



Universidad
de La Laguna
Facultad de Derecho



Grado en: Derecho
Facultad de Derecho
Universidad de La Laguna
Curso 2016/2017
Convocatoria: Julio

**RESPUESTA PENAL AL USO INDEBIDO DE
REDES INALÁMBRICAS:
*PIGGYBACKING***

Realizado por el alumno/a Dña: Silvia Socas Sanabria
Tutorizado por el Profesor/a Dña: Fátima Flores Mendoza
Departamento: Disciplina Jurídicas Básicas
Área de conocimiento: Derecho Penal

ABSTRACT

This work deals with the criminal response to a new form of criminality in the field of wireless networks, called piggybacking and consists of accessing the wireless connection of a subject without his consent to use his internet service. Due to its novel and current character, there are discussions in the legal doctrine about its conceptualization. On the contrary, for computer scientists is a well-known term, which will help to the legal configuration. The precepts that allow their fitting are the offenses of electric fluid frauds and analogues provided in art. 255 and 256 CP. Although the description of both is so imprecise that it causes an overlap between them. For this reason, this paper only addresses the study of the most controversial elements of the type, in order to mark the delimitation of each one. Thus, the differentiation between telecommunications (required by Article 255) and telecommunications terminal equipment (regulated by article 256 CP) to know in which wifi are inserted; The extension of consent, required by art. 256 CP; The configuration of the profit spirit with respect to this new reality so that it can include the saving that it supposes to the active subject and the scope of the economic prejudice for the assumptions of the flat rate as a common requirement of those two precepts. For all this, a doctrinal as well as jurisprudential and normative analysis has been carried out and that has not been limited to the criminal branch, being the administrative branch of the law of help.

RESUMEN (entre 150 y 350 palabras)

Este trabajo se ocupa de la respuesta penal a una nueva forma de criminalidad en el ámbito de las redes inalámbricas, denominada *piggybacking* y consiste en acceder a la conexión inalámbrica de un sujeto sin su consentimiento para usar su servicio de internet. Debido a su carácter novedoso y actual, en la doctrina jurídica existen discusiones en torno a su conceptualización. Por el contrario, para los informáticos es un término muy conocido, lo que servirá de ayuda para la configuración jurídica. Los preceptos que permiten su encaje son los delitos de defraudaciones de fluido eléctrico y análogas previstos en el art. 255 y 256 CP. Si bien, la descripción de ambos es tan imprecisa que origina un solapamiento entre ellos. Por esta razón, en este trabajo se aborda solamente el estudio de los elementos del tipo más controvertidos, con el objetivo de marcar la delimitación de cada uno. Así, la diferenciación entre telecomunicaciones (exigido por el art. 255) y equipo terminal de telecomunicación (regulado por el art. 256 CP) para conocer en cuál se insertan las *wifi*; la extensión del consentimiento, exigido por el art. 256 CP; la configuración del ánimo de lucro con respecto a esta nueva realidad para que pueda incluirse el ahorro que le supone al sujeto activo y el alcance del perjuicio económico para los supuestos de la tarifa plana como requisito común de aquellos dos preceptos. Para todo ello, se ha llevado a cabo un análisis tanto doctrinal como jurisprudencial y normativo y que no se ha limitado a la rama penal siendo de ayuda la rama administrativa del derecho.

Índice:	Página
1 Introducción	1
2 Concepto del <i>piggybacking</i> y diferenciación con la figura del <i>phreaking</i>	1
2.1 Concepto del <i>piggybacking</i>	1
2.2 Diferenciación con la figura del <i>phreaking</i>	5
3 Subsunción del <i>piggybacking</i> en las conductas de defraudación de los arts. 255 y 256 del código penal	5
3.1 Análisis del art. 255 CP	6
3.1.1 Delimitación del concepto de “telecomunicaciones”	6
3.1.1.1 Definición legal	7
3.1.1.2 Definición doctrinal	8
3.1.2 Alcance del elemento subjetivo del ánimo de lucro	9
3.2 Análisis del art. 256 CP	11
3.2.1 Delimitación de “equipo terminal de telecomunicación”	12
3.2.1.1 Definición doctrinal	12
3.2.1.2 Definición jurisprudencial	13
3.2.2 Alcance del “consentimiento”	15
3.2.3 Delimitación del “perjuicio económico”	19
3.3 Posición personal y propuesta de reforma del encuadre del <i>piggybacking</i> en los preceptos analizados previamente	21
Conclusiones	24
Bibliografía	26
Referencias jurisprudenciales	28

1. Introducción.

A día de hoy, la tecnología y la informática son herramientas imprescindibles en nuestra vida cotidiana que avanzan a pasos agigantados, lo que dificulta al derecho su regulación y especialmente, en el ámbito delictivo. En este trabajo, se procederá al estudio de una conducta novedosa, actual y común: el uso del internet ajeno.

Se habla en este sentido de *piggybacking*, denominación que a los profesionales de la informática les resulta cotidiana, pero que en la doctrina jurídica es apenas conocido. Prueba de ello es la controversia y discusión que existe como veremos en este trabajo.

Como premisa inicial debemos decir que su tipificación, para algunos, es excesiva, debiendo quedarse en la rama administrativa en base al principio de intervención mínima del derecho penal.

2. Concepto del *piggybacking* y diferenciación con la figura del *phreaking*.

2.1. Concepto del *piggybacking*

Como ya se apuntó anteriormente, la cuestión que abordaremos es muy reciente y actual por su relación con la tecnología, uno de los avances más significativos del S. XXI, lo que implica que el derecho apenas haya regulado este sector. Por lo tanto, creo que para una buena y exacta definición del *piggybacking* nos puede ser de ayuda la aportación científica. Así, si lo analizamos desde un punto de vista informático, se refiere a “*la entrada en las instalaciones o en zona restringida sin autorización de acceso y usando una autenticación válida de un usuario anterior*”¹. Si seguimos su tenor literal, parece que el *piggybacking* no opera exclusivamente en el ámbito del uso de *wifi* o de

¹HERNÁNDEZ RUIZ, M.A. ¿Éstas a salvo de los piggybackers? Blog de INCIBE (instituto nacional de ciberseguridad) el 20 de diciembre de 2011. [Consulta: 3-2-2017]. Disponible en: <https://www.incibe.es/protege-tu-empresa/blog/post-piggybackers>

conexiones inalámbricas, sino que parece tener un campo de aplicación muy amplio. Es más, el empleo del término “instalaciones” puede referirse, incluso, a un espacio físico y tangible como acceder a determinados despachos o salas de un edificio. Es de destacar también que no se maneja la misma acción típica que es la de “conectarse”, sino que se limita a una mera “entrada”. Por estas razones, el supuesto de hecho es bastante amplio y no está acotado, ya que no sólo se limita al uso de *wifis* ajenas, sino que también tienen cabida otros casos de diversa índole.

Por lo tanto, desde el punto de vista jurídico la anterior definición produce una gran inseguridad jurídica. Sin embargo, no sucede igual desde la otra perspectiva. Así, desde el punto de vista informático, el *piggybacking* o *man in the middle* se refiere a la obtención de unos paquetes de información que se intercambian dos servidores. En ese intercambio el sujeto atrapa alguno de los paquetes y lo abre para obtener los datos que viajan en su interior (entre ellos, la contraseña del usuario real) y posteriormente conectarse al servidor para realizar la función que desee: navegar por internet, obtener imágenes, documentos o cualquier otra información personal. Si volvemos a leer la definición anterior teniendo en mente lo que se acaba de exponer, ahora sí que puede tener sentido. El *piggybacking*, desde la perspectiva de los profesionales de la informática, es una mera técnica que permite la entrada en unas instalaciones privadas o protegidas y que para acceder se requiere de la previa vulneración a los sistemas de protección. Consecuentemente, el uso de internet es simplemente un motivo o finalidad, entre otros muchos.

