai-contanti-emanata-la-direttiva-ue-2019-713/>; en la misma línea, KIKERPILL, K.; SIIBAK, A., “Living in a spamster's paradise: deceit and threats in phishing emails”, *Heinonline*, nº 13, 2019, pp. 45-66, en su estudio cuantitativo, realizado durante un mes en dos cuentas de correo, apreciaron los siguientes datos: 3 casos de extorsión, 29 intentos de fraude y 10 casos de procesamiento de datos personales relacionados con delitos menores.

¹¹ TOTH, D., “Credit card fraud with a comparative law approach”, en ILIK, G.; STANOJOSKA, A., *Scientific Conference: “Towards a better future: democracy, EU integration and criminal justice: conference proceedings*, Facultad de Derecho, Bitola, 2019, pp. 223-231. Este autor alude también a los datos que arrojó el Eurobarómetro sobre Ciberseguridad en Internet (Eurobarometer 2013, 5): el 87% de los encuestados manifestaron que evitaban volcar datos personas en la red y un 76% estaba de acuerdo con que el riesgo de llegar a ser víctima de un cibercrimen se había incrementado.

¹² RIOS, M., “Technological Neutrality and Conceptual Singularity”, 2013. Disponible en: <https://ssrn.com/abstract=2198887>.

¹³ DOUE L 218/8, de 14 de agosto de 2013.

debido a la dimensión o a los efectos de la acción pretendida, a escala de la Unión". Si bien este principio rige con carácter general el ejercicio, y, en consecuencia, la aprobación de actos jurídicos en lo que se refiere a las competencias no exclusivas de la Unión Europea, en materia penal los principios que rigen a esta rama del Ordenamiento jurídico, aconsejan que exista, a diferencia de la intervención subsidiaria de la UE en otras ramas, una "doble subsidiariedad" o "subsidiariedad escalonada".

En efecto, el principio de *ultima ratio*¹⁴ —también conocido en la doctrina española como de intervención mínima¹⁵— y, por derivación del mismo, los principios de subsidiariedad y fragmentariedad de la intervención penal, deberían imponer, al igual que en el ámbito estatal, la demostración de la imprescindibilidad¹⁶ de la intervención coordinadora en el ámbito penal de la UE. Esto requerirá dos niveles de comprobación o verificación. En primer lugar, la UE deberá realizar estudios que determinen que "*...los objetivos de la acción pretendida no puedan ser alcanzados de manera suficiente por los Estados miembros, ni a nivel central ni a nivel regional y local...*" con otros medios no sancionadores en el ámbito de la Unión.

En segundo lugar, se debería articular, con carácter previo, una intervención subsidiaria coordinada de los Estados miembros a través de medidas sancionadoras no penales que permitan que "*... puedan alcanzarse mejor, debido a la dimensión o a los efectos de la acción pretendida, a escala de la Unión*", ya que no bastaría para habilitar la intervención del Derecho penal, tampoco en la UE, la simple "mejora" de la consecución de los objetivos de la acción pretendida, sino que esta ha de ser imprescindible. Esto lo determinará, por ejemplo, el dato de la extrema gravedad del problema a afrontar, pero, sobre todo también, la constatación de que la actuación coordinada de medidas no penales -sancionadoras o no- han sido insuficientes o ineficaces.

Pero, lo que no cabrá, al tratarse todos los Estados miembros de la UE de estados democráticos de Derecho, es intentar llevar a cabo desde la UE una política expeditiva en cualquier ámbito de la vida social, económica o cultural, utilizando para ello *ab initio* al Derecho penal.

La intervención subsidiaria mediante el Derecho penal de la UE no puede convertirse en una patente de corso que obvie los principios fundadores del Derecho penal de

¹⁴ A este respecto, es ya clásica la frase de von LISZT, F., *Lehrbuch des deutschen Strafrechts*, Guttentag, W. de G., Berlín, 17 ed., 1908 cuando afirmaba que "la política social actúa, como medio de combatir el delito, de modo incomparablemente más profundo e incomparablemente más seguro que la pena y que cualquier otra medida emparentada con ella..."; ROXIN, C., *Strafrecht. Allgemeiner Teil. Grundlagen. Der Aufbau der Verbrechenslehre*, C.H. Beck, Munich, 4ª ed., 2006, marg. 38 y ss.

¹⁵ Cfr. MUNOZ CONDE, F., *Introducción al Derecho penal*, Bosch, Barcelona, 1975, p. 58 y ss.

¹⁶ Por todos, FERRAJOLI, L., *Poder y control*, Ed. Promociones Públicas, Barcelona, 1986.

sus Estados miembros, produciendo instrumentos normativos comunitarios de naturaleza penal con un efecto *boomerang* que inste a los Estados miembros a ignorarlos¹⁷.

En suma, y por lo que respecta a la materia que aborda esta nueva Directiva, la ampliación de la intervención penal en medios de pago no dinerarios hubiera requerido ser objeto de un previo estudio sobre su necesidad, verificando que en la mayoría de los estados miembros se han adoptado medidas proactivas de lucha contra el fraude y la falsificación de medios de pago distintos del efectivo, o medidas sancionadoras no penales, así como que la coordinación por estos medios no penales no han sido suficientes.

Como ha puesto ya de manifiesto la doctrina, al renunciar a las constataciones empíricas el legislador europeo ha elegido una estrategia de fundamentación de sus instrumentos normativos que posibilita la criminalización de conductas en casi cualquier ámbito, haciéndose así impermeable a toda crítica¹⁸.

Esta Directiva es también, desde una perspectiva constitucional europea, una manifestación de lo establecido en el Tratado de Lisboa sobre la progresiva sustitución de las decisiones marco por las directivas, como instrumentos normativos, en la línea de profundización democrática que se emprende en la UE a partir del mencionado tratado¹⁹, aspecto este especialmente sensible en materia penal²⁰.

Por último, como normativa europea complementaria para la implementación de la que ahora se aprueba, se alude a la Directiva (UE) 2016/1148 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 6 de julio²¹, relativa a las medidas destinadas a garantizar un elevado nivel común de seguridad de las redes y sistemas de información en la Unión, así como a la Directiva (UE) 2015/2366 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 25 de

¹⁷ Ampliamente sobre el tema, vid. BERNARDI, A., "La aproximación constitucional al Derecho penal frente a las fuentes e instituciones supranacionales europeas", *Revista Penal México*, núm. 1, 2011, pp. 65-90.

¹⁸ KUBICIEL, M., "Strafrechtswissenschaft und europäische Kriminalpolitik", *Zeitschrift für Internationale Strafrechtsdogmatik*, nº 12, 2010, pp. 742-748.

¹⁹ Cfr., entre otros, LÓPEZ AGUILAR, J. F., "El Parlamento Europeo, legislador del Espacio de Justicia Penal de la UE", *Revista de Derecho Político*, nº 93, 2015, pp. 15-74; RODRÍGUEZ-AGUILERA, C., "¿Es el Parlamento Europeo el principal responsable del déficit democrático comunitario?", *Revista D'estudis Autonòmics i Federals*, nº 21, p. 2015, 99-127.

²⁰ Si bien, como recalca KUBICIEL, M., "*Zeitschrift für interanationale Strafrechtsdogmatik*, nº 12, 2010, pp. 742-748, además de la legitimación democrática de la Unión Europea o de análisis de las normas de competencia, los esfuerzos deberían ir dirigidos a determinar con qué finalidad se pueden emplear las competencias, sin acudir a un dudoso objetivo de crear un "sentimiento de justicia" común en los ciudadanos.; o como afirmara ZATZGER, "Das Strafrecht als Gegenstand europäischer Gesetzgebungstätigkeit", *Kritische Vierteljahresschrift für Gesetzgebung und Rechtswissenschaft*, nº 1, 2008, pp. 17-38, los instrumentos normativos de armonización siguen con frecuencia el modelo de una legislación simbólica o sirven simplemente para ampliar competencias.

²¹ DOUE L 194, de 19 de julio de 2016.

noviembre de 2015 sobre servicios de pago en el mercado interior y por la que se modifican las Directivas 2002/65/CE, 2009/110/CE y 2013/36/UE y el Reglamento (UE) 1093/2010 y se deroga la Directiva 2007/64/CE²².

II. MEDIDAS DE PREVENCIÓN

Las medidas de prevención de la Directiva 2019/713 se articulan en dos ámbitos (art. 17). En primer lugar, se hace hincapié en la necesidad de acometer campañas de educación e información, también a través de internet, sobre el uso de estos medios de pago no dinerarios, sensibilizando a la población de sus ventajas, pero también advirtiéndole de sus peligros y de los elementos de alarma (*phishing, pharming, skimming*, etc).

En segundo lugar, se pretende acometer la prevención del fraude y la falsificación de los medios de pago diferentes al efectivo a través del establecimiento de mecanismos de cooperación entre los Estados miembros y de estos con las partes interesadas (usuarios y consumidores²³, entidades financieras, empresas²⁴).

