

**Consulta 1/2024, de 21 de marzo, sobre algunas cuestiones relacionadas con la utilización fraudulenta de instrumentos de pago distintos del efectivo**

Índice: 1. Objeto de la consulta. 2. Consideraciones preliminares. 3. Utilización fraudulenta de instrumentos de pago distintos del efectivo y delito leve. 4. Vertiente subjetiva del tipo del art. 249.2.b) CP. 5. Objeto material del delito de sustracción, apropiación o ilícita adquisición de instrumentos de pago del art. 249.2.b) CP. 6. Relaciones concursales. 7. Progresión delictiva: relación entre los arts. 249.1.b) y 249.2.b) CP. 8. Conclusiones.

**1. Objeto de la consulta**

La Fiscalía consultante ha debatido sobre el criterio a seguir en la interpretación de las distintas modalidades de estafa tipificadas en el art. 249 CP tras la reforma de dicho precepto operada en virtud de la Ley Orgánica 14/2022, de 22 de diciembre, *de transposición de directivas europeas y otras disposiciones para la adaptación de la legislación penal al ordenamiento de la Unión Europea, y reforma de los delitos contra la integridad moral, desórdenes públicos y contrabando de armas de doble uso*.

La controversia se suscita en torno a las siguientes cuestiones:

- i) Cuando la cuantía defraudada no exceda de 400 euros, ¿pueden sancionarse como delito leve los delitos de estafa informática del art. 249.1.a) CP y de uso fraudulento de medios de pago distintos del efectivo del art. 249.1.b) CP?
- ii) El delito de estafa del art. 249.2.b) CP, ¿admite el dolo eventual?

iii) Cuando una acción delictiva sea susceptible de calificarse simultáneamente como delito de hurto (art. 234 CP) o robo (art. 237 CP) y como delito de estafa del art. 249.2.b) CP, ¿cuál es la relación concursal?

iv) Una vez consumada la conducta descrita en el art. 249.2.b) CP, ¿debe ser castigada de forma autónoma la ulterior utilización fraudulenta del instrumento de pago?

## **2. Consideraciones preliminares**

Tal y como se indica en el considerando 6 de la Directiva 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*, «en los últimos años se ha registrado no solo un incremento exponencial de la economía digital, sino también una proliferación de la innovación en muchos ámbitos, en particular en las tecnologías de pago. Las nuevas tecnologías de pago implican la utilización de nuevos tipos de instrumentos de pago, que al tiempo que crean nuevas oportunidades para los consumidores y las empresas, ofrecen nuevas posibilidades de fraude. Por consiguiente, el marco jurídico debe seguir siendo pertinente y actualizándose en función de esos adelantos tecnológicos a partir de un planteamiento tecnológicamente neutro».

A fin de ofrecer una adecuada respuesta penal frente a la innovación experimentada en el ámbito de las tecnologías de pago, la Ley Orgánica 14/2022, de 22 de diciembre, *de transposición de directivas europeas y otras disposiciones para la adaptación de la legislación penal al ordenamiento de la Unión Europea, y reforma de los delitos contra la integridad moral, desórdenes públicos y contrabando de armas de doble uso*, ha reformado el marco jurídico

de las modalidades de estafa impropia que hasta la fecha castigaba el art. 248.2.a), b) y c) CP.

Tradicionalmente, doctrina y jurisprudencia han entendido que la estafa informática, así como el fraude mediante el uso de instrumentos de pago distintos del efectivo, presentan una estructura típica genuina, perfectamente diferenciable de la estafa básica o común.

Frente al tipo básico de estafa, en el que el engaño constituye «el nervio y alma de la infracción» (por todas, STS 627/2023, de 19 de julio), las modalidades de estafa informática y de estafa mediante el uso fraudulento de medios de pago distintos del efectivo nunca han contemplado el engaño como elemento típico (*vid.*, entre otras, SSTS 172/2013, de 8 de febrero; 137/2020, de 8 de mayo; 204/2020, de 21 de mayo; 1004/2022, de 28 de diciembre).

En opinión de la doctrina mayoritaria, tanto la estafa informática como la utilización fraudulenta de medios de pago de los arts. 249.1.a) y 249.1.b) CP se consideran modalidades típicas que tienen auténtica autonomía y sustantividad frente al tipo básico de estafa del art. 248 CP. Opinión compartida por el legislador, según es de ver en la memoria de análisis de impacto normativo que acompañaba al Anteproyecto de Ley Orgánica por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal, para la transposición de directivas en materia de lucha contra el fraude y la falsificación de medios de pago distintos del efectivo y abuso de mercado, y Ley Orgánica 7/2014, de 12 de noviembre, sobre intercambio de información de antecedentes penales y consideración de resoluciones judiciales penales en la Unión Europea. De ahí que por un autorizado sector se las haya calificado de estafas impropias, a pesar de que este *nomen iuris* se ha reservado en la jurisprudencia, por lo general, para las modalidades delictivas recogidas en el art. 251 CP.