Una vez expuesta la realidad tecnológica, conviene estudiar la visión jurídica. Según FARALDO CABANA, el *piggybacking* es una conducta “*que consiste en conectarse a una red wi-fi sin consentimiento del titular*”². Sin embargo, esta denominación es totalmente desconocida por nuestra jurisprudencia y la del alto tribunal europeo. Si

²FARALDO CABANA, P. Defraudación de telecomunicaciones y uso no consentido de terminales de telecomunicación. Dificultad de delimitación entre los arts. 255 y 256 CP. En *Un derecho penal comprometido*, editado por Núñez Paz, Miguel Ángel. Valencia: Tirant lo blanch, 2011, pág. 368.

bien, es sólo el término lo que resulta extraño, ya que la conducta de acceder y usar sistemas informáticos ajenos van ocupando un lugar importante dentro la jurisprudencia, y que en mayor medida se refiere a los teléfonos móviles.

De cualquier manera, es la doctrina la única que está introduciendo el concepto de *piggybacking*. Junto a FARALDO CABANA, existen otros autores que emplean esta denominación. En palabras de FERNÁNDEZ TERUELO, la conducta de *piggybacking* o *wardriving* “consiste en conectarse fraudulentamente a través de un sistema de conexión inalámbrico ajeno”³. Podemos observar que se trata de una conceptualización bastante semejante a la descrita al comienzo de este epígrafe. La única diferencia que existe es que este autor utiliza conceptos que permiten la integración de otros sistemas tecnológicos que no se limitan exclusivamente al ámbito de la *wifi*, como por ejemplo, podría subsumirse dentro de su definición el *bluetooth*, los teléfonos inalámbricos, etc. También lo entiende así CORCOY BIDASOLO quien dispone del *wardriving* como la “utilización no consentida de conexiones inalámbricas como el WI-FI o el Bluetooth”⁴. En contraposición se encuentra la opinión de FARALDO CABANA⁵, quien considera que el *wardriving* se trata de una mera búsqueda de redes *wifis* con el objetivo de elaborar mapas, sin llegar a utilizar o engancharse a la red, siendo una conducta distinta del *piggybacking* que no encaja en la figura delictiva y que en caso de admitirlo, sería simplemente un mero acto preparatorio impune.

Según especialistas, “*Wardriving es el escaneo de redes durante una conducción por una ciudad*”⁶, la cual coincide con la definición que hizo FARALDO CABANA.

Por lo tanto, en base a todo ello, podemos concluir que *wardriving* y *piggybacking* no

³FERNÁNDEZ TERUELO, F.J. Defraudación de telecomunicaciones: phreaking y wardriving. En *Derecho penal e internet. Especial consideración de los delitos que afectan a jóvenes y adolescentes*. Valladolid: Lex Nova, 2011, pág. 225.

⁴CORCOY BIDASOLO, M. Problemática de la persecución penal de los denominados delitos informáticos: particular referencia a la participación criminal y al ámbito espacio temporal de comisión de los hechos. En *Cuadernos del Instituto Vasco de criminología* (2007), pág. 22 [consulta: 21-2-2017]. Disponible en: <http://www.ehu.es/es/web/ivac/cuaderno-eguzkiloire-21>

⁵FARALDO CABANA, P., op cit, pág. 368.

⁶GARCÍA MORAN, J.P., FERNÁNDEZ HANSEN, Y., MARTÍNEZ SÁNCHEZ, R, OCHOA MARTÍN, A., RAMOS VARÓN, A. Hacking en sistemas wifi. En *Hacking y seguridad en internet*. Madrid: RA-MA, 2011, pág. 458.

son conductas iguales, aunque sí presentan un posible nexo entre ellas, en tanto que la búsqueda de *wifis* puede hacerse con la finalidad de, posteriormente, conectarse a ellas. Otra denominación utilizada, si bien en el ámbito tecnológico, es *Tailgating*. Cuando “*alguien sin autorización de acceso sea capaz de entrar en las instalaciones o la zona restringida usando una autenticación válida de un usuario anterior [...] En caso de que la persona autenticada no sea consciente se utiliza el término Tailgating.*”⁷ En caso contrario, es decir, cuando conozca que otra persona está entrando con sus propias credenciales, HERNÁNDEZ RUIZ aprecia un caso de *piggybacking*. Sobre ello cabe hacer una serie de apuntes. En primer lugar, hay que decir que aquel término es totalmente novedoso, ya que no es usado por ninguno de los autores mencionados anteriormente. En segundo lugar, el elemento o criterio diferenciador aportado, desde mi punto de vista, no puede ser correcto porque si se conoce de la entrada ilegal con nuestras propias credenciales (que son personalísimas) y no se actúa al respecto, la interpretación que se puede desprender de esta conducta es que se presta consentimiento y jurídicamente, supone la atipicidad del delito.

En conclusión, se tomará como referencia la definición técnica del *piggybacking* por ser un término característico de su materia, pero como ha quedado comprobado previamente sus ámbitos de aplicación pueden ser muchos, lo que imposibilitaría su total estudio. Por todo ello, en este trabajo se abordará sólo el acceso no consentido a internet a través de *wifis*.

Como se puede observar, el concepto de *piggybacking* tiene un origen inglés. Quizás sea ésta la razón por la cuál es desconocida por nuestra jurisprudencia y porque además, disponemos en el léxico español de palabras equivalentes y la cual es “defraudación”, o en ámbito internacional “acceso ilícito” como figura en el art. 2 del convenio sobre ciberdelincuencia firmado en Budapest el 23 de noviembre de 2001 o “acceso ilegal a los sistemas de información” en la directiva europea 2013/40/UE, del Parlamento y Consejo, relativa a los ataques contra los sistemas de información.

⁷HERNÁNDEZ RUIZ, M.A., op cit, [Consulta: 7-3-2017] Disponible en <https://www.incibe.es/protege-tu-empresa/blog/post-piggybackers>

2.2. Diferenciación con la figura del *phreaking*.

Debido a la novedad de la cuestión, existen contraposiciones en la doctrina con respecto a otras figuras delictivas que se desarrollan en el campo de la tecnología. La delimitación a realizar es en cuanto al *Phreaking*. La necesidad de ello se basa en esclarecer los supuestos de hechos que engloba cada figura para que no puedan prestar confusión entre ellos.

Phreaking es una “conjunción de las palabras *phone* y *freak*, designa una forma de *hacking* orientada a la telefonía y estrechamente vinculada con la electrónica, centrada en la realización de llamadas gratuitas utilizando diversos trucos”⁸. Por tanto, cabría aquí el caso de quien duplica una tarjeta SIM de un teléfono y realiza llamadas sin tener que pagarlas. FERNÁNDEZ TERUELO⁹ considera que el *piggybacking* es un subtipo dentro de aquél, aunque reconoce que el *phreaking* puede tener una doble acepción. Por lo tanto, difiere de la consideración autónoma de FARALDO CABANA.

Si bien, desde el punto de vista de relevancia penal, este conflicto es puramente conceptual ya que ambos autores, pese a sus discrepancias tienen un denominador común: el castigo penal tanto del *phreaking* como del *piggybacking*. Sin embargo, la confrontación con *wardriving* tiene un carácter más relevante en el aspecto práctico, debido a que la calificación como acto preparatorio o como delito supone moverse entre impunidad o no, respectivamente.

3. Subsunción del *piggybacking* en las conductas de defraudación de los arts. 255 y 256 del código penal.

Existe una controversia en lo que se refiere al encuadramiento del *piggybacking* en nuestro ordenamiento jurídico-penal. Son dos los preceptos del código penal que la doctrina presenta como candidatos para su enjuiciamiento: art. 255 y 256 CP.