No obstante, aunque no se suele insertar entre las medidas de prevención, de contenerlas, es de destacar también la importancia preventiva, y no meramente burocrática, del seguimiento y estadística de los datos sobre denuncias, investigación y actuación, los cuales pueden arrojar los puntos débiles o fuertes de la aplicación de los instrumentos normativos, de cara a una actuación más eficaz en el control de las causas que generan las acciones delictivas (art. 18), en la atribución y distribución de medios materiales y personales para la prevención, o de cara a una futura reforma de la Directiva.

Hubiera sido deseable en la medida de lo que se puso de manifiesto más arriba en relación al principio de subsidiariedad que tales medidas de prevención hubieran sido objeto de un mayor desarrollo y, sobre todo, de manera previa, lo que hubiera ayudado mejor a calibrar la posterior y más contundente intervención penal.

III. INFRACCIONES PENALES

El Título II de la Directiva 2019/713 lleva por rúbrica "Infracciones". Sin embargo, al contener también el citado Título disposiciones sobre las consecuencias jurídicas

²² DOUE L 337/35, de 23 de diciembre de 2015.

²³ Facilitándosele información clara y canales de denuncia ágiles.

²⁴ Las cuales podrán intercambiar información sobre fraudes con cumplimiento de lo establecido en el Reglamento (UE) 2016/679 el Parlamento Europeo y del Consejo de 27 de abril de 2016, relativo a la protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de datos personales y a la libre circulación de estos datos o recibir apoyo de organizaciones estatales.

derivadas de las conductas a tipificar penalmente, hubiera sido más preciso haberlo también indicado en la rúbrica.

1. Conductas a tipificar penalmente por los Estados miembros

Las conductas típicas que recoge la Directiva 2019/713 (arts. 3 a 7) es una propuesta de mínimos²⁵. Se estructuran en cuatro bloques en función, básicamente, del objeto material sobre el que recaen, completándose este esquema con un tipo de actos preparatorios.

1.1. *Utilización fraudulenta de instrumentos de pago no dinerarios (art. 3)*

La Directiva insta a castigar penalmente a los Estados miembros las conductas de utilización fraudulenta de instrumentos de pago distintos de los dinerarios que hayan sido previamente objeto de robo o de otra forma de apropiación u obtención ilícita, o que estuvieran ya falsificados o alterados. Esto es, instrumentos de pago que han sido objeto de las conductas delictiva que se instan a tipificar en los artículos siguientes. Por ello, llama la atención que se recojan en primer lugar las conductas de utilización, ya que estas traen causa de los delitos recogido en los artículos siguientes. En buena técnica legislativa, lo coherente es incluir primero las conductas típicas básicas y luego los tipos atenuados o agravados o, dicho con otras palabras, primero se tuvo que incluir las conductas que determinan cómo deviene un instrumento de pago no dinerario en ilícito y luego regular los tipos de utilización de tales instrumentos.

En este artículo, a diferencia del siguiente, se recoge la disyunción “apropiación u obtención ilícita”. Esto da lugar a dos posibles interpretaciones. La primera sería entender que la diferenciación obedece a una finalidad de abarcar toda posible conducta que afecte tanto a los instrumentos de pagos materiales o inmateriales no dinerarios, ya que, a diferencia de los dos artículos siguientes, las conductas de utilización se refieren a ambas modalidades de instrumentos de pago distintos del efectivo, tal como se desprende desde un punto de vista de interpretación contextual y de la propia rúbrica del artículo que no realiza distingo alguno. Esta interpretación requiere además suponer también que ha existido una errata o fallo de traducción, ya que el carácter de ilícito solo se predica de la obtención, en tanto que la apropiación queda sin calificar, al utilizarse el adjetivo de “ilícito” en singular, esto es, referido únicamente a la obtención.

La segunda interpretación que propicia esta disyunción, suponiendo además que no ha habido errata, sería la de considerar que se recogen dos conductas diferentes: la

²⁵ ZANETTI, E., “Una nuova direttiva europea in tema di lotta contro le frodi e le falsificazioni di mezzi di pagamento diversi dai contanti”, *Processo Penale e Giustizia*, nº 4, 2019, pp. 838-842.

apropiación que no tiene por qué ser ilícita y la obtención que sí ha de serlo. Se estaría aludiendo a dos formas de hacerse con los medios de pagos no dinerarios: los que fueran lícitos - por concurrir, por ejemplo, una causa de justificación o una excusa absolutoria- y los que no lo fueran, si bien el uso siempre tendría que ser fraudulento. En definitiva, desde el punto de vista de esta interpretación, se estaría dando lugar a la construcción de un tipo de utilización fraudulenta autónoma, desconectada de los tipos siguientes.

1.2. Infracciones relacionadas con la utilización fraudulenta de instrumentos de pago materiales distintos del efectivo (art. 4)

En este segundo bloque de conductas se incluyen:

a) La sustracción o cualquier otra forma de apropiación ilícita de un instrumento de pago material distinto del efectivo.

Por lo que se refiere a la “sustracción”, esta haría referencia a cualquiera de los delitos que suponga una desposesión con o sin violencia o intimidación (hurto, robo, extorsión). Por lo que respecta a la expresión “otra forma de apropiación ilícita” plantea el problema de si ha de ser entendida de manera restrictiva, esto es, circunscrita a apropiaciones ilícitas que constituyeran delito (apropiación indebida, estafa, receptación), o si, por el contrario, se podría hacer extensiva a otros ilícitos no penales, lo que no parecería coherente, y que, de ser así, debería motivar una menor sanción. En todo caso, aclara la Directiva, en su Considerando (11), que el envío de facturas falsas que permiten obtener las credenciales de pago debe considerarse un intento de apropiación ilícita con arreglo a la presente Directiva.

b) La falsificación o alteración fraudulenta de instrumentos de pagos materiales distintos del efectivo (art. 4 b).

Llama la atención que tanto en este artículo como en los arts. 3 b) o 5 b) se contrapongan los conceptos de alteración y falsificación, dando a entender que han de tratarse de conductas típicas diferentes. Sin embargo, la alteración forma parte de la falsificación que opera como supraconcepto. En definitiva, toda alteración es una falsedad, pero no toda falsedad es una alteración. Por ejemplo, cuando se supone que ha realizado una transferencia o cualquier otra operación una persona que no existe o que no fue quien se dijo que la realizó. En este caso la operación no se altera, pero hay falsedad. Probablemente, esta forma de redacción, utilizando ambos verbos (falsear y alterar) tiene una finalidad omnicomprensiva con la que se pretende abarcar distintas variedades nacionales y todas las operaciones con instrumentos de pago no dinerarios, especialmente

los inmateriales de los arts. 3 b) y 5 b).

c) La posesión, para su utilización fraudulenta, de un instrumento de pago material distinto del efectivo que haya sido objeto de robo u otra forma de apropiación ilícita, o de falsificación o alteración.

En este apartado se recoge lo que la Doctrina viene denominando un tipo incongruente²⁶, esto es, aquel en el que la parte subjetiva del tipo excede de la parte objetiva del mismo, y, dentro de esta categoría, más concretamente, un delito mutilado en dos actos, caracterizado porque el autor realiza una acción típica dirigida a realizar otra actividad del mismo autor en el futuro. En consecuencia, cuando la finalidad a la que va dirigida esta posesión, esto es, la utilización fraudulenta, se produzca no se aplicará este artículo, sino las conductas típicas recogidas en el art. 3.

d) La obtención, para uno mismo o para otra persona, incluida la recepción, apropiación, compra, transferencia, importación, exportación, venta, transporte o distribución, de un instrumento de pago material distinto del efectivo que haya sido robado, falsificado o alterado para su utilización fraudulenta (art. 4d).

Este apartado contiene la tipificación de una suerte de receptación de medios de pago no dinerarios materiales. La profusión de conductas da lugar a solapamientos. Así, por ejemplo, obtener podría incluir las conductas de recepcionar o comprar. Probablemente, tal profusión obedezca a la finalidad de abarcar todo supuesto que se pudiera producirse en la práctica relativo a estos medios de pago. Por otra parte, se aprecia una descoordinación normativa, ya que no se entiende por qué las conductas de este apartado d) se circunscriben a efectos que hayan sido “robados, alterados o falsificados”, dejando fuera a “otras formas de apropiación u obtención ilícita”.

1.3. Infracciones relacionadas con la utilización fraudulenta de instrumentos de pago inmateriales distintos del efectivo (art. 5)

En este artículo las conductas que se insta a castigar a los Estados miembros son paralelas a las contenidas en el artículo anterior, diferenciándose este precepto de anterior, fundamentalmente, por la inmaterialidad del medio de pago no dinerario sobre el que recaen. Estas conductas son las siguientes:

a) La obtención ilícita de un instrumento de pago inmaterial distinto del efectivo, al menos cuando tal obtención haya supuesto la comisión de alguna de las

²⁶ Por todos, MIR PUIG, S., *Derecho penal. Parte General*, 10ª ed., Reppetor, Barcelona, 2016.

infracciones a que se refieren los artículos 3 a 6 de la Directiva 2013/40/UE del Parlamento y del Consejo, de 12 de agosto, relativa a los ataques contra los sistemas de información²⁷, o la apropiación indebida de un instrumento de pago inmaterial distinto del efectivo.