Las consideraciones anteriores no se ven empañadas por el hecho de que el vigente art. 249 CP emplee en la descripción típica la fórmula «también se consideran reos de estafa». Muy al contrario, debe compartirse la opinión de quienes afirman que esa locución revela que la asimilación a la estafa se produce por imperativo legal, a pesar de las diferencias existentes entre la estafa del art. 248 CP y las diferentes modalidades típicas del art. 249 CP.

La autonomía de las modalidades de estafa impropia anteriormente reguladas en el art. 248.2 CP, fruto de su singular estructura típica, se ha visto ahora reforzada como consecuencia de su nueva ubicación sistemática y, más en concreto, de la tipificación en dos preceptos separados de la estafa básica (art. 248 CP) y de la estafa informática y mediante el uso de instrumentos de pago distintos del efectivo (art. 249 CP).

### **3. Utilización fraudulenta de instrumentos de pago distintos del efectivo y delito leve**

La reforma operada por la Ley Orgánica 14/2022, de 22 de diciembre, trae causa de la necesidad de adecuar el ordenamiento jurídico interno a las exigencias impuestas por 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 2011/413/JAI del Consejo*.

El preámbulo de la ley precisa que el legislador español, «ha optado por explicitar todas las conductas cuya tipificación autónoma exige la directiva, bien vinculándolas al ámbito de la estafa (fraude en la denominación de la directiva), esencialmente cuando los medios de pago han sido obtenidos de forma ilícita, bien al de las falsedades (falsificación o alteración fraudulenta en la

denominación de la directiva), incluyendo en estos casos tanto la falsificación como su uso fraudulento. Igualmente se tipifican de forma autónoma los actos preparatorios para la comisión de tales conductas».

Debe comenzar por rechazarse la posibilidad —apuntada por la Fiscalía consultante— de que la falta de previsión de un delito leve por razón de la cuantía de la defraudación pudiera obedecer a un olvido del legislador.

El Anteproyecto de Ley Orgánica por la que se modifican la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal, *para la transposición de directivas en materia de lucha contra el fraude y la falsificación de medios de pago distintos del efectivo y de abuso de mercado, y la Ley Orgánica 7/2014, de 12 de noviembre, sobre intercambios de información de antecedentes penales y consideración de resoluciones judiciales penales en la Unión Europea*, castigaba como delito leve —en análogos términos a los previstos por la legislación derogada por efecto de la reforma— aquellos casos en los que la cuantía defraudada no excediera de 400 euros.

A propósito de esta cuestión, y más en concreto de las razones por las que el legislador finalmente decidió suprimir el referido delito leve de utilización fraudulenta de instrumentos de pago, resultan sumamente interesantes los razonamientos contenidos en la memoria de análisis de impacto normativo (MAIN) que acompañaba al Anteproyecto. La cita, aunque extensa, es particularmente esclarecedora:

*Por razones de técnica legislativa se ha optado por sistematizar la estafa impropia, objeto de la presente reforma, en un único precepto, diferenciando a su vez, las modalidades acabadas con la tipificación de los actos preparatorios y anejando las correspondientes penas. Ello, por un lado, ha permitido sistematizar la estafa "clásica" en el precepto que principia el Capítulo, anudando a la conducta su pena, de forma homogénea con el resto de los tipos de nuestro texto punitivo. Es en este*

*supuesto en el que sigue operando la regla general en los delitos patrimoniales, respecto a la eventual degradación a delito leve si la cuantía de lo defraudado no excediere de 400 euros. Por otro, ha permitido diferenciar el tratamiento penológico de la estafa impropia, que por exigencias de la Directiva [...] impedía la degradación a delito leve de ciertas conductas en consideración a la cuantificación del objeto de la defraudación. Por seguridad jurídica, claridad interpretativa e identidad de fundamento se ha optado por homogeneizar ese tratamiento punitivo al conjunto de modalidades de la estafa impropia. No se ha optado, sin embargo, por incluir las modalidades propiamente defraudatorias de la estafa impropia (letras a) y b) del apartado 1 del artículo 249- antes a y c del apartado 2 del art. 248-) en el artículo 248 (estafa clásica), precisamente para visibilizar la diferenciación tanto en sus elementos típicos y modalidades comisivas, como en cuanto a la extensión de la lesión o puesta en peligro de otros bienes jurídicos, factores que justifican un diferente tratamiento punitivo y que en estos supuestos, no se aplica la eventual degradación a delito leve si la cuota defraudada no alcanza los 400 euros.*

Según se expresa en la MAIN, las consideraciones efectuadas por el Consejo Fiscal en su informe al Anteproyecto, de fecha 4 de marzo de 2022, tuvieron una particular influencia en el ánimo del legislador.

