

**RECENSIÓN DE: LA NUEVA REGULACIÓN DEL DELITO DE USO FRAUDULENTO DE MEDIOS DE PAGO DISTINTOS DEL EFECTIVO AL ALBUR DE LA REFORMA DE 22 DE DICIEMBRE DE 2022: UN ANÁLISIS DEL ART. 249.1 B) Y 249.2 B) DEL CP**

DE ALFREDO ABADÍAS SELMA

Estudios de Deusto. Revista de Derecho Público, Bilbao, 2023

Por Rocío Leal Ruiz

Dra. en Derecho Penal. ESERP Universidad de Vic

Es para mí un privilegio y un verdadero deleite, tanto a nivel personal como académico, tener la oportunidad de realizar una reseña de una obra tan relevante y significativa.

A través de una cuidadosa investigación y una sólida fundamentación doctrinal, el Dr. Abadías Selma ofrece nuevas perspectivas y reflexiones que enriquecen el debate existente en la nueva regulación del delito de usos fraudulentos de medios de pago distintos del efectivo. En esta reseña, exploraremos los puntos clave del artículo, su relevancia para el Derecho Penal y las contribuciones más significativas que aporta a la comprensión y desarrollo del artículo 249.1 b) y 249.2 b).

La sistemática del texto se encuentra dividida en dos bloques. El primero lleva al lector a contextualizar el entorno social y económico más relevante para comprender el propósito y los objetivos de este trabajo. El segundo permite asimilar el marco legal en el que se enmarca la conducta delictiva, evaluando su aplicación en casos reales y revelando problemas o lagunas legales que pueden surgir en su concreción.

El primer bloque de la obra nos introduce en los avances tecnológicos que han generado el desplazamiento de la moneda física a la virtual. El protagonismo que ha creado esta forma de pago se debe a los distintos tipos de formato, los cuales son cada vez más cómodos y sencillos de utilizar. Es aquí donde evidencia el Dr. Abadías Selma los peligros que esto puede comportar, desde la óptica criminal con delitos como la clonación o la suplantación de identidad, entre otros.

Esta doble cara de las bondades y peligros favorecida por este avance tecnológico se traslada a los colectivos más vulnerables, como pueden ser las personas de edad avanzada y los menores, lo que a juicio del autor hace que el legislador deba protegerlos sin ambages y con todos los medios posibles.

No se descuidan en esta parte los retos jurídicos planteados a raíz de la democratización de las tecnologías cuando se empezó a hablar de «delito informático<sup>1</sup>» o de las acciones delictivas cometidas a través de la informática<sup>2</sup>, que pervierten la utilización de estas tecnologías para vulnerar así el derecho del legítimo titular de bienes jurídicos dignos de protección penal.

Esto conlleva también a una discusión dogmática<sup>3</sup> en la que se plantea el poder hablar de delito informático como término autónomo o de una serie de delitos cuya característica común sería el hecho de haberse cometido por medio del empleo de ordenadores.

Concluye esta parte haciendo énfasis en el hecho de que en el Código Penal no existe una categoría específica de delito informático, y esta carencia produce en el contexto de la ciberdelincuencia una problemática de cada *nomen iuris*.

El segundo bloque dividido en nueve puntos se centra en los elementos del tipo penal y es el más extenso. El primer punto se concentra en el bien jurídico que protege el patrimonio trayendo a colación la doctrina mayoritaria y advierte que el término abarca el ámbito económico-jurídico y no solo el personal, comprendiendo los bienes susceptibles de contenido económico que tengan reconocimiento por el ordenamiento jurídico. Acertadamente, Abadías Selma señala que

<sup>1</sup> RAMOS PORTERO, R., «Los delitos informáticos», en *Revista Latinoamericana de Derecho Penal y Criminología*, n.º 6, 1989, págs.176 y ss.

<sup>2</sup> DAVARA RODRÍGUEZ, M.Á., *Derecho Informático*, Editorial Aranzadi, Pamplona, 1993, pág. 302.

<sup>3</sup> ROMEO CASABONA, C., «De los delitos informáticos al cibercrimen: una aproximación conceptual y político-criminal», en AA.VV. (Coord. ROMEO CASABONA, C.), *El cibercrimen. Nuevos retos jurídico-penales, nuevas respuestas político-criminales*, Editorial Comares, Granada, 2006, pág. 8.

este tipo penal no solo protege el patrimonio, sino también la buena fe o las relaciones de confianza, al tener el engaño como elemento fundamental.

El segundo punto se dedica a la delimitación de las conductas típicas, si bien antes evoca unos trazos históricos sobre el origen de naturaleza imprecisa, para seguidamente incidir en la reforma del CP de 1983, ello recordando también las tesis del Maestro Antón Oneca que establecía los elementos de la acción. Sin ánimo de ser exhaustivo recuerda algunas formas de estafas de las más conocidas en España hasta llegar a la actualidad y esto le sirve para evidenciar que el ordenamiento jurídico español se estableció con base en la delincuencia física.

Es destacable como el autor examina las exigencias de la tipicidad planteando la posibilidad de comisión por omisión a dejar abierto el debate e incidir en que en estas formas actuales el requisito de riesgo de lesión *ex ante* cada vez es más difuso.

Muy acertadamente expone el caso de los pagarés de Nueva Rumasa para tratar el elemento de verosimilitud y su apreciación para el delito de estafa, trayendo a colación la STS 228/204, de 26 de marzo que considera que «el engaño se mide en función de la actividad engañosa activada por el sujeto activo».