Por lo que se refiere a la “obtención ilícita” se da por reproducida la problemática de sus dos posibles interpretaciones más arriba reseñadas. Pero, a diferencia de los dos artículos anteriores, se alude ahora a una apropiación “indebida” que habrá que entender como ilícita y que abonaría, desde un punto de vista de interpretación contextual, la tesis del carácter ilícito o indebido de toda obtención o apropiación.

Además, en este apartado el legislador europeo parece haber optado por establecer un contenido mínimo irrenunciable de la transposición (“al menos cuando”) al Derecho penal de los Estados miembros que sería el constituido por las obtenciones ilícitas que constituyeran una de las infracciones señaladas de la Directiva de 2013, y un contenido opcional que estaría constituido por el resto de las obtenciones ilícitas, y sin perjuicio de incluir siempre la apropiación indebida de tales instrumentos.

b) La falsificación o alteración fraudulenta de un instrumento de pago inmaterial distinto del efectivo.

c) La posesión, para su utilización fraudulenta, de un instrumento de pago inmaterial distinto del efectivo que haya sido objeto de obtención ilícita, falsificación o alteración, al menos si el origen ilícito del instrumento se conocía en el momento de su posesión.

Los apartados b) y c) son de análoga factura a los del artículo 4, dando por reproducidas las consideraciones allí hechas. Las únicas diferencias se centran en que mientras que en el apartado c) del citado art. 4 se contraponen el robo a otra forma de obtención ilícita, en el presente apartado c) del art. 5 únicamente se recoge la más genérica obtención ilícita. Además, mientras que en art. 4 c) no se

²⁷ En concreto, se refiere a las siguientes conductas: acceso ilegal a los sistemas de información (art. 3); interferencia ilegal en los sistemas de información (art. 4); interferencia ilegal en los datos (art. 5); interceptación ilegal de transmisiones no públicas de datos informáticos (art. 6). El objeto material de estas conductas los constituyen: a) el «sistema de información» entendido como “todo aparato o grupo de aparatos interconectados o relacionados entre sí, uno o varios de los cuales realizan, mediante un programa, el tratamiento automático de datos informáticos, así como los datos informáticos almacenados, tratados, recuperados o transmitidos por dicho aparato o grupo de aparatos para su funcionamiento, utilización, protección y mantenimiento”; b) los «datos informáticos», los cuales se definen a efectos de la citada Directiva como “toda representación de hechos, informaciones o conceptos de una forma que permite su tratamiento por un sistema de información, incluidos los programas que sirven para hacer que dicho sistema de información realice una función”.

introduce matización alguna, en el presente artículo 5 c) parece, nuevamente, plantearse una opción de transposición máxima y una mínima, permitiendo, en este último caso, que la misma pueda quedar circunscrita al castigo penal de la posesión de medios de pago inmateriales con conocimiento de su origen ilícito (“al menos”).

Obsérvese que tal matización plantea en este apartado -a diferencia del apartado c) del art. 4, en donde no se contiene tal matización con relación a los medios de pago no dinerarios materiales- la posibilidad de castigar penalmente la posesión sin el conocimiento del origen ilícito de los medios de pago no dinerarios. Sin embargo, esto supone una contradicción con lo afirmado en el encabezado de este artículo que alude a que los actos sean cometidos “intencionadamente” y con lo expresado en el Considerando (14) de la propia Directiva²⁸. En consecuencia, pese a la literalidad de este apartado, no parece que haya sido la voluntad del legislador europeo incluir una suerte de posesión de medios de pagos no dinerarios -materiales o inmateriales- imprudente.

d) La obtención, para uno mismo o para otra persona, incluida la venta, transferencia y distribución, o la puesta a disposición de terceros, de un instrumento de pago inmaterial distinto del efectivo que haya sido obtenido de manera ilícita, falsificado o alterado, para su utilización fraudulenta.

En este apartado d) es de resaltar la diferencia de verbos típicos utilizados en relación al mismo apartado del art. 4, la cual no se justifica, dado lo paralelo de las conductas a castigar, aunque quizá haya querido el legislador europeo, al igual que en los casos anteriores, adaptarlos al carácter inmaterial del medio de pago no dinerario. Por lo demás, habrá que dar por reproducidas las consideraciones hechas en relación al apartado d) del art. 4.

Este apartado le sería de aplicación al caso destapado este año, relativo a uno de los principales servicios de mezcla de criptomonedas del mundo: “Bestmixer.io”, el cual se cerró, gracias a una acción conjunta del Servicio Holandés de Información e Investigación Fiscal (FIOD) en cooperación con las autoridades de Luxemburgo y Europol. Este servicio de mezclaba fondos de criptomonedas potencialmente identificables con otros fondos para oscurecer el camino de regreso a la fuente original del fondo. Se le calcula una facturación anual en torno a los 200 millones de dólares. Ofrecía servicios para mezclar *bitcoins*, *bitcoin cash* y *litecoins*. Las investigaciones

²⁸ En concreto, se afirma en el Considerando (14) de la Directiva que: “El concepto de intencionalidad se aplica a todos los elementos que son constitutivos de las infracciones penales contempladas en la presente Directiva de conformidad con lo dispuesto en la legislación nacional... La presente Directiva no se aplica a las infracciones penales que no requieran intencionalidad”.

realizadas hasta ahora revelan que muchas de las criptomonedas mixtas en Bestmixer.io tenían un origen o destino criminal, probablemente para ocultar y lavar flujos criminales de dinero²⁹.

1.4. Fraude relacionado con los sistemas de información (art. 6)

Lo primero que habría que reseñar en relación a esta propuesta de tipo penal es que su redacción o traducción son manifiestamente mejorables, aspectos estos a los que, como ha venido reiterando la doctrina, no se les presta especial atención por los legisladores europeos, pese a la singular importancia que tiene la técnica legislativa, especialmente en materia penal, al incidir sobre el mandato de determinación³⁰, derivado del principio de legalidad.

La conducta que han de ser castigada penalmente por los Estados miembros es la realización o causación intencionadas de una transferencia de una cantidad de dinero tanto en moneda de curso legal como de moneda virtual, sin derecho a realizarla o causarla, con la finalidad de obtener un beneficio económico ilícito para el autor que la realiza o causa o para un tercero, y ocasionando un perjuicio patrimonial ilícito a otra persona: a) bien sea obstaculizando o interfiriendo indebidamente el funcionamiento de un sistema de información, b) bien introduciendo, alterando, borrando, transmitiendo o suprimiendo indebidamente datos informáticos.

Por otra parte, llama la atención en la redacción de este tipo la contraposición entre realización y causación, pues toda realización de una conducta imputable es causal con relación a ella. En consecuencia, el término causación estaría incluido en el de realización, no existiendo, en todo caso, disyunción o contraposición alguna entre ambos. Para su consumación se requerirá que se cause un perjuicio a un tercero, esto es, no basta con la finalidad tendencial de que se pueda producir un perjuicio, sino que se requiere que este se ocasione efectivamente, de no ocasionarse el delito quedaría en grado de tentativa.

Se trata de un delito de medios determinados, señalándose dos vías para su comisión. En la modalidad a) se podrían producir concursos con los delitos de descubrimiento y revelación de secretos empresariales o particulares; en la modalidad b) podría concurrir con delitos de daños informáticos.

²⁹ Información disponible en: <https://www.btc-echo.de/bitcoin-mixer-im-visier-europol-beschlagnahmt-bestmixer-io/>.

³⁰ SATZGER, H., "La internacionalización del Derecho penal como reto para el principio de determinación penal", *Revista Penal*, nº 21, 2008, pp. 139-147.

En el tipo negativo ha de faltar el derecho a realizar la transferencia por no ser el titular de los fondos, su representante legal o apoderado, etc., o por no estar autorizado para hacerlo.

1.5. *Herramientas utilizadas para cometer infracciones (art. 7)*

Como ya hace presuponer la rúbrica de este artículo el mismo insta a que los Estados miembros a que conviertan en actos punibles actos preparatorios de las conductas incluidas en el art. 4, letras a) y b), artículo 5, letras a) y b), y el artículo 6, castigando penalmente “la producción, obtención para uno mismo o para otra persona, incluida la importación, exportación, venta, transporte o distribución, o la puesta a disposición de terceros, de un dispositivo o instrumento, datos informáticos o cualquier otro medio diseñado principalmente, o adaptado específicamente, para cometer cualquiera de las infracciones reseñadas, al menos cuando se cometan con la intención de que se utilicen dichos medios.