Asimismo, debe subrayarse que el art. 9.2 de la Directiva (UE) 2019/713 precisa que las infracciones contempladas en el art. 3 y el art. 4.a) y b) —los tipos previstos en los actuales arts. 249.1.b) y 249.2.b) CP— deben ser castigadas con penas privativas de libertad cuya duración máxima no sea inferior a 2 años. Previsiones que en ningún caso se ven matizadas o atenuadas por el legislador europeo en atención a la escasa cuantía del perjuicio patrimonial ocasionado.

En opinión de la doctrina mayoritaria, el tenor del art. 9.2 de la Directiva impidió al legislador español configurar como delito leve, por razón de la cuantía, cualesquiera de las modalidades de fraude mediante el uso de instrumentos de pago distintos del efectivo que actualmente se recogen en los art. 249.1.b), 249.2.b) y 249.3 CP.

Las consideraciones anteriores revelan que el hecho de que nuestro ordenamiento jurídico no contemple un delito de leve de estafa impropia en los supuestos de utilización fraudulenta de instrumentos de pago no obedece a una omisión del legislador. Lejos de ello, el análisis de la tramitación parlamentaria permite constatar que se trata de una decisión sobradamente reflexionada y a todas luces racional.

El tenor literal del precepto es de una claridad meridiana: las distintas modalidades típicas descritas en los apartados primero y segundo del art. 249 CP se encuentran castigadas con penas de seis meses a tres años de prisión. Asimismo, se prevé la imposición de la referida pena en su mitad inferior en los supuestos descritos en el apartado tercero.

El principio de legalidad penal fija un límite infranqueable en la exégesis de la ley. Impide soslayar el tenor literal de los preceptos mediante la implementación de criterios hermenéuticos que se hallen en abierta contradicción con el sentido gramatical de las normas. Tal y como señala la STC 185/2014, de 6 de noviembre, «el derecho a la legalidad penal fija el límite interpretativo de los preceptos penales en la subsunción en el tipo penal que resulta aplicado, bien por la interpretación que se realiza de la norma, bien por la operación de subsunción en sí [...] Como recuerda la STC 129/2008, de 27 de octubre, FJ 3, la seguridad jurídica y el respeto de las opciones legislativas de sanción de conductas sitúan la validez constitucional de la aplicación de las normas sancionadoras desde el prisma del principio de legalidad tanto en su respeto al tenor literal del enunciado normativo, que marca en todo caso una zona indudable de exclusión de comportamientos, como en su razonabilidad» (*vid.* SSTC 170/2002, de 30 de septiembre; 150/2015, de 6 de julio; 146/2015, de 25 de junio).

Según ha reiterado el Tribunal Constitucional, el juicio de proporcionalidad de la pena con la que se castiga una conducta típica es, *a priori*, competencia del legislador. A tal efecto, se le reconoce amplia libertad en función de los objetivos de política criminal que adopte dentro del respeto a los derechos fundamentales de la persona en un Estado social y democrático de derecho, dejando siempre a salvo aquellos supuestos en los que se aprecie una lesión de los principios configuradores del Estado de derecho, en particular el valor de la justicia y la dignidad de la persona (SSTC 150/1991, de 4 de julio; 55/1996, de 28 de marzo; 161/1997, de 2 de octubre; 136/1999, de 20 de julio; 59/2008, de 14 de mayo; 60/2010, de 7 de octubre; 64/2019, de 9 de mayo).

Al margen del tenor literal del art. 249 CP y del art. 9 de la Directiva (UE) 2019/713 y con independencia de la *voluntas legislatoris* expresada en la MAIN del anteproyecto de ley, existen razones de carácter teleológico y lógico-sistemático para rechazar que los supuestos en los que la cuantía defraudada no supere los 400 euros puedan ser calificados como delito leve de estafa.

Las modalidades delictivas previstas en los arts. 249.2.b) y 249.3 CP suponen un adelantamiento de las barreras de protección penal, que persigue reforzar la tutela del uso fraudulento de los instrumentos de pago distintos del efectivo. En ambos casos nos encontramos ante preceptos que elevan a la categoría de delito autónomo conductas que con anterioridad a la reforma operada por la LO 14/2022 no eran sino meros actos preparatorios impunes. En consonancia con su naturaleza y con su configuración como tipos de peligro, ni el delito del art. 249.2.b) CP ni el delito del art. 249.3 CP precisan la producción de un perjuicio patrimonial efectivo para su consumación.

A pesar de ello, el art. 9 de la Directiva 21019/713 (UE) impone a los Estados miembros la obligación de castigar los supuestos comprendidos en los arts. 249.2.b) y 249.3 CP con penas de prisión, circunstancia que, unida al hecho de

tratarse de modalidades de peligro, impide ya en abstracto la configuración de formas delictivas susceptibles de configurarse como delito leve.

En opinión del legislador europeo [*vid.* Considerandos 1, 2 y 31 de la Directiva], se trata de conductas que ponen en grave peligro el mercado digital, generan gran desconfianza en el uso de los nuevos medios de pago y, por tanto, suponen un grave riesgo para el funcionamiento del sistema financiero. El adelantamiento de la tutela penal mediante la tipificación de los actos preparatorios se justifica, además de por el grave peligro para el patrimonio que resulta inherente a dichas conductas, por el riesgo de lesionar la reputación personal y profesional de las víctimas, pudiendo llegar a incidir negativamente en la calificación crediticia de las mismas e, incluso, generar daños emocionales graves.

