

## Revista de revistas

ABADÍAS SELMA, Alfredo: «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 artículo 249.1 b) y 249.2 b) del CP», en *Estudios de Deusto*, vol. 71/1, enero-junio 2023, pp. 15 a 82.

El engaño cometido a través del uso de los más variopintos artificios técnicos que el progreso –torticeramente utilizado por algunos– de la tecnología pone al alcance de la sociedad, origina la necesidad acuciante de que el legislador intervenga en aras de salvaguardar la incolumidad del patrimonio del conjunto de la ciudadanía. No en vano, el avance exponencial de la tecnología en períodos de tiempo relativamente cortos –sin perjuicio de los numerosos beneficios que dicho fenómeno puede reportar– tiene como contrapartida la generación de nuevos riesgos a los que el conjunto de la sociedad se ve expuesta. Cobra sentido, pues, la tesis de Ulrich Beck –traída convenientemente a colación por Abadías Selma– en la que se describe como «Sociedad del riesgo» aquella en la que vivimos actualmente, caracterizada por las altas cotas de bienestar que alcanza el individuo merced al imparable avance de la ciencia a pasos agigantados. No obstante, el coste anudado a dicho provecho estriba indefectiblemente en la sobreexposición al fenómeno criminal que perfila los contornos del delito de estafa que el autor aborda en el artículo.

Dicho cuanto antecede en el párrafo precedente, el objeto de la presente reseña es presentar al lector el artículo del doctor en Derecho penal y profesor D. Alfredo Abadías Selma, titulado *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 artículo 249.1 b) y 249.2 b) del CP*.

En el artículo científico, estructurado en cuatro apartados, Abadías Selma introduce la cuestión que se propone estudiar recordando –como antesala de la exposición de las conductas delictivas a las que estamos todos expuestos– que, pese a que el ser humano ha podido convencerse en tiempos no muy lejanos de que los límites del avance tecnológico únicamente estaban conformados por aquellos que son *autoimpuestos*, la crisis sanitaria del covid-19,

que azotó al mundo entero, puso de manifiesto crudamente que «el hombre y la mujer son, en esencia, frágiles».

Prosigue el autor con la investigación –trayendo a colación de un modo pertinente abundantes fuentes de carácter sociológico– haciendo las necesarias referencias al contexto social en el que el ser humano vive y se desenvuelve, exponiéndose, por consiguiente, a ser víctima de los delitos de estafa tipificados en los artículos 249.1 b) y 249.2 b) del Código Penal. Así, Abadías Selma enlaza y pone de manifiesto cuáles son los elementos que constituyen el terreno fértil para que se incremente el riesgo de ser víctimas de las estafas perpetradas por los criminales que operan en la red. De tal modo, mediante el constructo «Modernidad líquida» de Bauman y «Sociedad gaseosa» de Alberto Royo y Urra Portillo se nos explica que es esta una sociedad que pretende vivir deprisa, otorgándole una excesiva importancia a lo efímero en detrimento de lo que es permanente e imperecedero. En otras palabras, y merced al incesante avance de la tecnología, el conjunto de la ciudadanía –de un modo preponderante en la cultura occidental– anhela lograr aquello que se propone rápidamente y sin incurrir en esfuerzos excesivos.

Es en esa suerte de «Modernidad líquida» donde surge la «Culture Touch», término acuñado por Abadías Selma, quien refleja de un modo magistral la cultura en la que estamos inmersos, que no es otra que la de aspirar «...mediante el leve deslizar de las yemas de nuestros dedos por una pantalla táctil que se pueda acceder y conseguir todo lo que se desea sin aparente esfuerzo y con la máxima celeridad...». Y es que, precisamente, la sociedad tal y como la conocemos hoy en día, está imbuida de esa cultura a la que hace referencia el autor; ello nos posiciona de manera indubitada en la antedicha «Sociedad del Riesgo» de Beck.

Abadías Selma, con carácter previo al estudio del tipo penal, alude a un riesgo de naturaleza subjetiva teorizado por Prensky, cual es la «Brecha digital» y que debe añadirse a los anteriormente mencionados como un elemento que puede convertir a la potencial víctima como un blanco fácil por parte de los *ciberestafadores*, habida cuenta de que un «inmigrante digital» –como puede ser una persona de avanzada edad– será menos ducho en el manejo de las nuevas tecnologías y, por consiguiente, más vulnerable.