A continuación se expondrán sólo aquellas cuestiones más relevantes para el objeto de

⁸ FARALDO CABANA, P., op cit, pág. 368.

⁹ FERNÁNDEZ TERUELO, F.J. , op cit, pág. 225.

este trabajo que son: la delimitación del objeto material de ambos preceptos, esto es, las telecomunicaciones y equipo terminal de telecomunicación, la configuración del ánimo de lucro en el art. 255 CP y del perjuicio económico y el alcance del consentimiento para este tipo de delitos.

La finalidad perseguida es conocer que precepto se ajusta en mayor medida a estas conductas.

3.1 Análisis del art. 255 CP

Artículo 255.

1. Será castigado con la pena de multa de tres a doce meses el que cometiere defraudación utilizando energía eléctrica, gas, agua, telecomunicaciones u otro elemento, energía o fluido ajenos, por alguno de los medios siguientes:

1.º Valiéndose de mecanismos instalados para realizar la defraudación.

2.º Alterando maliciosamente las indicaciones o aparatos contadores.

3.º Empleando cualesquiera otros medios clandestinos.

2. Si la cuantía de lo defraudado no excediere de 400 euros, se impondrá una pena de multa de uno a tres meses.

3.1.1 Delimitación del concepto de “telecomunicaciones”

Es el código penal de 1995 el que introduce por primera vez el término de “telecomunicaciones” en la redacción del delito previsto en el art. 255. Hasta aquella fecha, el código penal de 1973 sólo preveía las defraudaciones a la energía eléctrica ajena y en preceptos posteriores, de agua, gas u otros fluidos, es decir, no mencionaba el término objeto de estudio en este subepígrafe. La importancia que tiene su análisis

reside en la diferenciación con respecto al “equipo terminal de telecomunicaciones” que requiere el art. 256 CP y que será objeto de exposición posteriormente. Este elemento constituye el objeto material del delito y que desde mi punto de vista, puede ser el elemento diferenciador entre aquellos dos artículos. Lo cierto es que no es una cuestión pacífica.

3.1.1.1 Definición legal

El Reglamento nº 283/2014 del Parlamento Europeo y del consejo de 11 de marzo de 2014 relativo a unas orientaciones para las redes transeuropeas en el sector de las infraestructuras de telecomunicaciones define en su art. 2 como “infraestructuras de telecomunicaciones” a las redes de banda ancha y las infraestructuras de servicios digitales. A su vez, las redes de banda ancha son las redes de acceso alámbricas e inalámbricas, la infraestructura auxiliar y las redes centrales capaces de ofrecer conectividad a una velocidad muy elevada.

La Constitución Española no define las “telecomunicaciones”, tan solo establece que es una materia de competencia exclusiva del Estado (art. 149.1 21º).

Como desarrollo de esta disposición, se sitúa la ley 9/2014, de 9 de mayo, general de telecomunicaciones, en virtud de la cual su objeto es la regulación de las telecomunicaciones que “comprenden la explotación de las redes y la prestación de los servicios de comunicaciones electrónicas y los recursos asociados”. A priori, tendría cabida la *wifi* y cualquier otro instrumento tecnológico debido a la amplitud de los conceptos utilizados. En el anexo de la ley previsto para definiciones, concretamente, en el punto 39 encontramos el concepto de “telecomunicaciones” seguida de la siguiente definición: toda transmisión, emisión o recepción de signos, señales, escritos, imágenes, sonidos o informaciones de cualquier naturaleza por hilo, radioelectricidad, medios ópticos u otros sistemas electromagnéticos. Junto a esta ley, se encuentra la Circular 1/2010, de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones, por la que se regulan las condiciones de explotación de redes y la prestación de servicios de

comunicaciones electrónicas por las Administraciones Públicas, pero que sigue la misma definición. Sin embargo, debemos decir que efectivamente estaba pensado o diseñado para las *wifis* debido a que en la exposición de motivos de esta circular se hace una especial mención a las mismas¹⁰.

De todo ello, la conclusión ha de ser que, al menos el legislador, integra las *wifis* en el concepto de telecomunicaciones. Si bien, se observa que utiliza conceptos bastante generales en lo que a tecnología e informática se refiere, como previsión futura para que tengan cabida nuevos sistemas o aparatos tecnológicos que puedan ser inventados, pero ello dificulta la concreción de su ámbito de aplicación.

3.1.1.2 Definición doctrinal

En la doctrina la cuestión es aún más controvertida. Partimos de la premisa básica de que han de tratarse de cosas o bienes incorpóreas, debido a que en caso contrario, tendrían cabida en los delitos de hurto o robo. Para QUINTERO OLIVARES “las telecomunicaciones se refieren solamente al servicio telefónico, pues los servicios de televisión de pago no podrían ser calificados de telecomunicación”¹¹. Se trata de una delimitación negativa, esto es, no podría subsumirse el acceso a internet en este concepto porque sólo reconoce como tal al servicio telefónico. Ahora bien, podemos plantearnos la extensión que tiene el concepto de “servicio telefónico”, ya que hoy en día no sólo puede limitarse a realizar llamadas, sino que puede ofrecer otras funcionalidades como es el acceso a internet. Por lo tanto, la cuestión puede llegar a ser ambigua.

¹⁰En la Resolución de 18 de junio de 2010, de la Presidencia de la comisión del mercado de las Telecomunicaciones, por la que se publica la Circular 1/2010, de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones, por la que se regulan las condiciones de explotación de redes y la prestación de servicios de comunicaciones electrónicas por las Administraciones Públicas se emplea el concepto de “2) redes públicas inalámbricas basadas en la utilización de dominio público radioeléctrico a través de frecuencias de uso común (wifi)”.

¹¹QUINTERO OLIVARES, G. Comentarios a la parte especial del derecho penal, dir. Gonzalo Quintero Olivares y coord. Fermín Morales Prats. Navarra: Aranzadi, 2011, pág. 704.

En contraposición y siguiendo un concepto más amplio acorde con el concepto normativo más arriba expuesto, GONZALEZ RUS incluye las televisiones por cable o de pago, y en lo que interesa aquí, servicios que “se suministran mediante redes o instalaciones distribuidoras y se tarifen mediante aparatos contadores o instrumentos específicos de recepción y fijación del consumo, cualquiera que sea su clase o configuración técnica”¹², lo que de manera indirecta puede referirse al internet. También lo entiende así PILLADO QUINTANA cuando incluye en el concepto de telecomunicaciones “cualquier medio de comunicación a distancia (recepción de ondas, o red *Wifi*)”¹³ y HERRERO HERRERO¹⁴ aunque éste último no lo mencione expresamente sino a través de “transmisiones y recepciones por ondas”.

En conclusión, la doctrina mayoritaria se inclina por permitir la *wifi* como una “telecomunicación”.

3.1.2 Alcance del elemento subjetivo del ánimo de lucro

El tipo de lo injusto no exige expresamente la concurrencia de ánimo de lucro. Sin embargo, la doctrina es unánime para reclamar su presencia al calificarlo como delito patrimonial¹⁵.

Según la clasificación de los delitos patrimoniales realizada por MUÑOZ CONDE, el delito de defraudaciones de fluidos eléctricos y análogos se trata de un delito patrimonial de enriquecimiento, lo que significa que requiere de un ánimo de lucro

¹²GONZÁLEZ RUS, J. Protección penal de sistemas, elementos, datos, documentos y programas informáticos. *Revista electrónica de ciencia penal y criminología*, 1999, no. 01-14. [Consulta: 13-3-2017] Disponible en: http://criminnet.ugr.es/recpc/recpc_01-14.html

¹³PILLADO QUINTANAS, V. Defraudaciones de fluido eléctrico y telecomunicaciones. Pág. 7.