Desde una perspectiva teleológica y lógico-sistemática, no parece razonable admitir interpretaciones que permitan sancionar más gravemente los «actos preparatorios» descritos en el art. 249.2.b) CP, que la efectiva utilización fraudulenta que castiga el art. 249.1.b) CP. Nótese que, tras la utilización ilegítima del medio de pago, aun cuando la cuantía defraudada no excediera de 400 euros, por lo general subsistirá el riesgo de ulteriores usos fraudulentos, peligro que se erige en fundamento punitivo de las modalidades sancionadas en los arts. 249.2.b) y 249.3 CP. De ahí que sea razonable que el marco punitivo previsto para las conductas de utilización fraudulenta de los instrumentos de pago distintos del efectivo [art. 249.1.b) CP] no sea, incluso para el caso de defraudaciones de escasa cuantía, inferior al contemplado en los arts. 249.2.b) y 249.3 CP. Otra interpretación daría lugar a la apreciación de un concurso de normas —de muy difícil solución— entre el art. 249.1.b) CP y las modalidades descritas en los arts. 249.2.b) y 249.3 CP.

Por lo demás, esta interpretación contribuye a garantizar la coherencia lógico-sistemática entre el art. 249.1.b) CP y el art. 399 bis.3 CP.

#### **4. Vertiente subjetiva del tipo del art. 249.2.b) CP**

La Ley Orgánica 5/2010, de 22 de junio, introdujo en el art. 248.2.c) CP una nueva figura delictiva consistente en la utilización fraudulenta de tarjetas de crédito o débito, cheques de viaje o de los datos contenidos en cualquiera de dichos instrumentos de pago.

La incorporación de esta modalidad típica al Código Penal fue tímidamente criticada por un sector de la doctrina y de la jurisprudencia, que entendían que el nuevo precepto se limitaba a castigar conductas que, en realidad, ya contaban con un adecuado reproche en otros preceptos del Código.

Con todo, lo cierto es que en la práctica esa novedosa modalidad típica contribuyó a atajar las dificultades de calificación jurídica hasta entonces existentes, pues la extracción de dinero de cajeros automáticos mediante la utilización de tarjetas ajenas obtenidas mediante sustracción y uso indebido del PIN había suscitado problemas de tipificación (por todas, *vid.* STS 509/2018, de 26 de octubre). Esta complejidad ya había sido subrayada mucho tiempo atrás en la Consulta de la FGE núm. 2/1988, de 3 de noviembre, *sobre la tipicidad y apoderamiento de tarjetas de crédito y su posterior utilización para obtener dinero en los cajeros bancarios automáticos.*

Tras la reforma operada por la Ley Orgánica 14/2022, de 22 de diciembre, esta modalidad delictiva ha pasado a ubicarse en el art. 249.1.b) CP.

Al margen de la nueva ubicación sistemática, el legislador ha ampliado el objeto material del delito, extendiéndolo a cualesquiera instrumentos de pago, material o inmaterial, distintos del efectivo.

Asimismo, los arts. 249.2.b) y 249.3 CP han elevado a la categoría de delito autónomo los principales actos preparatorios dirigidos a la ejecución del delito de utilización fraudulenta de instrumentos de pago distintos del efectivo. Mientras que el art. 249.2.b) CP sanciona la sustracción, apropiación o ilícita adquisición de dichos instrumentos de pago con ánimo de su ulterior utilización fraudulenta, el art. 249.3 CP castiga su posesión, adquisición, transferencia, distribución o puesta a disposición de terceros, con idéntico propósito y a sabiendas de su ilícito origen.

La conducta tipificada en el art. 249.2.b) CP, que centra la atención de la Fiscalía consultante, a pesar de ser eminentemente dolosa, no exige la presencia de un dolo que trascienda al conocimiento y voluntad de realización de los elementos objetivos del tipo, es decir, al conocimiento de la ajenidad del instrumento de pago y a la voluntad de proceder a su ilícita aprehensión o apropiación.

Las consideraciones anteriores no se ven alteradas por el hecho de que el legislador exija que el autor del delito obre en todo momento movido por el propósito de proceder a la ulterior utilización fraudulenta del medio de pago en cuestión. Desde una vertiente técnica, debe concluirse que la locución «para su utilización fraudulenta» alude a un elemento subjetivo del injusto que trasciende al dolo (*vid.* SSTS 958/2022, de 15 de diciembre; 239/2021, de 17 de marzo; 149/2020, de 18 de mayo).

Por ello, puede concluirse que el art. 249.2.b) CP constituye un delito de intención. En particular, la estructura típica responde a la propia de los delitos mutilados de dos actos: la conducta se ejecuta con el propósito de realizar una ulterior acción delictiva, en concreto, la descrita en el art. 249.1.b) CP, y su consumación se produce sin necesidad de la producción de un perjuicio patrimonial efectivo.