La referencia a que tales actos preparatorios sean castigados cuando “al menos se cometan con la intención de que se utilicen dichos medios”, vuelve a plantear, ahora en relación al presente artículo, una doble posibilidad de transposición: la más laxa que consistiría en poder castigar estas conductas aunque no se pruebe su vinculación con una conducta ulterior de las tipificadas en los artículos y apartados reseñados en este artículo, ampliando en demasía la anticipación de la intervención penal, e introduciendo la posibilidad de que se puedan castigar conducta neutrales; y otra más restrictiva que exigiría probar la conexión de los mencionados actos preparatorios con una ulterior acción delictiva, v. gr. cualquiera de los delitos recogidos en los artículos y apartados mencionados en el art. 7.

Nuevamente, se produce un desajuste entre lo que expresa este precepto y lo afirmado en los Considerandos de la Directiva, en concreto el (16), en el cual, literalmente, se recoge que “la tipificación se debe limitar a aquellas herramientas que estén concebidas principalmente o adaptadas específicamente con la intención de cometer las infracciones previstas en la presente Directiva”.

1.6. *Tentativa*

La Directiva, con una fórmula que se reitera en otros instrumentos normativos europeos en materia penal, insta a los Estados miembros a que garanticen que la tentativa de los delitos recogidos en la misma sea castigada penalmente (art. 8). Esta disposición no resultaría necesaria para Estados, como España, en donde la tentativa se halla castigada con carácter general para todos los delitos.

Sin embargo, en otros Derechos penales, como el alemán, el *StGB* recoge un sistema de *numerus clausus* en la punición de la tentativa, esto es, solo será castigada cuando así se encuentre expresamente previsto en relación a un concreto delito o grupo de ellos.

En todo caso, se excluye de la previsión expresa de que se castigue la tentativa: los actos preparatorios del art. 7 y los tipos de mera actividad (posesión) recogidos en los apartados c) de los arts. 4 y 5³¹. Si bien, no se han excluido los apartados d) de los arts. 4 y 5, en los que se recogen conductas similares a la receptación, ampliándose en exceso el ámbito de intervención penal. En consecuencia, la actividad sancionadora no penal, fundamentalmente administrativa o civil, tendrá escaso margen de actuación.

2. Objeto de los delitos

El objeto sobre el que habrán de recaer las conductas tipificadas serán los medios o instrumentos de pagos distintos al efectivo o dinerario, y dentro de estos, se diferencia en la Directiva entre los materiales (tarjetas de crédito, débito, cheques de viaje, eurocheques, etc.), y los inmateriales (dinero electrónico, monedas virtuales, aplicaciones móviles de pago).

Por otra parte, el objeto material de estos delitos viene caracterizado no solo por su interpretación auténtica en el artículo 2, sino porque dichos instrumentos pueden consistir en diversos elementos que actúan en conjunto, lo que se pone de manifiesto en la cadena de definiciones del citado artículo, el cual se comporta también como una norma penal en blanco, debido a las remisiones que se realizan a otras directivas para completar su sentido.

En concreto, se definen los siguientes elementos:

a) los medios de pago distintos del efectivo o dinero y que, según el art. 2 de la Directiva, se definen 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 un procedimiento o conjunto de procedimientos, permite al titular o usuario transferir dinero o valor monetario incluso a través de medios digitales de intercambio”;

b) el dispositivo, objeto o documento protegido, entendido como “un dispositivo, objeto o registro dotado de una medida de seguridad contra la imitación o la utilización fraudulenta, por ejemplo, mediante el diseño, un código o una firma”;

³¹ En este sentido, ya con relación al Proyecto de Directiva, MÖHRENSCHLAGER, M., “Bericht aus der Gesetzgebung: Kommissionsvorschlag für eine Richtlinie zur Bekämpfung von Betrug und Fälschung im Zusammenhang mit unbaren Zahlungsmitteln”, *Wistra-aktuell*, *Wistra*, 2018, pp.XXV-XXXIII.

c) el medio digital de intercambio, entendido como: “todo dinero electrónico con arreglo al artículo 2, punto 2, de la Directiva 2009/110/CE del Parlamento Europeo y del Consejo³², sobre el acceso a la actividad de las entidades de dinero electrónico y su ejercicio, así como sobre la supervisión prudencial de dichas entidades³³;

d) las monedas virtuales, entendidas como: “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”³⁴;

e) el sistema de información, definido como: “un sistema de información con arreglo al artículo 2, letra a), de la Directiva 2013/40/UE”³⁵;

f) los datos informáticos, entendidos con arreglo al artículo 2, letra b), de la Directiva 2013/40/UE³⁶.

En todo caso, aclara el Considerando (8) de la Directiva que el denominador común de todos ellos es que dichos instrumentos permiten a su titular o usuario transferir efectivamente dinero o valor monetario o iniciar una orden de pago, el ser instrumentos de pago, y es en esta función en la que son tenidos en cuenta por la Directiva. Por eso, la obtención ilícita de una aplicación móvil de pago sin la necesaria autorización no debe

³² DOUE L 267/7, de 17 de octubre de 2009.

³³ La citada Directiva define el dinero electrónico como: “todo valor monetario almacenado por medios electrónicos o magnéticos que representa un crédito sobre el emisor, se emite al recibo de fondos con el propósito de efectuar operaciones de pago, según se definía en el artículo 4, punto 5, de la Directiva 2007/64/CE, y que es aceptado por una persona física o jurídica distinta del emisor de dinero electrónico”.

³⁴ En el mismo sentido, art. 1.2)-d) de la Directiva 2018/843 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 30 de mayo de 2018, por la que se modifica la Directiva (UE) 2015/849, relativa a la prevención de la utilización del sistema financiero para el blanqueo de capitales o la financiación del terrorismo, y por la que se modifican las Directivas 2009/138/CE y 2013/36/UE (DOUE L-156/26, de 19 de junio de 2018).

³⁵ Esto es: “todo aparato o grupo de aparatos interconectados o relacionados entre sí, uno o varios de los cuales realizan, mediante un programa, el tratamiento automático de datos informáticos, así como los datos informáticos almacenados, tratados, recuperados o transmitidos por dicho aparato o grupo de aparatos para su funcionamiento, utilización, protección y mantenimiento”

³⁶ Definidos como: “toda representación de hechos, informaciones o conceptos de una forma que permite su tratamiento por un sistema de información, incluidos los programas que sirven para hacer que dicho sistema de información realice una función”.

ser considerada obtención ilícita de instrumento de pago distinto del efectivo, ya que no permite en la práctica a quien la utilice transferir dinero o valor monetario.

En cuanto a los monederos electrónicos deben estar incluidos en el ámbito de aplicación de la Directiva en la misma medida que los instrumentos de pago distintos del efectivo cuando permiten efectuar transferencias en monedas virtuales, pero no deben ser considerados medios digitales de intercambio (Considerando 10).

La Directiva (Considerando 10) insta a los Estados miembros a que garanticen en sus respectivas legislaciones nacionales que las monedas de carácter virtual que emitan en el futuro sus bancos centrales u otras autoridades públicas disfruten del mismo nivel de protección frente a los delitos de fraude que los medios de pago distintos del efectivo en general, con lo que parece querer anticipar las decisiones de Política criminal a las de la propia Política bancaria de cada Estado.

Por último, es de destacar que las definiciones legales o interpretaciones auténticas contenidas en el art. 2 de la Directiva podrán también facilitar, debido a lo novedoso del fenómeno, el entendimiento de los futuros tipos penales que establezcan los Estados miembros. En consecuencia, estos preceptos se convertirán en puntos de referencia para la interpretación de los mismos, así como en un mecanismo de economía de preceptos en la futura regulación penal de los Estados miembros, quienes los podrán utilizar como referencia interpretativa.

3. Sujetos activos

De manera paralela a la tentativa, también se contiene en el citado art. 8 una cláusula de expresa punición de la inducción y complicidad en los delitos contenidos en los arts. 3 a 7 de la Directiva. Esta cláusula es pertinente, sobre todo, para aquellos Derechos penales que recogen un concepto restrictivo de autor, de tal manera que estas formas de participación se castigan en los casos en los que venga prevista de manera concreta. Sin embargo, para los ordenamientos penales que, como el español, consideran autores a los inductores y cooperadores necesarios, no sería tal declaración necesaria, pudiendo serles impuesta a ambos la pena típica. Lo mismo habría que reseñar para el caso de la complicidad en aquellos Estados miembros en donde esté también prevista como forma general de participación punible. Sí llama la atención la no alusión a la cooperación necesaria, por lo que, de manera técnicamente más precisa, hubiera sido deseable que se aludiera de forma general a inducción y cooperación para incluir en este segundo término tanto a la necesaria, de la que nada se dice, como a la no necesaria o complicidad.

Por otra parte, los tipos están configurados como delitos comunes, esto es, pueden ser cometidos por cualquiera, si bien serán posibles agravaciones genéricas o

específicas en atención a la condición o cualidades del sujeto que pueda decidir cada Estado miembro (carácter público del sujeto, ejercicio profesional de una determinada actividad, etc.).