¹⁴HERRERO HERRERO, C., Delitos contra el patrimonio caracterizados por la comisión fraudulenta. 3º: Defraudaciones de fluidos eléctricos y análogos. En *Infracciones Penales Patrimoniales*, Madrid: Dykinson, 2000, pág. 278.

¹⁵ALONSO PÉREZ, F. Delitos de fluido eléctrico y análogo. En *Delitos contra el patrimonio y contra el orden socioeconómico: Aspectos penales y Criminológicos*. Madrid: Colex, 2003, pág. 289; HERRERO HERRERO, C., op cit, pág. 279; etc.

entendido éste como “un enriquecimiento injusto del sujeto activo a costa de un perjuicio patrimonial en el sujeto pasivo”¹⁶.

Ahora bien, en el *piggybacking* no concurre el ánimo de lucro típico que se ha mencionado, sino que se plantea una nueva variante en la que la finalidad de los autores de este delito es no pagar por el servicio de internet, lo que motiva que se enganchen a redes ajenas. En definitiva, ¿puede el ahorro constituir ánimo de lucro?

En opinión del fiscal PILLADO QUINTANAS, “La intención del autor de los hechos en estos casos no puede ser otra que la búsqueda de un beneficio económico patrimonial, lo cual significa el ahorro que supone realizar llamadas telefónicas sin abonar el importe correspondiente”¹⁷. Así, el ánimo de lucro puede suponer una simple ventaja económica.

En el mismo sentido se ha pronunciado la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo en su sentencia núm. 20/2011, de 27 de enero en el que el uso y disfrute de una vivienda sin abonar las cuotas del alquiler rellenan el contenido de ánimo de lucro (“*La existencia del ánimo de lucro que incluye el beneficio de tercero. Incluso en el caso, viene acompañado del evidente provecho de la recurrente –por el uso de la vivienda–*”) o la SAP Madrid núm. 142/2012, de 30 de abril (“*es evidente el ánimo de lucro, que se desprende de la propia actuación de conectar un cable a un generador ajeno, para consumir electricidad y que sea otro el que abone ese importe*”).

Considerando estos posicionamientos, el ahorro puede integrarse como ánimo de lucro, si bien desde una perspectiva negativa porque el sujeto elude el pago de un servicio que está percibiendo.

Personalmente, me sumo a esta idea en tanto que el sujeto infractor se ha beneficiado de unos servicios que no tienen a cambio una contraprestación y que además, se imputan a otro sujeto.

Se trata por lo tanto, de una nueva concepción del ánimo de lucro que se ajusta a la nueva comisión de los delitos, especialmente, los patrimoniales. Sin embargo, un sector

¹⁶MUÑOZ CONDE, F. Derecho Penal Parte especial. Valencia: Tirant lo Blanch, 2015 pág. 327.

¹⁷PILLADO QUINTANAS, op cit, pág. 15 y 16.

tanto de la doctrina como de la jurisprudencia considera que el ánimo de lucro en estos delitos tiene una configuración distinta.

Para GONZÁLEZ CUSSAC¹⁸, se requiere de un simple ánimo de apropiación de los fluidos. Es una posición que no comparto y que no tiene respaldo por la doctrina, además de las numerosas cuestiones problemáticas que conlleva como es la determinación del momento de apropiación desde el punto de vista informático y también a efectos probatorios.

La jurisprudencia no ve complicaciones en el tipo subjetivo, ya que éste se conforma simplemente por la concurrencia del perjuicio económico y la falta de consentimiento (SAP Zamora núm. 29/2003, de 26 de febrero, Auto de AP Soria núm. 33/2004, de 6 de febrero). Por ello, me remito al estudio de los epígrafes 3.3.2 y 3.3.3 en el que se abordan estos dos elementos.

3.2 Análisis del art. 256 CP

Una vez analizados los elementos del tipo más controvertidos del art. 255 CP, conviene estudiar, en esta ocasión los requisitos más debatidos del art. 256 CP con el objetivo de delimitar ambas figuras y subsumir adecuadamente el *piggybacking*.

Artículo 256.

1. El que hiciere uso de cualquier equipo terminal de telecomunicación, sin consentimiento de su titular, y causando a éste un perjuicio económico, será castigado con la pena de multa de tres a doce meses.

2. Si la cuantía del perjuicio causado no excediere de 400 euros, se impondrá una pena de multa de uno a tres meses.

¹⁸GONZÁLEZ CUSSAC, J.L. Delitos contra el patrimonio y el orden socioeconómico (VI): Estafas. En *Derecho Penal parte Especial*, Coord. Por González Cussac. Valencia: Tirant lo Blanch, 2016, pág. 392.

Este precepto se introduce por primera vez en el Código Penal de 1995. Su introducción es objeto de discusión. QUINTERO OLIVARES, se cuestionan su funcionalidad, “ya que con pequeños retoques hubiera tenido cabida en el artículo anterior”¹⁹. En la exposición de motivos de la LO 10/1995 se recoge que en este nuevo código penal “se ha afrontado la antinomia existente entre el principio de intervención mínima y las crecientes necesidades de tutela en una sociedad cada vez más compleja, dando prudente acogida a nuevas formas de delincuencia [...] merece destacarse la introducción de delitos contra el orden socioeconómico”. Se puede encontrar aquí un fundamento para considerar que la redacción de este precepto se debe al surgimiento de una nueva realidad que obligó al legislador a su tipificación.

3.2.1 Delimitación de “equipo terminal de telecomunicación”

3.2.1.1 Definición doctrinal

Para esta delimitación los autores no suelen dar definiciones, sino que se limitan a dar ejemplos. Así, HERRERO HERRERO²⁰ habla del teléfono y del ordenador, entre otros. PILLADO QUITANAS²¹ menciona los terminales móviles, tablet, terminal informático, fax, sistemas de videoconferencia.

Sólo SALVADORI presenta una definición de equipo terminal de telecomunicación estableciendo que son “aquellos aparatos por medio de los cuales se pueden establecer conexiones a distancia entre personas, ordenadores y redes de sistemas (por ejemplo, teléfonos, fax, correo electrónico, redes telemáticas, Internet, etc.)”²². En definitiva, su definición es más amplia y permite integrar internet. Este es el elemento que hace que difiera del resto de la doctrina y a efectos de este trabajo, resulta muy importante. Sin embargo, considero que este autor se contradice por darle una equivalencia al concepto

¹⁹QUINTERO OLIVARES, op cit, pág. 705.

²⁰HERRERO HERRERO, op cit, pág. 282.

²¹PILLADO QUITANAS, op cit, pág. 14.

²²SALVADORI, I. Los nuevos delitos informáticos introducidos en el código penal español con la Ley Orgánica 5/2010. Perspectiva de derecho comparado. Pág. 229.

de “aparato” e internet. Según la RAE, aparato es un conjunto organizado de piezas que cumple con una función determinada, mientras que internet es una red informática. Así, en mi opinión no son términos sinónimos y que por lo tanto no hay coherencia entre el ejemplo y la definición porque internet no es un aparato, aunque si bien permite la conexión a distancia, pero el aparato en sí, desde mi punto de vista, sería el ordenador o el móvil o cualquier otro instrumento que permita acceder al servicio de internet.