La acción delictiva, según el tenor literal del precepto, puede consistir en la sustracción, apropiación o adquisición ilícita de cualquier instrumento de pago distinto del efectivo. Nos encontramos, por consiguiente, ante un tipo mixto alternativo que abarca cualesquiera formas de aprehensión o apoderamiento ilícito del objeto material del delito, incluidos los supuestos en los que la propia víctima hace entrega del instrumento de pago a causa de un engaño previo o concurrente.

La conducta descrita en el art. 249.2.b) CP se consuma con el ilícito apoderamiento, apropiación o adquisición del objeto material del delito, siempre que haya sido ejecutado con el propósito de su ulterior utilización fraudulenta, sin necesidad de que el referido uso llegue a producirse ni que haya llegado a ocasionarse perjuicio patrimonial alguno para la víctima o para cualquier otra persona. El propósito o intención de utilizar en el futuro el medio de pago con ánimo defraudatorio trasciende a la realización del tipo y, en consecuencia, constituye una referencia anímica añadida al dolo.

Igualmente, nos hallamos ante un delito de consumación anticipada, que tiene lugar con la mera sustracción, apropiación o adquisición ilegal del medio de pago distinto del efectivo, que se erige en objeto material del delito. Se produce, por tanto, un adelantamiento de las barreras de protección penal mediante la incriminación de actos preparatorios individuales a los que se dota de sustantividad propia y que de otro modo serían considerados impunes.

Esto último no implica, sin embargo, que no sean posibles formas imperfectas de ejecución, pues las distintas modalidades comisivas (*sustracción, apropiación, adquisición ilícita*) admiten la tentativa.

La presencia en la descripción típica de un elemento subjetivo del injusto no constituye un obstáculo que necesariamente impida admitir el dolo eventual en

la ejecución del delito. Así, por ejemplo, los tipos penales que exigen que el autor del delito obre con ánimo de lucro usualmente admiten el dolo eventual en su realización (*vid.* SSTS 706/2022, de 11 de julio; 523/2015, de 5 de octubre; AATS 329/2023, de 23 de marzo; 914/2021, de 23 de septiembre; 361/2020, de 27 de febrero; 1385/2017, de 5 de octubre; 703/2018, de 26 de abril).

Por consiguiente, aun cuando en la práctica sean difícilmente concebibles supuestos en los que la conducta sea ejecutada con dolo eventual, no cabe rechazar de plano tal posibilidad. Así, por ejemplo, cuando el autor del delito albergue dudas acerca de la ajenidad del instrumento de pago o del consentimiento de su legítimo titular para hacer uso del mismo. También, cuando al momento de ejecutar la sustracción se representase como posible, aunque sin contar con un conocimiento exacto, que el interior de una cartera o de un bolso pudiera contener una tarjeta de crédito o débito. Estos hechos podrían incardinarse en el art. 249.2.b) CP, siempre que su ejecución se orientase a la ulterior utilización fraudulenta del medio de pago sustraído.

La sustracción de tarjetas de crédito o débito, cheques de viaje o cualesquiera otros medios de pago distintos del efectivo precisa, para incardinarse en el art. 249.2.b) CP, que su ejecución esté presidida por la intención del sujeto activo de proceder a su ulterior utilización fraudulenta. En otras palabras, el precepto exige que el autor del delito obre con el propósito de que el medio de pago ilícitamente aprehendido o adquirido sea posteriormente empleado en la ejecución del delito castigado en el art. 249.1.b) CP.

En los supuestos de sustracción, apropiación o adquisición ilícita de bolsos, maletas, monederos, mochilas, carteras o de cualesquiera otros objetos susceptibles de albergar en su interior los instrumentos de pago que se erigen en objeto material del delito analizado, la posibilidad de subsunción en el tenor

del art. 249.2.b) CP se hará depender, por lo tanto, del propósito que hubiera guiado al autor en la realización de la conducta típica.

Cuando, al momento de ejecutar la sustracción o apropiación, el sujeto activo conociera que el objeto en cuestión contiene alguno de los instrumentos de pago referidos, la conducta será subsumible en el art. 249.2.b) CP, siempre que el autor obrara con el propósito de realizar un futuro uso fraudulento del medio de pago.

Idéntica solución se ofrecerá cuando el sujeto activo del delito, a pesar de no conocer con exactitud el contenido del bolso o cartera, se representase la probabilidad de que pudiera contener alguno de los medios de pago referidos. Posibilidad condicionada a que la conducta fuera ejecutada con el propósito de proceder a su ulterior utilización fraudulenta.

Más compleja se antoja la respuesta que debe ofrecerse cuando al momento de la sustracción el sujeto activo ignorase, y tampoco se hubiera representado la posibilidad, que el bien sustraído pudiera albergar en su interior algún instrumento de pago distinto del efectivo.