Se prevé la atribución de responsabilidad a las personas jurídicas privadas. En ese punto se sigue la fórmula tradicional que se utilizan en otros instrumentos normativos europeos de no calificar la naturaleza de su responsabilidad, en atención a los diferentes sistemas que rigen en los Estados miembros en lo referente al reconocimiento o no de responsabilidad penal a las personas jurídicas. Pero, con independencia de la naturaleza que cada Estado miembro asigne a tal responsabilidad, si se determinan los criterios de los que resultará la imputación de las mismas (art. 10), y se aclara, expresamente, que la responsabilidad que se declare de las personas jurídica no excluirá nunca la responsabilidad penal de las personas físicas por los delitos recogidos en ella. Con esta fórmula se quiere evitar que se utilice a una persona jurídica como mecanismo para eludir la responsabilidad, en todo caso, penal de las personas físicas por los delitos que regula la Directiva 2019/713.

Al igual que en otros instrumentos normativos europeos, en esta Directiva se hace expresa exclusión de la responsabilidad penal de las personas jurídicas públicas (art. 2 g).

4. Tipo subjetivo

Todas las conductas que se insta a que se tipifiquen penalmente habrán de ser dolosas (“intencionadamente”), dolo que según la modalidad de las conductas podría ser eventual. No obstante, pese a la realización de esta declaración general, el tipo subjetivo del art. 6 requiere además del dolo, la finalidad de obtener un beneficio económico ilícito para el autor o para un tercero.

Por otra parte, no se excluye que algún Estado miembro adoptara un régimen más riguroso, tal como insinúa la propia Directiva³⁷, en el sentido de proceder a tipificar las modalidades imprudentes de todas o algunas de las conductas dolosas que recoge la Directiva. Sin embargo, esto supone una contradicción, tal como se puso de manifiesto más arriba, con lo que se recoge expresamente en el Considerando (14) y un contrasentido en relación al objetivo principal que se marca la propia Directiva y que le da fundamento: la armonización transnacional. Además, dada la extensión de las

³⁷ Cfr. Artículo 1 de la Directiva 2019/713 y el Considerando (18): “Puesto que la presente Directiva establece normas mínimas, los Estados miembros tienen libertad para adoptar o mantener legislación penal más estricta en relación con el fraude y la falsificación de medios de pago distintos del efectivo, incluida una definición más amplia de las infracciones”.

conductas que se prevén para su transposición, la previsión de la comisión por imprudencia resultaría excesiva.

5. Regla concursal

Aunque el contenido normativo de las Directivas se encuentra en su articulado, y sus considerandos no dejan de ser pautas interpretativas de su texto, es de reseñar lo afirmado en el Considerando (19) de la Directiva. En el mismo se recoge que "...Cuando una misma persona haya cometido una infracción prevista en la presente Directiva junto con otra, también prevista en ella, que en la práctica constituya un elemento necesario de la primera, el Estado miembro puede, con arreglo a los principios generales del Derecho nacional, determinar que tal conducta se considere una circunstancia agravante de la infracción principal".

En el Derecho penal continental, por lo general, cuando una conducta es medio necesario para la realización de otra se da lugar no a una circunstancia agravante, sino a un concurso medial de delitos, el cual -caso del Derecho penal español- se castigará conforme a la pena señalada para el delito más grave, imponiéndola en su mitad superior, salvo que el castigo por separado de ambas infracciones, fuera más favorable al reo. En consecuencia, también esta forma de proceder puede ser entendida, de manera general, como agravación de una pena para un solo delito, ya que se impondría una agravada o dos a sumar.

Sin embargo, no especifica el Considerando (19) a qué conductas de las recogidas en la Directiva se está refiriendo, por lo que podría llegar a entenderse que es con relación a todas. Pero, teniendo en cuenta que en la Directiva se tipifican actos preparatorios (art. 7), habría que advertir que en el caso de que se llevará a cabo por una misma persona, además del acto preparatorio, el comportamiento ejecutivo, incluida la tentativa del mismo, no habrá concurso de delitos, ni procedería agravación alguna, sino solo concurso de leyes, procediéndose a la absorción del acto preparatorio por la conducta ejecutiva.

De la misma manera, tampoco se incluiría en esta regla la obtención ilícita de un medio de pago no dinerario seguida de su utilización por la misma persona que lo obtuvo ilícitamente.

IV. PENAS Y SANCIONES

En relación a las consecuencias jurídicas derivadas de la comisión de alguno de los delitos que se recogen en la Directiva, habría que destacar dos aspectos. De un lado, se incluye un postulado general, convertido ya casi en cláusula de estilo, que exige a los

Estados miembros que las sanciones penales que se prevean para las personas físicas y las de la naturaleza que se considere por cada Estado miembro para las personas jurídicas, sean “efectivas, proporcionadas y disuasorias”. Por otro lado, habría que hacer referencia a la relación concreta de sanciones establecidas con separación entre las previstas para las personas jurídicas y el marco penal de las establecidas para las personas físicas.

Por lo que se refiere a las sanciones de las personas jurídicas, se establece con carácter central para las mismas la multa, de la naturaleza -penal o administrativa- que decida establecer cada Estado miembro. A esta se le podrán añadir otras sanciones privativas de derechos (clausura de establecimientos, intervención judicial, suspensión de actividades, privación de ayudas públicas, disolución), igualmente de la naturaleza que determine cada Estado miembro (art. 11). Se trata de una lista abierta o ejemplificativa que no excluye la inclusión de otras sanciones que pueda considerar pertinentes cada Estado miembro, si bien en la relación que contiene el citado artículo se contemplan las sanciones clásicas, las cuales se reiteran en los instrumentos europeos de naturaleza penal.

En cuanto a las sanciones penales dispuestas para las personas físicas, el legislador europeo ha establecido tres niveles de punición en atención a la diferente gravedad que atribuye a las conductas que recoge la Directiva³⁸.

La conducta más grave es la tipificada en el artículo 6 (fraude relacionado con los sistemas de información), la cual habrá de ser castigada por los Estados miembros con una pena de privación de libertad cuya duración máxima no sea inferior a tres años.

En un segundo escalón punitivo por su gravedad se encontrarían las conductas recogidas en el artículo 3, el artículo 4, letras a) y b), y el artículo 5, letras a) y b), así como la establecida en el art. 7 (herramientas utilizadas como actos preparatorios de las infracciones ahora mencionadas de los arts. 4 y 5), las cuales habrán de ser castigadas también con pena de privación de libertad, pero cuya duración máxima no sea inferior a dos años.

Por último, las infracciones penales recogidas en el artículo 4, letras c) y d), y el artículo 5, letras c) y d), habrán de ser castigadas también con una pena de privación de libertad, cuya duración máxima no sea inferior a un año.

En el sistema de dosimetría penal acabado de exponer llama la atención dos aspectos fundamentales. De un lado, sorprende que se siga sin establecer la duración de la pena mínima en aras a una mejor acercamiento y armonización de las normativas

³⁸ KERT, R.; GLASER, S., “Verstärker strafrechtlicher Schutz für unbare Zahlungsmittel”, *Zeitschrift für Wirtschafts- und Finanzstrafrecht*, nº 4, 2019, pp.142-144, no las consideran desproporcionadas en atención a las conductas que son castigadas.

penales europeas tanto en esta materia, como en cualquier otra de naturaleza penal. A este respecto, no debe pasar inadvertido que la divergencia de penas mínimas entre los Estados miembros podría determinar la elusión de unas legislaciones penales más estrictas, en favor de otras que presenten mínimos más favorables con posibilidades de sustitución, suspensión, etc., dando así lugar a un agravio comparativo que contradice la finalidad de armonización.

De otro lado, se advierte que en el segundo escalón punitivo señalado se castiga con igual mínimo del máximo de pena actos preparatorios que acciones ejecutivas, lo que contradice el principio de proporcionalidad.

Por último, se insta a los Estados miembros a que en la sanción de tales conductas incluyan como un subtipo agravado o cualificado de las infracciones contempladas en los artículos 3 a 6 el que tales conductas se hayan cometido en el marco de una organización delictiva con arreglo a la Decisión Marco 2008/841/JAI del Consejo³⁹, debiendo en este caso castigarse tales conductas, con independencia de la pena que se establezca en dicha Decisión Marco, con una pena de privación de libertad cuya duración máxima no sea inferior a cinco años.

No recoge la Directiva ningún tipo de agravantes genéricas de las conductas que insta a castigar, dejando tal aspecto a la elección de los respectivos Derechos penales de los Estados miembros (Considerando 19).