Con todo ello, se pueden marcar en líneas generales y aproximativas una diferencia general entre el equipo terminal de telecomunicación y las telecomunicaciones, parece que los primeros son objetos tangibles mientras que las telecomunicaciones tienen un aspecto más inmaterial. Ya lo decía HERRERO HERRERO que por la vía del art. 255 se castigan aquellas conductas cuyo “objeto defraudatorio es un número abierto de elementos, energías o fluidos que, en todo caso han de estar en estado de fluidez y en correlativo encauzamiento en redes de distribución”²³. Por lo tanto, internet, por sí solo, como materia, permite su encaje en el concepto de “telecomunicaciones” ya que encajan las materias o fluidos en sí mismos considerados como por ejemplo la energía eléctrica, gas, agua, etc.

3.2.1.2 Definición jurisprudencial

Según la SAP Cáceres núm. 268/2016, de 9 de septiembre²⁴, SAP Cantabria núm.567/2012 de 2 noviembre²⁵ y SAP Madrid núm.16/2002, de 14 de enero²⁶, el

²³HERRERO HERRERO, C., op cit, pág. 277.

²⁴El caso al que se enfrentó la SAP de Cáceres fue el siguiente: “el denunciado Ángel Jesús, se ofreció a arreglar el teléfono móvil propiedad de Marí Jose, Al no poder arreglarlo, el denunciado Ángel Jesús ofreció a Marí Jose otro terminal a cambio de 20 euros, obteniendo desde entonces Ángel Jesús la posesión del primer teléfono móvil y la tarjeta asociada a su titular, Marí Jose, haciendo uso de la misma sin su autorización”.

²⁵El supuesto de hecho versó sobre un trabajador de una empresa que cesa en la prestación de servicios por la empresa, recibiendo el correspondiente finiquito, sin embargo, no efectuó la devolución del terminal de terminal de telefonía móvil Nokia 6021, que le fue entregado en el desempeño de su trabajo, el cual ha sido valorado pericialmente en 130€. El acusado desde esa fecha hasta el 16 de enero de 2007 efectuó una utilización particular del teléfono.

equipo terminal de telecomunicación es con carácter general, un móvil debido a que el art. 256 CP sólo está previsto para el uso ilícito de teléfonos. Así lo declara expresamente la SAP Barcelona de 29 de diciembre de 2003: “Este tipo fue introducido por el Código Penal de 1995 para incardinar aquellas conductas de uso no autorizado de teléfono ajeno con producción del correspondiente gasto para su titular”. Si bien no hay división en la jurisprudencia acerca de que el art. 256 CP se ocupa sólo del uso ilícito de los teléfonos y no de otros medios de comunicación, sí se discute si en el contenido del equipo terminal de telecomunicación tiene cabida la tarjeta SIM o si por el contrario se limita única y exclusivamente al teléfono móvil.

Por un lado, se encuentra la SAP Barcelona de 29 de diciembre de 2003 quien considera que “equipo terminal de telecomunicaciones, sólo puede referirse a aquel equipo que por sí solo, y sin ningún aditamento, puede realizar y recibir comunicaciones, es decir a un equipo completo que constará, en caso de teléfonos móviles, tanto del equipo físico, como del programa que se halla incorporado normalmente a una tarjeta”. Adopta un concepto más amplio dando cabida tanto al teléfono como a la tarjeta SIM.

Por otro lado, se sitúa la SAP de Valencia núm. 930/2014 de 16 diciembre que apunta como terminal de telecomunicación a “la tarjeta que no es parte del teléfono sino que por sí sola funciona como terminal con independencia del concreto aparato en el que se instale”. Igual sentido se pronuncia la SAP de Madrid núm. 144/2006, de 1 de marzo estableciendo que “lo que realmente hace operativo al aparato y permite la utilización del servicio de telefonía a cargo del legítimo titular del servicio es precisamente la tarjeta, que, como bien razona la sentencia de instancia, no es parte del teléfono, sino que por sí sola funciona como terminal”.

Al final, creo que la posición viene a ser la misma porque la consideración de la

²⁶El órgano judicial de Madrid consideró que “efectivamente la acusada al efectuar un desvío de llamadas a su móvil utilizando el teléfono de su vecino ocasionó que a éste se reclamase un importe de factura de teléfono superior a 50.000 pts”.

tarjeta del teléfono como terminal resulta necesitada de un aparato mediante el cual pueda utilizarse. El motivo por el que la jurisprudencia lo limita a la tarjeta es para evitar casos en los que la defraudación se realice con la sustracción de la tarjeta SIM y no del móvil completo. Lo cierto es que el móvil por sí mismo no permite realizar llamadas, por lo que carece de sentido considerar el equipo terminal de telecomunicación, exclusivamente, al móvil.

De cualquier forma, la nueva realidad a la que hacía alusión el legislador en la exposición de motivos de la LO 10/1995 puede referirse a lo que la jurisprudencia apunta, es decir, el fenómeno de los móviles y con ello, las conductas de uso ilícito.

De acuerdo con esta posición en el ámbito de los sistemas informáticos, en el art. 256 del CP tienen cabida las conductas de *phreaking* (hacking orientado a la telefonía que consiste en realizar llamadas gratuitas a través de diversos trucos). De hecho, hay que destacar a la SAP Murcia núm. 49/2005, de 6 de septiembre, dónde el tribunal conoció de un caso en el que un sujeto efectuó 53 llamadas de una línea de Microsoft gratuita para clientes especiales como era la madre del sujeto activo del delito por prestar servicios a la compañía. Abusó de la confianza de ella, y se apoderó de las claves y contraseñas que le permitieron acceder a la línea. Pues bien, el propio órgano judicial calificó al acusado, si bien copiando los términos que figuran en el atestado policial, como un *phreaker*²⁷.

3.2.2 Alcance del “consentimiento”

El precepto penal exige la ausencia de consentimiento del titular de la línea para poder apreciar la conducta delictiva. Resulta de especial interés el análisis de este elemento del tipo debido a que su concurrencia supondría la atipicidad de la conducta. Además,

²⁷“En el atestado 3/00 del equipo de la Policía Judicial de Santomera, obrante a los folios 4 y 5, se refiere que la Unidad Central Operativa (U.C.O.) del Servicio de la Policía Judicial de la Guardia Civil inició una investigación a nivel nacional denominada "Operación Mileniun" con el objeto de desarticular una presunta red de *phreakers* (defraudadores de telecomunicaciones)”.

resulta importante determinar el tipo de consentimiento al que se refiere este precepto, esto es, si ha de ser sólo expreso o también se permite la modalidad tácita.

En principio las *wifis* abiertas no dan lugar al tipo, pero cabe plantearse si ello puede calificarse como un consentimiento tácito o si se podría hablar de uso no consentido en los casos de extralimitación.

En opinión de ALONSO PÉREZ, el precepto se refiere “a una utilización ilegítima, que incluye tanto supuestos de uso no autorizado como también de uso autorizado pero excediéndose de los límites impuestos”²⁸. También lo entienden así PILLADO QUINTANAS Y FLORES PRADA. De otra opinión, la sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid núm. 728/2015, de 19 de octubre el órgano no lo ha entendido así. No se condenó por este delito a la trabajadora de una autoescuela que utilizaba el teléfono de la empresa para realizar llamadas de tarificación adicional (tarots, televoto, etc.) que llegaron a causar un perjuicio de 850 € porque “estaba autorizada para usar el teléfono de la autoescuela, lo que excluye la tipicidad penal. Y en este sentido, dejando sin efecto la condena por este delito”. No es una sentencia aislada. También la Audiencia Provincial de Álava en su sentencia núm. 352/2012, de 15 de noviembre, consideró atípica la conducta de un empleado por haberle entregado la empresa un teléfono móvil, justificando que en el art. 256 CP “es el uso in consentido lo que se castiga, no el uso indebido. Ibex European Express, S.L. consintió el uso del teléfono móvil al acusado (para eso se lo entregó) y, por tanto, no concurre el elemento [...] vulneraría el principio de intervención mínima del Derecho Penal criminalizar el uso indebido de un teléfono asignado con ocasión del desempeño de funciones laborales o profesionales. La eventual ilicitud de determinados usos tiene otras vías de solución”.