A propósito de esta cuestión, debe comenzar por recordarse que el art. 249.2.b) CP exige que la realización de la conducta esté presidida por el propósito del autor de utilizar fraudulentamente el instrumento de pago que constituye objeto de la acción típica. El precepto no contempla que el *animus fraudandi* pueda sobrevenir tras la sustracción, apropiación o adquisición del objeto material del delito.

La ampliación del ámbito de aplicación del tipo penal con el fin de permitir la subsunción de supuestos de hecho en los que la intención de ejecutar la conducta del art. 249.1.b) naciera tras la sustracción, apropiación o adquisición

ilícita del instrumento de pago desbordaría los contornos del principio de legalidad, incurriendo en una interpretación extensiva de la norma penal incompatible con los mandatos de taxatividad o certeza que deben orientar la aplicación del ordenamiento jurídico penal (SSTC 265/1988, de 22 de diciembre; 81/2014, de 28 de mayo; 146/2015, de 25 de junio; o, 150/2015, de 6 de julio).

Sin embargo, nada impedirá que en aquellos casos en los que el propósito de realizar un uso fraudulento del medio de pago ilícitamente obtenido sobrevenga tras su ilícito apoderamiento la conducta sea castigada con arreglo al art. 249.3 CP. Precepto que, entre otras acciones, castiga a quienes posean, a sabiendas de su origen ilícito, tarjetas de crédito o débito, cheques de viaje o cualesquiera otros medios de pago distintos del efectivo, con el fin de proceder a su utilización fraudulenta.

En tales casos, nos hallaremos ante un claro supuesto de posesión del medio de pago a sabiendas de su origen delictivo con ánimo de proceder a su ulterior utilización fraudulenta. Tanto desde parámetros teleológicos como lógico-sistemáticos, sería absurdo admitir el castigo, con arreglo al art. 249.3 CP, de quien recibe la tarjeta, el cheque de viaje o el instrumento de pago de manos de quien previamente lo ha sustraído y, sin embargo, no hacer lo propio respecto del sustractor cuando el tenor literal de la norma no lo impide.

#### **5. Objeto material del delito de sustracción, apropiación o ilícita adquisición de instrumentos de pago del art. 249.2.b) CP**

El objeto material de los delitos castigados en los arts. 249.1.b), 249.2.b) y 249.3 CP se identifica con las tarjetas de crédito y débito, los cheques de viaje y, en general, cualesquiera otros instrumentos de pago, materiales o inmateriales, distintos del efectivo. Con anterioridad a la reforma operada por la Ley Orgánica

14/2022, de 22 de diciembre, el ordenamiento penal español no contenía alusión alguna a dichos instrumentos de pago.

La delimitación de este novedoso concepto presenta cierta complejidad. De ahí que, a pesar de desbordar los límites de la presente Consulta, sea conveniente realizar una breve aproximación al mismo.

El art. 399.ter CP ofrece una definición auténtica de los instrumentos de pago distintos del efectivo, que, en realidad, reproduce la prevista en el art. 2.a) de la Directiva (UE) 2019/713, de 17 de abril: «a los efectos de este Código, se entiende por instrumento de pago distinto del efectivo cualquier dispositivo, objeto o registro protegido, material o inmaterial, o una combinación de estos, exceptuada la moneda de curso legal, que por sí solo o en combinación con un procedimiento o conjunto de procedimientos, permite al titular o usuario transferir dinero o valor monetario a través de medios digitales de intercambio».

La principal característica de dichos instrumentos de pago radica en su idoneidad para transferir dinero o valor monetario a través de medios digitales de intercambio.

A pesar de que el Código Penal no precisa qué son los «medios digitales de intercambio», el art. 2.c) de la Directiva (UE) 2019/713, de 17 de abril, los define como «todo dinero electrónico con arreglo al artículo 2, punto 2, de la Directiva 2009/110/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, y las monedas virtuales». A su vez, el art. 2.2 de la Directiva 2009/110/CE, de 16 de septiembre, 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 definen 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 del dinero electrónico».

Resulta relevante subrayar que, con arreglo al art. 3 de la Ley 21/2011, de 26 de julio, *de dinero electrónico*, no se considera dinero electrónico el valor monetario «almacenado en instrumentos que puedan utilizarse para la adquisición de bienes o servicios únicamente en las instalaciones del emisor o, en virtud de un acuerdo comercial con el emisor, bien en una red limitada de proveedores de servicios o bien para un conjunto limitado de bienes o servicios, de acuerdo con las condiciones que se establezcan reglamentariamente».

Dichos instrumentos de pago, tales como los cheques regalo, las tarjetas telefónicas prepago o los títulos de transporte público, se considerarán excluidos de la definición ofrecida por el art. 399.ter CP. Opción lógica, pues, por lo general, se trata de supuestos en los que la utilización de la tarjeta prepago no implicará la transferencia de valor monetario, sino la simple disposición del dinero previamente abonado. Interpretación que se halla en plena sintonía con lo que sobre este particular se precisa en la Directiva (UE) 2009/110/CE, de 16 de septiembre de 2009 (*vid. considerando 5*).