Ya en el segundo apartado, se aborda la transición de la moneda física a la moneda virtual, que puede propiciar, en no pocas ocasiones –y *contactless* mediante–, un uso irracional de las tarjetas de crédito y de débito en la medida en que su disponibilidad es inmediata, sin precisar de un cajero automático al que acudir para extraer dinero en efectivo. En este sentido, el anhelo de satisfacer un deseo –como puede ser, *ad exemplum*, el de querer comprar un helado al dar un paseo bajo el sol del mes de agosto– unido a la facilidad y a la rapidez en el método de pago, puede inhibir –en mayor o menor medida– la capacidad del ser humano de disgregar la necesidad cuya satisfacción es acuciante y, por ende, perentoria, de la que no lo es.

A esa potencialidad de desempeñar patrones de conducta irreflexivos debe añadirse –y así lo hace Abadías Selma en el mismo apartado– las comodidades que brindan los establecimientos comerciales de abonar el pre-

cio del producto con tarjeta, independientemente de la cantidad y, en no pocas ocasiones, y cuando el importe no es demasiado elevado, sin exigir la contraseña. La facilidad y comodidad es evidente: se puede pagar un artículo o satisfacer una necesidad de un modo inmediato con independencia de su coste. Sin perjuicio de dicha facilidad, el riesgo es, asimismo, patente: la sustracción de la tarjeta de crédito o de débito no impide su empleo con la misma facilidad que la descrita. Por otra parte, existe también el riesgo de que las tarjetas sean clonadas.

Ello no es en absoluto cuestión baladí, pues todo cuanto antecede permite al lector ubicar a la sociedad en que vivimos en la «Sociedad del Riesgo» de Beck, cuya naturaleza tiene una doble cara cual dios Jano, tal y como señala Abadías Selma. De una parte, son patentes las ventajas que proporciona el avance de la tecnología y la ciencia; de otra, son innombrables, abstractos e intangibles los riesgos asociados a ese avance, entre los cuales se encuentra el atinente a ser víctima de los ciberdelincuentes cuando, verbigracia, se realiza alguna compra por internet mediante el leve toque en la pantalla para *añadir el producto al carrito*.

Ya en el apartado tercero se analiza profusamente la estructura del delito de estafa y la modificación de los preceptos de los artículos 249.1 b) y 249.2 b) del CP. Dicha profusión viene acompañada del empleo de la más reconocida doctrina penal, precedida de una breve reseña histórica que nos acerca al origen del delito de estafa como *crimen stellionatus*, cajón de sastre de delitos que ni tan siquiera tenían denominación. Abadías Selma, haciendo referencia a la modernización y tecnificación de los medios e instrumentos de comisión del ilícito penal, menciona, con el objetivo de reflejar dicha sofisticación, el tránsito de las estafas del «timo de la estampita» y «el tocomochó» –entre otras– a las nuevas formas de engaño que han aparecido de la mano del avance de la tecnología como, por ejemplo: «introduzca los datos de su tarjeta de crédito y/o débito para comprobar su seguridad (desde una *interface* clonada de una entidad financiera)», «sea su jefe trabajando desde casa», «invierta en apuestas deportivas», «invierta en criptomonedas»...

Debo señalar el acierto de la inclusión, por parte del autor, de las referencias a los métodos empleados en un pasado no muy lejano; su carácter rudimentario, junto con la preponderancia del uso del dinero en efectivo, contrasta con la aparición de medios de pago más complejos –*ad exemplum*: bizum, pago mediante criptomonedas...– y la eclosión, como se ha dicho, de estafas que requieren de una mayor sofisticación en los medios. Así, se justifica –sin perjuicio de la obligatoriedad de la transposición de la Directiva 2019/713, de 17 de abril sobre la lucha contra el fraude y la falsificación de medios de pago distintos del efectivo– una modificación del Código Penal que permite incluir un amplio elenco de medios y conductas comisivas para su punición, a fin y a efectos de salvar –tal y como señala el autor– el escollo de la «obsolescencia legislativa programada».

En el mismo apartado tercero, Abadías Selma aborda los elementos objetivos del tipo y analiza la modificación legislativa merced a la entrada en vigor de la Ley Orgánica 14/2022, de 22 de diciembre. Se examinan, con carácter