En principio el ejemplo más claro de la prestación de consentimiento expreso es el que otorgan por ejemplo, los ayuntamientos cuando conceden *wifi* en algunos espacios públicos. Ahora bien ¿dónde queda reflejado la prestación de ese consentimiento? En la propia ley debido a que se entiende incluido en el apartado ñ) del art. 25 de la Ley 7/1985, reguladora de Bases del régimen local (“Promoción en su término municipal de

²⁸ALONSO PÉREZ, F., op cit, pág. 290.8

la participación de los ciudadanos en el uso eficiente y sostenible de las tecnologías de la información y las comunicaciones”) como servicios públicos introducido mediante la reforma del 2013 aunque es más conocido que se anuncie en la página web de los municipios, incluyendo los lugares con cobertura de red *wifi*.

En lo que se refiere al acceso a la red, existen diversas formas. Por ejemplo, el ayuntamiento de San Sebastián (País Vasco) requiere de la disposición de una tarjeta ciudadana a la que se le asigna un Pin y permite a su usuario acceder al internet a través de la *wifi*. El ayuntamiento de Valladolid requiere acudir a la biblioteca municipal para obtener la contraseña y el ayuntamiento de Valdemoro (Madrid) exige la previa tramitación de solicitud para que el ciudadano se dé de alta para el acceso *wifi* a edificios municipales. Como se puede observar es cada vez más común que pese a ser redes públicas, sean cerradas.

También se encuadran en supuestos de consentimiento expreso los restaurantes o bares que para sus clientes ofrecen conexión *wifi*.

Ahora bien, existen otros casos en los que es discutible la concurrencia del consentimiento. Siguiendo con el ejemplo último, imaginemos que al día siguiente de haber cenado en un restaurante la noche anterior, permanezco por fuera del establecimiento y accedo a su internet con la contraseña del día anterior. En este supuesto, además de la concurrencia o no de consentimiento, lo que hay que determinar es el alcance o vigencia de la autorización. Según FLORES PRADA, el acceso “queda a su vez condicionado por el contenido de la autorización [...] pueden estar sometidos a restricciones de horario de uso, de acceso a contenidos o de utilización para fines particulares, lo que sucede con frecuencia en el ámbito empresarial. En estos casos, los límites para el usuario determinan la frontera del abuso”²⁹. Estos límites pueden ser clasificados en condiciones objetivas (tipo de las páginas webs que se pueden visitar, etc.) o requisitos temporales, cuando la autorización o consentimiento se preste por un tiempo determinado como por ejemplo sería el caso del restaurante. Por tanto, el consentimiento puede llegar a prestarse pero con ciertas condiciones y en el momento

²⁹ FLORES PRADA, I., *Criminalidad informática*. Valencia: Tirant lo blanch, 2012, pág. 194.

en que éstas no se cumplan, puede ser una conducta de relevancia penal. Desde mi punto de vista, el consentimiento tiene una duración que concluye desde el momento en que se abandona el local, ya que el uso de la *wifi* va unida a la consumición. Así, en el primer escenario -cena en el restaurante- la acción es atípica por la concurrencia de un consentimiento, pero que de ninguna manera, se puede extender al segundo momento -día posterior que me conecto- porque no ha existido un consumo previo que habilitaría el uso de la *wifi*.

Como se apuntó a anteriormente un supuesto controvertido es si el acceso a *Wifis* que estén abiertas (redes tipo OPEN) pueden constituir un consentimiento tácito. La jurisprudencia en principio, acepta la figura del consentimiento tácito para estos delitos³⁰. Lo cierto es que es una cuestión trascendental porque desde el punto de vista jurídico, supone la atipicidad o no de la conducta. Además, es una circunstancia muy novedosa que la doctrina ni se ha llegado a plantear. En este sentido, sólo VELASCO NÚÑEZ se lo ha planteado y establece que “hace impune el disfrute de un servicio ajeno no consentido –por ejemplo, el *wifi*–, cuando no esté protegido específicamente por su dueño o cuando, sabiéndolo este, lo tolere”³¹. Esto merece especial atención porque según lo anterior, la no instalación de programas³² que protejan o dificulten el

³⁰La SAP Madrid, núm. 431/2003, de 10 de octubre: “En los hechos enjuiciados no puede mantenerse con lógica que el uso del teléfono de la Fundación por el acusado no fuera consentido, aunque fuera simplemente de modo tácito, [...] la lógica y las reglas de la experiencia obligan a inferir que el acusado estuvo realizando dichas llamadas con el conocimiento de los responsables de la Fundación durante un largo período de tiempo, y si éstos no hicieron nada para impedir al acusado el uso del teléfono, incluso proceder a la expulsión del mismo de la Fundación, de inferirse que consentían que el acusado usara el teléfono para fines personales, faltando por lo tanto el requisito de la falta de consentimiento del titular del teléfono exigido en el art. 256 del Código Penal”.

³¹VELASCO NÚÑEZ, E. Los delitos informáticos. En *Delitos Tecnológicos: definición, investigación y prueba. Actualizado a las reformas de 2015*. SEPIN, 2015 pág. 5.

³²Las protecciones de las *wifis* son cuestiones más informáticas, es decir, más técnicas. Existen 2 programas o protocolos de seguridad de *wifis*: WEP (Wired Equivalent Privacy) y WPA (Wi-fi Protected Access) a los que se les ha encontrado vulnerabilidades. Actualmente, la WPA2 es la más segura pero que los expertos no descartan la posibilidad de que puedan surgir defectos que perturben la privacidad que desea preservar. Un consejo para asegurar la *wifi* contra la intrusión no deseada es cambiar el SSID u ocultarlo porque el SSID es un requisito necesario para entablar la comunicación entre los puntos y hackearlos. Si ello resulta difícil, se puede acudir a los métodos convencionales de cambiar la contraseña con frecuencia, apagar la *wifi*, etc.

acceso a internet es reprochable a su propio titular. Sería algo parecido como reprochar al dueño de una casa que haya dejado la puerta abierta y no al ladrón por haber robado. En la jurisprudencia no supone ningún obstáculo apreciar la existencia de conducta delictiva, pese a que suceda tal circunstancia (SAP La Rioja núm.114/2016, de 30 de septiembre, SAP Murcia núm. 3/1999, de 14 de junio, etc). En todas ellas, el hecho de que la puerta o ventana haya estado abierta no constituye ningún consentimiento ni siquiera un mero reproche para el titular del bien jurídico protegido, sino una simple circunstancia facilitadora al autor para la comisión del hecho delictivo. Luego, a supuestos de hechos similares corresponden soluciones iguales para garantizar la uniformidad, otra cosa diferente es que la concepciones sociales no lo sean y se alejen por lo tanto de la jurídica. Mi opinión al respecto, como ya se ha podido entrever, es contraria a la del magistrado. Los sistemas de protección de las *wifis* son aspectos que un ciudadano de a pie desconoce totalmente. Por eso creo que es un tanto exorbitante la exigencia de un deber de diligencia al titular de la línea de red.

Estoy de acuerdo en la parte de que cuando un sujeto tiene conocimiento del estado abierto de su red, es lógico pensar que como mínimo, se ha planteado que terceras personas puedan conectarse y consecuentemente, que con esa conducta, esté prestando su consentimiento.

3.2.3 Delimitación del “perjuicio económico”

El perjuicio económico es uno de los elementos del tipo exigido para apreciar la conducta delictiva, cuya ausencia supone la atipicidad del delito. Si bien, se recoge de manera expresa en el art. 256 CP siendo ésta la razón por la cual me ha parecido más conveniente estudiarlo en este apartado, aunque se puede observar también, de una manera implícita, en el art. 255.