V. ASPECTOS PROCESALES Y DE APOYO A LAS VÍCTIMAS

La jurisdicción de cada Estado miembro se determinará conforme a los clásicos principios de territorialidad y personalidad (art. 12). Con relación al principio de territorialidad la Directiva realiza una interpretación legal, la cual resulta necesaria dado el carácter transnacional y el componente de deslocalización que suele concurrir en esta clase de infracciones. Así, se establece que “se entenderá que una infracción ha sido cometida en todo o en parte el territorio de un Estado miembro cuando el autor cometa la infracción estando físicamente presente en ese territorio, independientemente de que la infracción se cometa utilizando un sistema de información situado en dicho territorio”. Este criterio es de clara aplicación en el caso de las personas físicas. Pero, tratándose de personas jurídicas no queda claro cuál sería el criterio a aplicar, dado que las personas jurídicas carecen de la corporeidad de la presencia física, al ser una ficción jurídica. En estos casos habría que entender que la jurisdicción la determinaría las personas físicas a las que se refiere el art. 10 de la Directiva 2019/713. En el supuesto de que no sean habidas las personas físicas o si estas fallecieran por tratarse de

³⁹ DOUE L-300/42, de 11 de noviembre de 2008.

personas jurídicas de pequeña o mediana entidad, se podría entender por tal presencia física el lugar de su domicilio fiscal o en donde tengan una mayor presencia su actividad económica.

Por otra parte, pese a que los mencionados principios de territorialidad y personalidad son el núcleo obligatorio competencial de cada Estado miembro, nada impide que este pueda ser ampliado por aquel, previa información a la Comisión, si concurre alguna de las siguientes condiciones: a) el infractor tiene su residencia habitual en su territorio; b) la infracción se ha cometido en provecho de una persona jurídica establecida en su territorio; c) la infracción se ha cometido contra uno de sus nacionales o contra una persona que tenga su residencia habitual en su territorio. Circunstancias estas que pueden generar el interés del Estado en cuestión en perseguir estos delitos. En todo caso, si hubieran supuestos de conflicto de jurisdicción, la Directiva recomienda a los Estados miembros a que eleven consulta directamente la Agencia de la Unión Europea para la Cooperación Judicial Penal (Eurojust).

En materia de denuncia de estos delitos se insta a los estados a establecer sistemas de denuncia en línea y modelos de formularios normalizados europeos de denuncia para los afectados. Estas medidas pretenden facilitar y apoyar la denuncia de las víctimas, así como identificar más rápidamente las amenazas de los cibercriminos y facilitar la cooperación transfronteriza. Pero, también se insta a las entidades financieras a que denuncien con prontitud para detectar rápidamente vulnerabilidades de los sistemas y con el fin de detectar, prevenir, investigar y perseguir las infracciones contempladas en los artículos 3 a 7 de la Directiva de 2019.

La Directiva coloca a los delitos de fraude y falsificación de medios no dinerarios al nivel de la criminalidad organizada, por lo que insta a los Estados miembros para que en cualquier investigación relativa a los mismos, aunque no concurra la agravación por organización, las personas, unidades y servicios encargados de su investigación o persecución dispongan de instrumentos de investigación, tales como los que se utilizan en la lucha contra la delincuencia organizada u otros casos de delincuencia grave (art. 13.1). Esta disposición hay que atribuirla a la dinámica comisiva que presentan estos delitos, sobre todo los relativos a medios de pago inmateriales, los cuales son raramente concebibles en el ámbito de la mera autoría o coautoría.

Así mismo, se insta a los Estados miembros a que adopten las medidas necesarias para garantizar que, en caso de que el Derecho nacional obligue a las personas físicas y jurídicas a presentar información relacionada con las infracciones contempladas en los artículos 3 a 7, y a que dicha información sea transmitida sin demora injustificada a las autoridades que investigan o persiguen dichas infracciones (art. 13.2). Pero, también dicha información ha de fluir por los cauces comunitarios con prontitud, dado el carácter

volátil de las pruebas en estos delitos, estableciéndose sistemas de información rápidos en sintonía a la velocidad con la que se produce el pago o las transacciones por medios electrónicos (art. 14). A estos efectos, los Estados miembros habrán de establecer un “punto de contacto nacional operativo”, disponible veinticuatro horas al día, siete días a la semana con la finalidad de que las solicitudes de ayuda urgente sean atendidas con prontitud y de que la autoridad competente responda en un plazo de ocho horas a partir de la recepción, indicando, al menos, si se dará respuesta a la solicitud y la forma de tal respuesta, así como el plazo aproximado en que se enviará. De dicho punto de contacto habrá de darse cuenta a la Comisión, a Europol y a Eurojust⁴⁰.

Por lo que a las víctimas de los delitos regulados en esta Directiva se refiere (art. 16), se realiza un reconocimiento común de derechos para todo tipo de víctimas y otro diferenciado en función de que se trate de personas físicas o jurídicas⁴¹.

La Directiva insta a que se garanticen como derechos comunes a todo tipo de víctimas:

a) Derecho a que se les facilite información y asesoramiento específicos sobre cómo protegerse contra las consecuencias negativas de dichas infracciones, tales como los daños a la reputación, el cual puede ser un perjuicio común tanto a las personas físicas como a las jurídicas. Pero, además, tratándose de personas físicas se insta en el Considerando (33) a que se les preste asistencia psicológica, ayuda que será especialmente necesaria no solo en supuestos de detracciones patrimoniales significativas, sino sobre todo en casos -prolongados- de usurpación de identidad.

b) Derecho a que se les facilite una lista de las instituciones que se ocupan específicamente de los distintos aspectos de los delitos relacionados con la identidad y del apoyo a las víctimas. A estos efectos insta a los Estados miembros a establecer instrumentos nacionales únicos de información en línea para facilitar el acceso a la asistencia y el apoyo de todo tipo de víctimas. Esto permitirá que se excluya el “galimatías de ventanillas” a los que se pudiera ver sometida la víctima en función de la entidad, medio de pago no dinerario, o supuesto de que se trate

⁴⁰ Las redes de puntos de contactos se hallan reguladas por la DM 2001/413/JAI y la Directiva 2013/40/UE, haciendo uso de las mismas también para intercambiar información a los fines de poder investigar y perseguir los delitos que se castigan en la Directiva de 2019. En definitiva, se pretende con la Directiva 2019/713 facilitar y simplificar la cooperación transnacional.

⁴¹ WAHL, T.; RIEHLE, C., "Actualités/Kurzmeldungen", 2019, pp. 2-42. Disponible en: https://pure.mpg.de/rest/items/item_3080496/component/file_3080562/content, quienes recalcan que esta Directiva adapta los derechos de las víctimas recogidos en la Directiva 2012/29 a las necesidades especiales de las que lo sean de los delitos de falsedad o fraude de medios de pago no monetarios.

Cuando las víctimas de estos delitos sean personas jurídicas -no diferenciando entre públicas o privadas, ni su actividad- se insta a que se les facilite, sin demora injustificada tras su primer contacto con una autoridad competente, información sobre: a) los procedimientos para formular quejas en relación con la infracción y el papel de la víctima en tales procedimientos; b) el derecho a recibir información sobre el asunto, de conformidad con lo dispuesto en la legislación nacional; c) los procedimientos existentes para formular quejas si la autoridad competente no respeta los derechos de la víctima en el curso de un proceso penal; d) los datos de contacto para las comunicaciones relativas a su caso.

Esta doble o sobreprotección de las víctimas personas jurídicas hay que ubicarla en el entendimiento del protagonismo que tienen sobre todo las entidades financieras en los medios de pagos no dinerarios, sean materiales o inmateriales, y en el especial perjuicio que el fraude de los mismos puede causar especialmente a las empresas, sin olvidar que su actuación y protección puede servir de escudo ante los fraudes que pudieran sufrir los particulares.

VI. CRONOGRAMA DE LA DIRECTIVA

La transposición de la Directiva habrá de culminar el 31 de mayo de 2021⁴² (art. 20). La señalización de este plazo de transposición resulta especialmente relevante en cuanto a los efectos que se devengarían para los Estados miembros en el caso de no ser transpuesta o serlo defectuosamente, según el denominado “efecto vertical de las directivas”, dado que ningún Estado miembro podría invocarla frente a los particulares⁴³.

Sin embargo, al regular esta Directiva, sobre todo, materia penal, esto es, al tratarse de disposiciones restrictivas de derechos, sus efectos sólo podrían operar cuando supusieran una disminución de la pena a imponer o implicaran la destipificación de alguna conducta⁴⁴, lo que no es el caso⁴⁵. Como se ha puesto de manifiesto más arriba,

⁴² Al tratarse de materia penal en el caso de España, el grueso de su transposición habrá de hacerse por ley orgánica, lo que podría dar lugar al no cumplimiento del plazo señalado y sin perjuicio de la adopción de otras reformas de naturaleza legal como las procesales o reglamentarias, en lo referente a los sistemas de información o sensibilización por ley ordinaria o reglamentos.

⁴³ Por todos, MANGAS MARTÍN, A.; LIÑÁN NOGUERAS, D.J., *Instituciones y Derecho de la Unión Europea*, Ed. Tecnos, 9ª ed., 2016, pp. 401 y ss.

⁴⁴ Al respecto, URBANEJA CILLÁN, J., “Renovadas medidas de la unión europea relativas a la sanción penal del blanqueo de capitales: la Directiva 2018/1673”, *Revista General de Derecho Europeo*, nº 48, 2019, pp. 245-246.