previo y mediante el empleo de copiosa doctrina y jurisprudencia, los elementos de la estafa tradicional tipificada en el artículo 248 del CP, a saber: la necesidad de que la conducta llevada a cabo por el sujeto activo goce de relevancia típica, la relación de causalidad y la imputación objetiva del resultado. Menciona el autor, en relación con la verosimilitud de los medios arteros empleados por el sujeto activo, que deberá atenderse a las características personales de la víctima, pues no es lo mismo –haciendo referencia a los «inmigrantes digitales»– «...estafar a una persona de edad media con estudios superiores que a una persona de edad avanzada que prácticamente no conoce otro medio de pago que no sea el efectivo metálico». Por cuanto se refiere a la modificación del delito de estafa operada por la Ley Orgánica 14/2022, de 22 de diciembre, entiende Abadías Selma que es acertada habida cuenta de que, con el marco punitivo anterior, conductas fraudulentas que se cometen hoy en día podrían quedar impunes. Así, la inclusión del término «cualquier otro instrumento de pago material o inmaterial distinto del efectivo» en el artículo 249.1.b) del CP permite incluir distintas formas comisivas –a modo de catálogo abierto o *numerus apertus*– que superan la utilización de tarjetas de crédito, débito, cheques de viaje, así como los datos obrantes en los mismos. De tal modo podrán integrarse en el tipo aquellas conductas fraudulentas que se lleven a cabo con medios de pago distintos a las tarjetas de crédito y débito, como son el Bizum, el pago mediante criptomonedas, pago mediante tarjetas virtuales... En definitiva, la adición del término «cualquier instrumento de pago material e inmaterial distinto del efectivo», si bien pudiera parecer excesivamente vago e impreciso, abarcará todos aquellos medios de pago que vayan surgiendo de consuno a la constante evolución tecnológica y, a su vez, mitigará el riesgo de desfase del precepto.

Abadías Selma, en relación con el uso fraudulento de las tarjetas de crédito y débito que integra el nuevo tipo del artículo 249.1.b) describe los distintos métodos empleados por los delincuentes para lesionar el patrimonio ajeno, que comprende desde la obtención de la numeración de la tarjeta y código de seguridad hasta la utilización de argucias tales como enviar un mensaje de texto o *email* al consumidor –haciéndose pasar por una entidad financiera o la entidad que suministra la electricidad– para que actualice los datos de la tarjeta y así apoderarse de los datos a fin de emplearlos fraudulentamente con el objetivo de menoscabar el patrimonio de su titular. Asimismo, el autor aborda lo tocante con el debate doctrinal acerca de si el uso de las tarjetas en perjuicio del patrimonio de su titular debe calificarse como de robo con fuerza en las cosas o estafa. Del mismo modo –y acto seguido– hace lo propio en relación con la falsificación de los datos obrantes por parte del titular del medio de pago y refiere, a su vez, a la naturaleza jurídica de *Paypal*, conocidísimo medio de pago virtual.

Posteriormente –y en el mismo apartado– el lector podrá encontrar las referencias hechas por el autor a las distintas y variopintas conductas ilícitas que son susceptibles de incardinarse en el precepto del artículo 249.2.b) que, fundamentalmente, consisten en la sustracción y apropiación, con fines fraudulentos, de los medios anteriormente mencionados, entre los que se com-

prenden las tarjetas de crédito, débito, cheques de viaje o cualesquiera otro instrumento de pago material o inmaterial distinto del efectivo. Del mismo modo, Abadías Selma –coincidiendo con autores como Fernández Teruelo– destaca que el conjunto de la población tiene poca información acerca de los derechos que le asisten en el supuesto de que se usen fraudulentamente las tarjetas emitidas por entidades bancarias, siendo necesario, tal y como ha repetido hasta la saciedad el Banco de España, que dichas entidades han de ser las que resarzan el menoscabo patrimonial padecido por los clientes.

No es extraña, en la comisión de delitos de estafa informática, la participación de terceras personas que ayuden al autor a encubrir los beneficios obtenidos. Efectivamente, en el supuesto de los «muleros», la responsabilidad penal puede no quedar tan clara, procediendo los Tribunales, en algunos supuestos, a absolverlos libremente y, en otros, a castigarlos como cooperadores necesarios al delito de estafa informática. Abadías Selma, con soporte en la doctrina y la jurisprudencia, sostiene que la difícil tarea de determinar la autoría de los «muleros» recaerá en los elementos fácticos que permitan deducir el conocimiento por parte de estos de que están participando en la perpetración de un acto ilícito.

En orden a dilucidar quiénes pueden ser sujetos pasivos de este delito, el autor advierte que es absolutamente necesario distinguir esta infracción penal de la estafa tradicional; no se precisa, siempre y en todo caso, una conducta engañosa, sino que basta para consumir el acto delictivo el empleo de un ardid tecnológico para lesionar el patrimonio del sujeto pasivo. El autor lo ejemplifica con el supuesto de la duplicación de la tarjeta y ulterior extracción de dinero en efectivo del banco. Sin perjuicio de ello, en aquellos casos en los que sí que media engaño bastante, nos recuerda el autor la postura sostenida por la doctrina más autorizada y la jurisprudencia del Tribunal Supremo, que señala de modo reiterado que se exige un mínimo de diligencia y de autoprotección a la víctima, así como un mínimo de sentido común. No obstante, nos recuerda el autor que en no pocas ocasiones, y más tratándose de estafas cometidas a través de las nuevas tecnologías, el sujeto activo del delito se aprovecha de la edad de sus víctimas y sus escasos conocimientos en la materia para pergeñar estafas en masa y muy bien elaboradas.