Resulta interesante la delimitación del perjuicio económico debido a que existen nuevos sistemas de pago como por ejemplo, los sistemas de tarifa plana en los que el usuario

paga la misma cantidad por su conexión, lo que plantea alguna dificultad para apreciar la concurrencia del perjuicio económico. Se trata de un problema que también tuvieron en mente algunos autores. En opinión de FARALDO CABANA, esta circunstancia no produciría un perjuicio económico debido a que no conlleva una disminución en el patrimonio del titular que sigue pagando exactamente lo mismo y consecuentemente, no puede aplicarse ni el delito ni la falta.

Está claro que en estos casos el titular de la línea no tiene una elevación de pago aunque, también está claro que se derivan otras circunstancias que no pueden ser objeto de evaluación contable como por ejemplo, la disminución de la calidad, la rapidez en la navegación o la velocidad de descarga de datos. La cuestión aquí es saber hasta qué punto puede integrarse todo esto dentro del concepto de “perjuicio”. En este sentido, resulta importante la sentencia de la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo de 17 de julio de 2006³³ en la que no limita el carácter económico a lo estrictamente dinerario, sino que amplía y extiende su definición a otros parámetros o criterios a tener en cuenta como el análisis de los derechos patrimoniales, finalidad perseguida por el autor y valoración económica. Tres criterios que rellenan el contenido actual de “perjuicio”. Consecuentemente y retomando la problemática que describimos antes, la disminución de velocidad podría ser entendida como un perjuicio por la vía de que puede afectar al derecho de propiedad de su titular, el cual le permite tener un uso absoluto del mismo. Además, la finalidad perseguida por el autor supone una intromisión en el internet ajeno, lo que conlleva un desvalor del resultado.

³³ La STS de 17 de julio de 2006 establece que “El criterio más seguro para determinar cuándo nos encontramos con su presencia como elemento típico, es la sustracción de todo criterio contable para su enunciación, poniendo el acento en el origen de su causación, en vez de la simple constatación de su mera existencia contable. Sólo así podrá interpretarse adecuadamente el concepto de perjuicio (económico), como elemento típico de los delitos de estructura patrimonial. Ello ha llevado a la doctrina y a la jurisprudencia a una concepción mixta, que atendiera tanto a su misma conceptualización económica, como a la propia finalidad perseguida por la disminución patrimonial, contablemente considerada. Esto es, que atendiera tanto a la valoración económica como a los derechos patrimoniales del sujeto y a la finalidad pretendida por el autor. En suma, lo que se pretende es comprender en el requisito del perjuicio no sólo una valoración puramente económica, sino también tener en cuenta la finalidad de la operación enjuiciada”.

Por lo tanto, en base a esta concepción del concepto de perjuicio, desde mi punto de vista podría incluirse y consecuentemente, concurrir el elemento de “perjuicio” para poder apreciar el delito.

PILLADO QUINTANAS sigue esta misma línea. Parte del castigo, si bien considera que *“es imposible de valorar económicamente, obligando a entender a favor del reo que ese perjuicio sería inferior a los 400 euros”*³⁴. Parece que hace una especie de presunción del perjuicio, aunque debido a la imposibilidad de acreditación opta por la vía menos gravosa que es la consideración como delito leve. Es de tener en cuenta que el rendimiento de internet nunca es del 100% y depende de muchos factores como la calidad de la línea, la distancia de la central telefónica, etc.

A ello se suma la dificultad probatoria. Desde el punto de vista informático, la cuestión no es sencilla tampoco. Si bien, a continuación aporto algunos hechos que puedan aproximar la determinación de un perjuicio económico. De cara a un juicio, podemos aportar:

- los analizadores de tráfico que es un dispositivo que captura la información que circula por la red. Es decir, con ello se permite observar las páginas webs que ha visitado el intruso, y no el titular de la línea.
- Lista de clientes que viene en el panel de control del *router* inalámbrico. En ella se encuentran los IP de los dispositivos conectados.

Debemos advertir que, de todas formas, no son concluyentes porque no queda reflejado de manera inequívoca la persona real autora de los hechos. Puede, desde el punto de vista jurídico, ser una presunción *iuris tantum* que permite prueba en contra.

3.3 Posición personal y propuesta de reforma del encuadre del *piggybacking* en los preceptos analizados previamente.

En un primer momento, mi posición sobre el encaje del *piggybacking* era, sin lugar a dudas, por el art. 256 CP debido a que en una primera lectura entre ambos preceptos

³⁴PILLADO QUINTANAS, op cit pág. 15.

parecía que se ajustaba más a la conducta de *piggybacking* por el empleo del verbo “usar” frente al de “defraudar” que exigía el art. 255 y que parecía que presentaba connotaciones de mayor gravedad.

Luego, focalicé en el objeto material el auténtico elemento que permitiría la diferenciación entre ambos preceptos. Si bien, en su estudio, mi posición fue cambiando, especialmente con el análisis del concepto de “telecomunicaciones” porque tanto el legislador como la doctrina coincidían en que se refiere a la propia materia en sí, como internet o *wifi*. En cambio el equipo terminal de telecomunicación eran aspectos más instrumentales y tangibles que no entraban o mejor dicho, no se tenían en consideración en ninguna de las definiciones de los diferentes autores. Por esta razón, rechacé su enjuiciamiento por el art. 256 CP.

De todas formas, considero que ambos preceptos deben fusionarse en el sentido de que la dualidad carece de sentido. La distinción es tan minúscula entre ambos preceptos que no es apreciada sólo por mí, sino por muchos autores, quienes se han cuestionado su aparición. El hecho de que la jurisprudencia encauce por el art. 256 a todos aquellos supuestos de defraudaciones de móviles, desde mi punto de vista, no justifica su creación, porque ¿qué función tan importante puede tener un móvil o un teléfono fijo para que sea necesaria su tipificación especial? Además, perfectamente podría tener cabida en el art. 255 CP bajo el concepto de “telecomunicaciones” que ya ha sido objeto de estudio.

En conclusión, mi posición apuesta por la fusión de ambos preceptos penales, creando uno nuevo en el que:

En primer lugar, se suprimiese el concepto de “equipo terminal de telecomunicación”, apostando por el de “telecomunicaciones” que es más amplio y permitiría dar cabida para nuevas formas tecnológicas.

En segundo lugar, utilizar el concepto de “defraudar” para que pueda tener fundamento la exigencia de ánimo de lucro.

En último lugar, con respecto al perjuicio económico, desde mi punto de vista, podría quedar fuera de los elementos del tipo porque, pese a que la jurisprudencia reformule los conceptos tradicionales y lo adapte a esta nueva realidad, creo que, a día de hoy, la

prueba de que se ha causado un perjuicio económico es una cuestión bastante difícil, y mucho más la acreditación de 400 euros. Considero que no es un elemento que juegue un papel fundamental como sí sucede con el consentimiento.

Así, mi propuesta quedaría redactada de la siguiente manera: “El que cometiere defraudación de energía eléctrica, gas, agua o telecomunicaciones, sin el consentimiento de su titular, será castigado con la pena de multa de 3 a 12 meses”.

Conclusiones

El objetivo de este trabajo ha sido abordar el *piggybacking*, que es una conducta que realiza la mayoría de la sociedad, especialmente, el sector más joven. Por esta razón, cabe destacar el carácter actual y práctico que tiene este trabajo pero que ha derivado en una labor de gran complejidad tanto técnica como jurídica.