Asimismo, refiere la evolución legislativa del artículo 248 del CP cuando plantea el debate doctrinal que surgió a raíz del *numerus clausus* que recogía el precepto que implicaba la atipicidad de una serie de conductas.

Descarta con la nueva reforma (donde estas acciones pasan a recogerse en el artículo 249.1) y 249.2)) que la conducta típica deba ser más concreta por los constantes cambios en la esfera tecnológica, pues lo que produciría es en un breve lapso de tiempo su obsolescencia.

Una de las aportaciones más significativas del Dr. Abadías Selma se localiza en este apartado, donde realiza alusiones a la Directiva 2019/713, de 17 de abril y al Preámbulo de la Ley Orgánica 14/2022, de 22 de diciembre en donde se expone la necesidad de una regulación conjunta del fraude y de la falsificación de los medios de pago distintos del efectivo, por su naturaleza transfronteriza. Sostiene que el legislador ha establecido una fórmula abierta de las distintas modalidades de pago al recoger también las exitosas tarjetas que otorgan los establecimientos comerciales. El autor se refiere a los diferentes *modus operandi*, desde los más rudimentarios hasta los más complejos. Asimismo, reflexiona sobre si se perpetra este tipo delictivo cuan-

do el titular del medio de pago se excede en el límite económico que tiene concedido, sustentándose en la doctrina y en la línea jurisprudencial más actual. Pone de manifiesto la discusión doctrinal sobre si la mala utilización de la tarjeta en perjuicio de la víctima puede considerarse robo con fuerza en las cosas y según algunos autores, entre ellos Vázquez González<sup>4</sup>, interpretan que esta utilización se equipara a una llave física falsa. La controversia ha sido resuelta por la STS 369/2007, de 9 de mayo.

Descarta la forma abusiva del legítimo titular, incluido el falsificar algunos de sus datos o el importe de los cheques. Asimismo, se refiere al uso de las tarjetas virtuales donde la diferencia sustancial es la alta especialización del autor.

Por último, aborda la sustracción, apropiación o forma ilícita recogidas en el artículo 249.2 b) del CP, señalando que este tipo de actuaciones fraudulentas han de estar cubiertas por las entidades que han emitido el medio de pago. En este sentido el autor pone de relieve el gran desconocimiento de la población sobre los derechos que le amparan en estos casos.

En el tercer punto plantea la figura del sujeto activo, en concreto sobre la capacidad del autor para ocasionar el engaño que a su juicio se tendrá que medir con las capacidades de la víctima. Cabe advertir que es común la comisión de este tipo delictivo por organizaciones criminales. En esta parte de la obra realiza un recorrido sobre diferentes figuras como; los *Hackers*, *Influencers*, *Phishing*, *Muleros* e *Insiders* y su abordaje penal.

En el cuarto punto relativo al sujeto pasivo establece que será el que ha sufrido el daño patrimonial como aquel que haya actuado a causa de un error y haya sido engañado, siempre examinando y apreciando factores objetivos y subjetivos.

El autor se refiere a colectivos vulnerables, como el caso de Fórum filatélico y AFINSA aludiendo a la «estafa-masa».

El quinto punto profundiza en el elemento subjetivo del injusto, el ánimo de lucro, y señala el desacuerdo con algunas teorías que solamente exigen la concurrencia del dolo. Según indica de forma acertada Abadías Selma, cabe la posibilidad del dolo eventual y la imprudencia.

<sup>4</sup> VÁZQUEZ GONZÁLEZ, C., «Estafa», en SERRANO GÓMEZ, A., SERRANO MAÍLLO, A. y SERRANO TÁRRAGA, M.<sup>a</sup> D., *Curso de Derecho penal parte especial*, Dykinson, Madrid, 2019, pág. 295.

El sexto punto trata de las formas de aparición de este delito, recalando que puede ser cometido de múltiples formas. El delito de estafa es de resultado material y cabría la tentativa, apreciando nuestros tribunales la tentativa inidónea no punible y la que no es absolutamente idónea. El autor propone un debate doctrinal sobre en qué momento el hecho irrelevante penalmente ofrece un riesgo real que se convierte en típico.

Los concursos se encuentran en el punto séptimo con la controversia generada por la doctrina y la jurisprudencia sobre si se puede apreciar un concurso de normas o un concurso de delitos en relación entre el delito de estafa y la apropiación indebida. También se toma en consideración la consunción entre las falsedades instrumentales y el delito de estafa. Para resolver todas estas cuestiones trae a colación diversos acuerdos jurisprudenciales, sentencias y doctrina además de la modificación del art. 399 bis 4.<sup>a</sup> del CP.

Las consecuencias jurídicas se desarrollan en el punto octavo y noveno donde se dirime si desde la reforma del Código Penal de 2010 pueden ser sanciones no proporcionales en comparación con el delito de robo. De modo que se trata con menor dureza a los delincuentes de cuello blanco bajo el denominado «Derecho penal del amigo». También se pone de relieve la exigua y mala instrucción en la pieza de responsabilidad civil.

El Dr. Abadías Selma pone el broche final al concluir que los cambios producidos en los últimos tiempos afectan directamente a los colectivos más vulnerables con una clara desventaja ante la criminalidad cibernética. Aquí realiza una atinada propuesta señalando que lo principal es la colaboración de las distintas administraciones públicas y las entidades financieras con una serie de medidas.

Como el lector podrá apreciar se trata de una creación jurídica que aborda y resuelve aspectos fundamentales de la nueva regulación del delito de uso fraudulento de medios de pago distintos del efectivo, y su implicación va más allá de un caso individual e innegablemente sentará bases jurídicas muy sólidas en la aplicación práctica para el futuro de los diferentes operadores jurídicos.