A continuación, y ya en el plano de los elementos subjetivos del delito, Abadías Selma sostiene que en modo alguno puede excluirse el ánimo de lucro y defiende –a mi juicio, con acierto– que dicha conducta ilícita puede ser cometida mediando dolo eventual siempre y cuando –en el marco de un negocio jurídico que exige una prestación determinada si concurren determinadas condiciones– exista una alta probabilidad de que dichas condiciones no se den y ello sea asumido y consentido por el sujeto activo, trasladando a la víctima el riesgo.

Examina el autor, en los siguientes subapartados, el *iter criminis* y los concursos de delitos. En el primero de ellos, y sin ánimo de exhaustividad–habida cuenta de la multiplicidad de conductas y modos de proceder que ofrece el avance de la técnica y la abundante tecnología existente–, se detiene en la posibilidad de cometer la estafa informática en grado de ten-

tativa en relación con la idoneidad o inidoneidad de los medios comisivos mediante la alusión a las distintas posturas doctrinales cuyas tesis analizan si es o no punible el intento de dar, en repetidas ocasiones, con el código PIN de una tarjeta para efectuar una compra. Por cuanto se refiere a los concursos de delitos, el lector podrá advertir que Abadías Selma trata prolijamente la problemática relativa al castigo de las falsedades documentales en concurso medial con el delito de estafa. Concluye el autor que, a efectos de no conculcar el principio *non bis in idem*, es conveniente valorar con cautela la unidad del hecho delictivo y calificar con arreglo a un solo tipo penal las conductas que recojan el desvalor penal de la acción típica.

Culmina el estudio del tipo penal con las sanciones penales anudadas a la estafa y la responsabilidad civil *ex delicto*. Abadías Selma, tal y como apreciará el lector, se muestra muy crítico con el artículo objeto de revisión concretamente con la penalidad que lleva aparejada el delito de estafa, en la medida en que conlleva penas prácticamente idénticas a las del robo, y así se confirma que impera «la endémica tendencia» de tratar con mayor benevolencia al delincuente de cuello blanco. Ello es una señal inequívoca –del mismo modo que no pocos ordenamientos jurídico penales europeos– de que en este supuesto en concreto concurre el fenómeno de lo que se ha denominado «Derecho penal del amigo». Opina el autor, por otra parte, que debería robustecerse la instrucción de las piezas de responsabilidad civil por la comisión de delitos de estafa, pues los sujetos activos del delito poseen medios suficientes para enmascarar su situación patrimonial de modo tal que ello opere como un escollo para satisfacer la responsabilidad civil derivada del delito.

Culmina Abadías Selma el artículo de investigación con un apartado cuarto en el que se contienen las conclusiones y propuestas de mejora. «Los inmigrantes digitales», ante el avance tecnológico al que se ha hecho alusión, así como los menores de edad –que tienen acceso a dispositivos electrónicos en edades cada vez más tempranas– son los colectivos más vulnerables ante dicho fenómeno criminal. Entiende el autor –mediante la cita del viejo adagio popular «no se pueden poner puertas al campo»–, que la sensibilización y las medidas pedagógicas, de formación y prevención deben dirigirse al conjunto de la población con el objetivo de que esta esté provista de los mecanismos de autoprotección necesarios. Los actores principales de dicha acción protectora deben ser las Administraciones Públicas de una parte, y las entidades financieras de otra. Los esfuerzos a nivel legislativo, por otra parte, no deben limitarse al establecimiento de un tipo que opere como una suerte de cajón de sastre para incluir las conductas típicas que vayan aflorando a medida que avanza la técnica. El autor es del parecer que debe legislarse en materias que tutelan el patrimonio, pues no debe olvidarse que en el Derecho penal rigen el principio de fragmentariedad y de intervención mínima. Entiende Abadías Selma, por otra parte, que las siguientes reformas legislativas deben basarse en estudios criminológicos longitudinales para tutelar con mayor éxito y precisión los bienes jurídicos

susceptibles de protección, que son el patrimonio, las relaciones de confianza y la fe pública

CARLOS DEL CACHO ESTIL-LES.  
Profesor de la Universidad Internacional de La Rioja  
adscrito al grupo de investigación PENALCRIM.