⁴⁵ De otra opinión, concluyendo que en materia de delitos medioambientales, en donde es de uso frecuente la utilización de leyes penales en blanco, VERCHER NOGUERA, A., “Algunos planteamientos y reflexiones prácticas en relación al efecto directo de las directivas comunitarias en medio ambiente y la posibilidad de aplicar las mismas con el objeto de completar normas

esta Directiva va a suponer una ampliación del ámbito punitivo de los tipos ya vigentes en todos los Estados miembros. Esto es así debido a la introducción de nuevos objetos a proteger penalmente por los tipos penales, así como, porque, en función de la regulación existente en cada uno de aquellos, conllevará la introducción de -más o menos- nuevas conductas punibles, en función del rigor con el que en cada Estado miembro hubiera transpuesto la Decisión marco derogada.

A lo anterior habría que añadir las cautelas que tradicionalmente también se han impuesto en la jurisprudencia penal española en relación al efecto vertical directo, salvo que beneficiara al reo⁴⁶, así como también en la jurisprudencia comunitaria⁴⁷.

Pero, es que, además, no cabría olvidar la consideración de que el Derecho penal es la rama del ordenamiento jurídico más apegada a la soberanía de cada Estado miembro. Y si bien es cierto que la UE se ha construido y construye mediante la cesión de cuotas de soberanía de los Estados miembros a la Unión con el objetivo de ir profundizando en una mayor integración, también lo es que esta se ha realizado, hasta el Tratado de Lisboa, de espaldas al Derecho penal por el motivo acabado de apuntar.

Otra cuestión distinta, sería la posibilidad de interpretar normas penales según el contenido de una Directiva, pese a su no transposición, a través de las normas penales

penales en blanco”, *Revista do Ministério Público do RS*, nº 77, 2015, pp. 107-124, el cual concluye que, tras analizar la jurisprudencia del TJUE, que “es difícil imaginar que el TJUE pueda volver por los mismos vericuetos por los que discurría en su andadura anterior. De hecho, no se aprecia obstáculo alguno en virtud del cual una norma penal en banco no pueda ser completada con una directiva comunitaria ambiental, incluso si la misma no ha sido transpuesta. De hecho, los dos Anexos citados se refieren a la posibilidad de infringir una directiva como tal, y al margen de cualquier transposición, añadiendo además que esa infracción podrá constituir una conducta ilícita”, ilicitud que no tiene que ser la de un tipo penal y que restrinja los derechos de un ciudadano, sin contar con que se estarían sentando las bases para que se dieran números casos de error de prohibición, sobre todo, cuando no haya habido transposición.

⁴⁶ Sí lo fue, por ejemplo, en el supuesto enjuiciado por la STS 666/1994, de 28 marzo, en el que se absuelve por el delito de prevaricación a vocales del Consejo regulador de denominación de origen del vino de Valdepeñas, después de haber sido acusados de fabricar vino añadiendo uvas de otra región no incluida en la denominación porque precisamente “... En el momento de adoptar el acuerdo conocían obrar en contra de las normas vigentes en la materia, si bien, en fechas inmediatamente anteriores una directiva comunitaria europea admitió la posibilidad de adición a vinos de calidad producidos en regiones determinadas, de productos vitivinícolas no originarios de esa región siempre que concurrieran ciertas condiciones de no exceder de un determinado porcentaje, ser adoptada por las autoridades competentes y ser una práctica tradicional...”.

⁴⁷ STJUE (Gran Sala) Asunto C-176/03, de 13 de septiembre de 2005, Comisión de las Comunidades Europeas contra Consejo de la Unión Europea, en la cual se afirmaba que: “... no sólo no existe a este respecto ninguna atribución expresa de competencia, sino que habida cuenta de la importancia considerable del Derecho penal para la soberanía de los Estados miembros, no puede admitirse que tal competencia hubiera sido transferida implícitamente a la Comunidad cuando se otorgaron competencias materiales específicas, como las que se ejercen de acuerdo al artículo 175 del Tratado Constitutivo de la Comunidad Europea”. Cfr. también, en relación con un problema de sucesión de leyes penales en el tiempo, la STJUE 2016/ 479, de 6 octubre, Caso Tribunale ordinario di Campobasso (Tribunal de Campobasso, Italia) contra Gianpaolo Paoletti y Otros, en la que se afirma que la adhesión de un Estado a la Unión no impide que otro Estado miembro pueda imponer una sanción penal a quienes hayan cometido, antes de la adhesión, el delito de ayuda a la inmigración ilegal de nacionales del primer Estado.

en blanco expresas o tácitas (también denominadas por un sector de la doctrina penal elementos normativos del tipo).

A este respecto, cabría traer a colación la reciente STS, Sala Segunda, 326/2019, de 20 de junio, la cual, en un caso de estafa, afirma que “el *bitcoin* como un activo inmaterial de contraprestación o de intercambio en cualquier transacción bilateral en la que los contratantes lo acepten, pero en modo alguno es dinero electrónico ni dinero legal al no estar regulada por ninguna ley ni bajo el control de algún gobierno o banco central”. En consecuencia, esta Sentencia obliga al condenado por tal delito a indemnizar el valor de los bitcoins en euros, tomando como referencia el valor que tenían cuando se produjo el delito.

Tras la citada Directiva no habría inconveniente, dado que no se trata de materia penal o, con carácter general, restrictiva de derechos, el acordar una indemnización en *bitcoins* si esta fue la moneda en la que se operó. Así pues, dado que esta Directiva entró en vigor a los 20 días de su publicación (art. 22), y debido al valor interpretativo que tiene los instrumentos normativos comunitarios⁴⁸, si bien no podrá servir para integrar tipos en cuanto tenga efectos penales o normas restrictivas derechos, pero sí podrían extenderse tales efectos interpretativos a consecuencia jurídicas no penales tales como el decomiso o la responsabilidad civil *ex delicto*.

La evaluación sobre los cumplimientos de los Estados miembros se producirá mediante informe a presentar al Parlamento y al Consejo el 31 de mayo de 2023.

La evaluación del impacto de la Directiva tendrá lugar a más tardar el 31 de mayo de 2026, momento en el que se presentarán propuestas de establecimiento de sistemas nacionales en línea seguros y formularios normalizados para que las víctimas puedan denunciar cualquiera de las infracciones contenidas en esta Directiva. Teniendo en cuenta que esta medida es preventiva y que debería operar como tal con carácter previo al Derecho penal, llama la atención su cronología.

VII. VALORACIONES FINALES

Es claro que los medios de pago no dinerarios, debido, fundamentalmente, a la globalización misma de la economía y a la idiosincrasia de la zona euro, estaban necesitados de una intervención armonizadora y actualizadora por parte de la Unión Europea⁴⁹.

⁴⁸ Cfr. SANTANA VEGA, D.M., *El concepto de ley penal en blanco*, Ad Hoc, Buenos Aires, 2000.

⁴⁹ Proceso de armonización penal que como ya denunciara NIETO MARTÍN, A., ¿Americanización o europeización del Derecho Penal económico?, *Revista Penal*, 2007, pp. 120-136, “no puede limitarse a actuar como una oficina de promoción legislativa de las iniciativas norteamericanas o, lo que generalmente es lo mismo, supranacionales...”.

La normativa penal que castiga el fraude y la falsificación de aquellos no pueden verse frustrada en su persecución y castigo por disparidades normativas entre de los Estados miembros de la Unión. En ese sentido, La Directiva (UE) 2019/713 constituye una necesaria actualización de la Decisión Marco 2001/413/JAI por ella derogada.

Sin embargo, llama la atención cómo, en algunos aspectos de la Directiva, se ha empezado a construir la casa por el tejado. Esto sucede, por ejemplo, con el caso de las criptomonedas. Las monedas virtuales se encuentran actualmente en una "zona gris" en gran parte de las regulaciones en Europa: no se consideran como instrumentos de pago y no están reguladas por otras ramas del ordenamiento jurídico⁵⁰.

No obstante, hay que reconocer que las criptomonedas se pueden usar en muchos tipos de delitos en la práctica. Y, ciertamente, no es la primera vez, al menos en el ámbito del Derecho estatal español, que el Derecho penal es la puerta de entrada al Ordenamiento jurídico general de nuevas instituciones a los solos efectos tuitivos, sin que se hallen previamente reguladas en la disciplina jurídica matriz, pero sirviendo y motivando tal recepción que luego se regulen por la rama del ordenamiento jurídica respectiva.

La técnica legislativa de la Directiva es manifiestamente mejorable, siendo de reseñar como principales defectos:

a) La sistematización o diferenciación de las conductas típicas gira en tono a los medios materiales e inmateriales de pago distintos al dinero, pudiéndose haber hecho un elenco único de conductas, especificando las excepciones de ellas que se refieran a uno solo de los objetos materiales, ya que la mayoría son comunes a ambas modalidades de pago no dinerarias.

b) Por lo que se refiere a las conductas de utilización de tales medios de pago, deberían haber estado reguladas a continuación de los artículos 4 y 5 y no previamente.

c) Hubiera sido deseable concretar la naturaleza penal de la obtención o apropiación ilícitas, lo que parece más pertinente, o si por el contrario se refiere a cualquier conducta contraria al Ordenamiento jurídico.