La definición de *piggybacking* no es precisada por la doctrina. Es un tema poco estudiado y cuando se ha hecho, ha sido de forma breve y superficial. A ello se suma, las numerosas y múltiples conductas como *phreaking*, *tailgating* o *wardriving* que sólo han servido para complicar su delimitación aún más. Por lo tanto, parto de la descripción informática del *piggybacking* consistente en acceder a redes inalámbricas para usar internet ajeno, aunque limitada a las *wifis*. El art. 255 y 256 CP son los preceptos candidatos como respuesta penal ante esta conducta. Sin embargo, son tan amplios que se produce un solapamiento entre ellos y que ha llevado en este trabajo a delimitarlos. No se ha hecho un análisis pormenorizado de cada uno de ellos, sino sólo aquellos elementos más controvertidos. En el art. 255 CP se analizó el concepto de “telecomunicaciones” para diferenciarlo del “equipo terminal de telecomunicaciones” del art. 256 CP y concluir que la *wifi* es insertada en el primer concepto, tanto por la doctrina como la jurisprudencia. También hubo que abordar la extensión del ánimo de lucro debido a que en esta nueva conducta no se produce un aumento en el patrimonio del sujeto no titular de la línea, sino todo lo contrario, una no salida. En definitiva, la nueva configuración que hizo la jurisprudencia permitió al ahorro apreciar el ánimo de lucro. Lo mismo sucede con el perjuicio económico, en el que los nuevos sistemas de pago como la tarifa plana producen una alteración al significado tradicional, así como la dificultad probatoria de que se ha causado perjuicio económico.

Especial importancia tiene el alcance del consentimiento exigido por el art. 256 CP ya que su ausencia determina la atipicidad de la conducta, por lo que se expuso diferentes circunstancias que dan lugar a los diferentes tipos de consentimiento (tácito y expreso).

Una vez analizadas ambos preceptos, considero que debe ser subsumido en el tipo de lo

injusto del art. 255 CP dado que el *piggybacking* se ajusta en mayor medida a los elementos de dicho precepto y no puede por la vía del art. 256 CP por la exclusión de la *wifi* como equipo terminal de telecomunicación. De todas formas, quiero destacar que la exactitud vendría en la elaboración de un único precepto que fusionase aquellos dos preceptos, evitando conceptos amplios y ambiguos, con el objetivo de acercar posturas entre el derecho y la informática para que se unan y con ello poder formular delitos que cada vez más, se ajusten a la perfección de la realidad informática. Por ello mi aportación en lo que a la redacción del precepto penal se refiere, sería de la siguiente manera: “El que cometiere defraudación de energía eléctrica, gas, agua o telecomunicaciones, sin el consentimiento de su titular, será castigado con la pena de multa de 3 a 12 meses”.

Bibliografía

ALONSO PÉREZ, F., “Delitos contra el patrimonio y contra el orden socioeconómico: Aspectos penales y Criminológicos”. Madrid: Colex, 2003

CORCOY BIDASOLO, M., “Problemática de la persecución penal de los denominados delitos informáticos: particular referencia a la participación criminal y al ámbito espacio temporal de comisión de los hechos” *Revista de Eguzkilore: Cuadernos del Instituto Vasco de Criminología* núm. 21 (2007): <http://www.ehu.es/documents/1736829/2176629/01+Corcoy.indd.pdf> (Consultado el 14 de febrero de 2017)

GARCÍA-MORAN, J.P.; FERNÁNDEZ-HASEN, Y.; MARTÍNEZ SANCHEZ, R.; OCHOA MARTÍN, Á. y RAMOS VARÓN, A.A. “Hacking en sistemas wifis”. En *Hacking y Seguridad en Internet*. Madrid: Ra-Ma, 2011.

GONZÁLEZ CUSSAC, J.L. (Coord.), “Delitos contra el patrimonio y el orden socioeconómico (VI): Estafas”. En *Derecho Penal parte Especial*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2016

GONZÁLEZ RUS, J., “Protección penal de sistemas, elementos, datos, documentos y programas informáticos”, *Revista electrónica de ciencia penal y criminología*, no. 01-14 (1999) http://criminet.ugr.es/recpc/recpc_01-14.html (consultado el 13 de marzo de 2017)

FARALDO CABANA, P., “Defraudación de telecomunicaciones y uso no consentido de terminales de telecomunicación. Dificultades de delimitación entre los arts. 255 y 256 CP”. En *Un derecho penal comprometido: libro homenaje al profesor Dr. Gerardo Landrove Díaz*, editado por Núñez Paz, Miguel Ángel. Valencia: Tirant lo blanch, 2011 <http://biblioteca.tirant.com/accedys2.bbt.ull.es/cloudLibrary/ebook/show/97884900421>

FERNÁNDEZ TERUELO, J.G., “Defraudación de telecomunicaciones: Phreaking y wardriving”. En *Derecho penal e internet. Especial consideración de los delitos que afectan a jóvenes y adolescentes*. Valladolid: Lex Nova, 2011

HERRERO HERRERO, C., Delitos contra el patrimonio caracterizados por la comisión fraudulenta. 3º: Defraudaciones de fluido eléctrico y análogas”, en *Infracciones Penales Patrimoniales*. Madrid: Dykinson, 2000

MUÑOZ CONDE, F., “Delitos contra el Patrimonio. Capítulo XVI”. En *Derecho Penal Parte especial*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2015.

PILLADO QUINTANAS, V., “Defraudaciones de fluido eléctrico y telecomunicaciones”,

https://www.fiscal.es/fiscal/PA_WebApp_SGNTJ_NFIS/descarga/V.%20Pillado%20Quintas%20Defraudaciones%20de%20Fluido%20El%C3%A9ctrico%20y%20Telecomunicaciones.pdf?idFile=6e1c3ae6-31f2-4f25-9c5e-eea2c5372399

QUINTERO OLIVARES, G. (Editor) y Morales Prats, F. (Coord.), *Comentarios a la parte especial del derecho penal*. Navarra: Aranzadi, 2011.

SALVADORI, I. Los nuevos delitos informáticos introducidos en el código penal español con la Ley Orgánica 5/2010. Perspectiva de derecho comparado. https://www.boe.es/publicaciones/anuarios_derecho/abrir_pdf.php?id=ANU-P-2011-10022100252_ANUARIO_DE_DERECHO_PENAL_Y_CIENCIAS_PENALES_Los_nuevos_delitos_informaticos_introducidos_en_el_Codigo_Penal_espanol_con_la_Ley_Organica_5_2010_Perspectiva_de_derecho_comparado

VELASCO NÚÑEZ, E. LOS DELITOS INFORMÁTICOS. En *Delitos Tecnológicos: definición, investigación y prueba. Actualizado a las reformas de 2015*. SEPIN, 2015

Referencias jurisprudenciales

STS Sala Segunda de 27 de enero de 2011 (RJ 2011/1932)
STS Sala Segunda de 17 de julio de 2006 (RJ 2006\7697)
SAP Cáceres de 9 de septiembre de 2016 (JUR 2016/243531)
SAP Madrid de 19 de octubre de 2015 (JUR 2015\301022)
SAP Valencia de 16 de diciembre de 2014 (JUR 2015\76415)
SAP Álava de 15 de noviembre de 2012 (JUR 2013\154539)
SAP Cantabria de 2 de noviembre de 2012 (JUR/2012/391346)
SAP Madrid de 30 de abril de 2012 (JUR 2012\325788)
SAP Madrid de 1 de marzo de 2006 (JUR 2006\118608)
SAP Murcia de 6 de septiembre de 2005 (JUR 2006\92405)
Auto AP Soria de 6 de febrero de 2004 (JUR 2015/76415)
SAP Barcelona de 29 de diciembre de 2003 (JUR/2004/30564)
SAP Zamora de 26 de febrero de 2003 (JUR 2003\85568)
SAP Madrid de 14 de enero de 2002 (JUR 2002\147595)