Aunque el dinero electrónico no es susceptible de ser aprehendido físicamente (*v. gr.* los monederos electrónicos denominados «fríos» y «calientes»), resulta dudoso, a la vista de la velocidad con la que evoluciona la tecnología, si su transferencia pudiera llegar a realizarse mediante la mera transmisión del soporte físico en el que ese dinero pudiera encontrarse depositado (por ejemplo, algunas modalidades de tarjeta prepago inteligentes o tarjetas de monedero electrónico con un microchip incorporado).

De darse este supuesto, la sustracción del soporte físico en el que se almacena el dinero electrónico implicaría, sin necesidad de una ulterior actuación fraudulenta, un menoscabo para el patrimonio de la víctima.

En cualquier caso, abstracción hecha de la interpretación que se efectúe sobre el concepto de instrumentos de pago distintos del efectivo, la propia estructura típica del art. 249.2.b) CP impide considerar que el objeto material del delito pueda consistir en un objeto efectivamente dotado de valor económico, es decir, en un medio de pago cuya mera aprehensión ya implique la efectiva producción de un perjuicio patrimonial.

Debe recordarse que el art. 249.2.b) CP tipifica un acto preparatorio del delito de estafa impropia del art. 249.1.b) CP. La conducta se ejecuta con el fin de proceder a la ulterior utilización fraudulenta de la tarjeta de crédito o débito, del cheque de viaje o del instrumento de pago distinto del efectivo previamente sustraído, apropiado o, de cualquier otro modo, ilícitamente adquirido. A su vez, el delito de estafa impropia del art. 249.1.b) CP exige la producción de un perjuicio patrimonial como consecuencia directa de la utilización fraudulenta de un instrumento de pago. Tales argumentos permiten afirmar que únicamente serán medios de pago susceptibles de erigirse en objeto material de los delitos castigados por los arts. 249.1.b), 249.2.b) y 249.3 CP aquellos en los que el quebranto patrimonial no se consume al momento de producirse su ilícita aprehensión o adquisición. Cuando ello suceda, la ulterior utilización del instrumento de pago será inidónea para generar el perjuicio patrimonial típico, debiendo reputarse un mero acto de agotamiento del previo delito patrimonial ya consumado.

En definitiva, debe concluirse que la sustracción o apropiación de los instrumentos de pago distintos del efectivo será calificada como delito de hurto, robo, estafa o apropiación indebida, según proceda, cuando el soporte material en el que el dinero electrónico se encuentre almacenado lleve incorporado su respectivo valor económico. Supuestos en los que el perjuicio patrimonial para la víctima se consumará con la aprehensión física del soporte o dispositivo.

## 6. Relaciones concursales

Aunque se trata de una cuestión no exenta de matices, puede afirmarse que la mera sustracción de tarjetas de crédito o débito, cheques de viaje u otros medios de pago análogos no es subsumible en el delito de hurto castigado en el art. 234 CP.

Para ser apreciado el delito de hurto es imprescindible que el objeto material del delito sobre el que recae la acción típica cuente con valor económico y que el sujeto activo obre con ánimo de lucro. Abstracción hecha del valor del plástico que les sirve de soporte físico, parece fuera de toda duda que las tarjetas de crédito y débito carecen de valor económico intrínseco. De ahí que, de acuerdo con la doctrina mayoritaria, deba sostenerse que su ilícita aprehensión no encuentra encaje en el art. 234 CP. Se trata de bienes no susceptibles de erigirse en objeto material del delito, pues su simple sustracción, no seguida de su ulterior utilización fraudulenta, no resulta idónea para generar un quebranto económico ni para generar un incremento patrimonial en favor del sujeto activo del delito o de un tercero. Por esas mismas razones, difícilmente cabe imaginar que la mera sustracción de una tarjeta de débito o crédito, sin intención de ulterior utilización, pueda ser realizada con ánimo de lucro.

En este sentido, la STS 984/2022, de 21 de diciembre, precisa —con cita de abundante jurisprudencia— que «la sustracción de tarjetas de crédito, cheques o talonarios -y, en su caso, recetas- no es un delito de hurto, porque el ánimo de lucro es esencial para la existencia de este delito y aquellas por sí mismas no reportan beneficio al carecer de valor, aunque puedan servir y ser utilizadas como instrumento para la comisión de otros delitos, como es el caso de falsedades documentales y estafas (*vid.* SSTS 169/2000, de 14-2; 166/2002, de 29-5; 611/2002, de 8-4; 591/2006, de 29-5). Y en casos de robo, ha dicho esta Sala, por todas STS 929/2004, de 8-7, que el talonario, o un talón, no tiene valor

económico en sí mismo y, por lo tanto, lo mismo que las llaves sustraídas a un propietario, o una tarjeta de crédito, su apoderamiento carece de relevancia jurídico-penal e independiente» [vid. STS 537/2007, de 15 de junio; SSAP Barcelona (sección 5ª) 350/2023, de 22 de mayo; Barcelona (sección 10ª) 242/2019, de 30 de abril].