Por lo que se refiere a la concreción de las penas se debería respetar la proporcionalidad en atención a la gravedad de las conductas, sin que resulten equiparadas en cuanto a la determinación del mínimo de la pena máxima las que tienen

⁵⁰ En este sentido, TOTH, D., *ob. cit.*, 2019, p. 241, quien lleva a cabo un estudio comparado entre Alemania y Hungría sobre los delitos de fraude en tarjetas de crédito.

diferente entidad, y sin perjuicio de que tal desproporción pueda ser corregido en el proceso de transposición por los Estados miembros.

Así mismo, se aprecia, como en otros instrumentos normativos europeos, un desajuste entre lo que se afirma en los Considerandos y lo que finalmente queda plasmado en el articulado de la Directiva, lo que resulta un contrasentido, ya que los primeros son la exposición de motivos de la Directiva y han de servir de pauta interpretativa del segundo, y no debiera convertirse en una regulación alternativa o paralela sin efecto normativo, lo que induce a confusión en el proceso de transposición.

La mayoría de los Códigos penales europeos que procedieron a transponer la Decisión Marco ahora sustituida habrá de acometer reformas en sus ordenamientos penales⁵¹, dado el ámbito punitivo más amplio ahora exigido por la presente Directiva, y, sobre todo, debido a la introducción de la protección penal de los medios de pago inmateriales. Por ello, es de esperar que en la concreción normativa que se lleve a cabo por los mismos se proceda a depurar y dejar cerradas las deficiencias técnicas e interpretativas apuntadas para que no se susciten problemas aplicativos.

La UE, a través del Derecho penal, está intentando agilizar o incentivar una determinada política económica en los Estados miembros: la progresiva sustitución del dinero en efectivo por una divisa electrónica oficial (en el sentido de pública, controlada por los respectivos bancos centrales y como contraposición a otras divisas virtuales privadas como los *bitcoins*). De esta manera, bajo el pretexto de dictar normas para evitar el fraude fiscal u otro tipo de delincuencia económica, en realidad, lo que indirectamente se está pretendiendo acometer es algo para lo que no se es competente, eludiendo así problemas jurídicos que podrían considerarse en relación con la idea referida, y que tienen que ver primeramente con la legitimidad de la UE para acometer tal medida, así como con los aspectos procedimentales -v. gr. decidir por unanimidad la adopción de una divisa exclusivamente electrónica- que habrían de seguirse para operar el mencionado cambio⁵².

⁵¹ En el caso del Código penal español estas conductas ya se encuentran, al menos en parte, castigadas en los arts. 399 bis (De la falsificación de tarjetas de crédito y débito y cheques de viaje), así como en el 248.2 (las denominadas estafas informáticas), pero no se halla recogidos los citados medios de pago no dinerarios inmateriales o valores virtuales; en el caso del Derecho penal austriaco ponen de manifiesto la necesidad de reformas en su Código, por los mismos motivos, KERT, R.; GLASER, S., *ZWF*, nº 4, 2019, p. 143; en Italia, CARRER, S., ob. cit., 2019, p. 1, igualmente consideran que: "el art. 640 ter relativo al "Fraude informático" y el art. 493 ter que se ocupa del "Uso indebido y falsificación de tarjetas de crédito y débito", ambos del Código penal, abarcarían gran parte del contenido de la Directiva.

⁵² Bajo el prisma del Derecho tributario, significativamente, LUCAS DURÁN, M., "La eliminación del dinero en efectivo y su sustitución por divisa electrónica como vía más eficaz para combatir el fraude y la elusión fiscales", *Documentos. Instituto de Estudios Fiscales*, nº 2, 2016, pp. 1-28, llama la atención de la escasa protección existente frente a "...las posibilidades de cesión a los distintos Estados de la UE y la Comunidad Internacional de los datos que se generarían en el BCE, tales

Por otro lado, la protección jurídico penal de estos medios de pago no dinerarios puede generar, paradójicamente, la comisión de otros tipos delictivos al querer reaccionar contra la delincuencia organizada y transnacional. Estos delitos serían los que se podrían cometer contra el derecho a la intimidad y la consiguiente protección de datos personales, los cuales pueden resultar afectados a través de la utilización de los medios de pago no dinerarios.

No se olvide que estos medios de pago consisten, básicamente, en la sustitución de la materialidad de un dinero anónimo, por la nominalidad de las personas -físicas o jurídicas- que hacen una transacción. Con ello se lleva a cabo la cesión de numerosos datos que hacen plantearse la siguiente cuestión: en qué medida se pueden lesionar tales derechos mediante el régimen de cesión de los datos sobre pagos y cobros que se generarían en los ordenadores del BCE, dando lugar a los delitos contra la intimidad, en el caso de los particulares, o al descubrimientos y revelación de secretos empresariales, en el caso de determinadas personas jurídicas privadas, o hasta incluso al descubrimiento de secretos públicos u oficiales.

En suma, no parece que el edificio de la protección de la intimidad y de los datos se haya construido con la misma fortaleza y prioridad, o que se haya reforzado con la misma intensidad que el de la lucha contra la criminalidad económica, apreciándose una mayor preocupación por esta última que por la primera que parece haber quedado postergada en el proceso de generalización de los medios de pago no dinerarios. Y si bien es cierto que el principio de necesidad y proporcionalidad hacen y harían posible la injerencia en la privacidad en favor de los mencionados fines públicos como serían los fiscales⁵³, o de lucha contra la criminalidad organizada transnacional, también lo es que no parecen suficientes garantías aquellos principios⁵⁴ y el deber de secreto que afecta a los titulares de los datos personales transferidos -y que se multiplicarán exponencialmente de generalizarse el uso de los medios de pago no dinerarios-, ni tampoco la de los limitados fines que permitirían su cesión, sobre todo, cuando el volumen de esos datos se multipliquen exponencialmente por la progresiva sustitución del dinero en efectivo por los medios de pago no dinerarios, haciendo difícil su control, y,

supuestos deberían sin duda regularse por las normas adecuadas...". Esta entidad, como sus homónimas en los Estados miembros, al ser de Derecho público, no responderían penalmente en el caso de que las mismas atentaran contra la intimidad de las personas, aunque sí las personas físicas al frente de las mismas.

⁵³ Cfr. a este respecto STJUE de 16 de diciembre de 2008 (Satakunnan Markkinapörssi Oy, C-73/07); o STEDH de 14 de marzo de 2013 (Bernh Larsen Holding As And Others v. Norway, solicitud núm. 24117/08).

⁵⁴ Debido a su ambigüedad y dependencia de la subjetividad de quien realiza los juicios de necesidad, idoneidad y proporcionalidad, cfr. por todos, CÁRDENAS GRACIA, J. (2014): "Noción, justificación y críticas al principio de proporcionalidad", *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, nº 139, 2014, pp. 65-100.

sin olvidar que el beneficio económico a percibir por la cesión ilícita de los mismos puede ser sumamente cuantioso.

Tampoco habría que desconocer los peligros que podrían provenir del almacenamiento de estos datos por las empresas, la cuales se hallan y hallarán siempre entre la espada y la pared: tendrán un gran interés en preservar la intimidad y los datos almacenados por sus clientes -en la no tan segura nube⁵⁵-, y a los que han tenido acceso por los pagos presenciales o virtuales mediante medios de pago no dinerarios, pero también querrán ser vistas como buenos ciudadanos globales que cooperan con la policía y no son cómplices de actividades ilegales⁵⁶.

Por último, cabría apuntar el peligro de que, tras la comisión de delitos de descubrimientos y revelación de secretos de las que hubieran sido responsables las empresas, bancos o entidades públicas u oficiales de los datos que generen la masiva utilización de los medios de pago no dinerarios, se tenga la tentación de acudir a planteamientos victimodogmáticos, esto es, intentar que se le atribuya, automáticamente, a las víctimas individuales de los mismos parte o toda la responsabilidad de los fraudes, falsificaciones o la intromisión o revelación de tales datos a estas, por no haber adoptado las medidas adecuadas, exonerándose aquellos de todo tipo de responsabilidad⁵⁷.

⁵⁵ Piénsese en las revelaciones de 2013 en la que importantes actores en internet lograron el acceso a la Agencia de Seguridad Nacional (NSA).

⁵⁶ Tal como pone de manifiesto, SIRY, L. (2019), "Cloudy days ahead: Cross-border evidence collection and its impact on the rights of EU citizens", 2019, pp. 1-28. Disponible en: <https://journals.sagepub.com/doi/full/10.1177/2032284419865608#>.

⁵⁷ Cfr. BHASIN M.L., "Frauds in the banking sector: Experience of a developing country", *Asian Journal of Social Sciences and Management Studies*, nº 3, 2016, pp.1-9., bajo el argumento de que los bancos deberían involucrar a sus clientes en una participación activa en sus esfuerzos para prevenir el fraude.