Las razones anteriormente expresadas para rechazar la subsunción de la sustracción de tarjetas de crédito, de débito y de los cheques de viaje en el delito de hurto resultan extrapolables *mutatis mutandis* a los delitos de robo y apropiación indebida.

Con anterioridad a la introducción del delito tipificado en el art. 249.2.b) CP por la LO 14/2022, la mera sustracción con ánimo de ulterior utilización defraudatoria de las tarjetas de crédito o débito, todo lo más, podía ser considerada un acto preparatorio de la modalidad de fraude castigado en el art. 248.2.c) CP. Acto preparatorio impune, a excepción de los supuestos de provocación, conspiración y proposición (art. 269 CP) y, sin perjuicio del castigo que pudiera merecer la lesión de otros bienes jurídicos, tales como la integridad física o la libertad, que pudieran haber sido menoscabados en el curso del ilícito apoderamiento.

Debe insistirse, aun a riesgo de incurrir en reiteraciones, que la sustracción de las tarjetas de crédito o débito, de los cheques de viaje o de cualesquiera otros instrumentos de pago de análogas características, no seguida de su ulterior utilización fraudulenta, debe reputarse objetivamente inidónea para generar un perjuicio patrimonial y, por consiguiente, debe considerarse manifiestamente inocua para el bien jurídico protegido por los delitos de hurto y robo, incluso para el caso de que la víctima se viera obligada a abonar alguna cuantía al objeto de obtener una nueva tarjeta o como consecuencia de su sustracción. Al hilo de lo anterior, debe recordarse que en el ámbito de la delincuencia patrimonial la doctrina y la jurisprudencia han venido distinguiendo de forma unánime entre el

«perjuicio típico» o el «valor de lo defraudado» y el perjuicio civilmente indemnizable (STS 310/2020, de 15 de junio; AATS 377/2023, de 20 de abril; 15/2023, de 7 de diciembre de 2022; 324/2022, de 17 de marzo).

Atendiendo a los anteriores razonamientos, las y los fiscales reputarán atípicas las meras sustracciones de las tarjetas de crédito y débito, los cheques de viaje u otros instrumentos de pago distintos del efectivo que no cuenten con valor económico intrínseco, esto es, cuya sustracción no sea susceptible de producir por sí sola un perjuicio patrimonial al sujeto pasivo de la infracción.

Puede concluirse, por consiguiente, que en aquellos supuestos en los que la sustracción simultánea de una tarjeta de crédito o débito, ejecutada sin el propósito de su ulterior utilización fraudulenta, se realice junto con la de otros objetos que sí cuentan con valor económico, los hechos deberán ser exclusivamente calificados, según proceda, como hurto o robo. En tales casos, no se apreciará concurso alguno entre la sustracción del instrumento de pago y el de los restantes objetos aprehendidos por el sujeto activo del delito por la sencilla razón de que el ilícito apoderamiento del referido instrumento deberá considerarse atípico.

Por el contrario, cuando en el curso de la sustracción simultánea de un medio de pago distinto del efectivo y de otros objetos dotados de valor económico el sujeto activo también obre con el propósito de usar fraudulentamente el instrumento de pago, se apreciará un concurso ideal entre los delitos de hurto o robo y el delito de estafa impropia del art. 249.2.b) CP.

Existe consenso acerca de la dificultad para distinguir entre el concurso de normas y el concurso de delitos en supuestos límite. Las dudas expresadas por la Fiscalía consultante a propósito de la relación que debe apreciarse entre los

delitos de hurto o robo y el delito de estafa impropia del art. 249.2.b) CP dan buena cuenta de la complejidad del supuesto de hecho analizado.

En opinión unánime de la doctrina y la jurisprudencia española, la actual configuración del concurso de normas se encuentra estrechamente conectada con la vertiente material del principio *non bis idem* (vid. SSTS 448/2023, de 14 de junio; 213/2023, de 23 de marzo; 209/2023, de 22 de marzo; 958/2022, de 15 de diciembre). Tal y como se ha manifestado por un autorizado sector de la doctrina, se habla de concurso de leyes o de normas cuando una o varias acciones son simultáneamente subsumibles en dos o más preceptos penales de los que, en realidad, tan solo uno puede aplicarse, pues su aplicación conjunta vulneraría la prohibición de doble castigo.

A grandes rasgos, puede afirmarse que la vertiente material del principio *non bis in idem* (art. 25.1 CE) se traduce en la prohibición de sancionar o castigar dos veces una misma conducta para el caso de apreciarse la consabida identidad de hechos, sujetos y fundamento punitivo. Principio que, a su vez, se encuentra estrechamente conectado con el de proporcionalidad (vid. STC 47/2022, de 24 de marzo).

La doctrina y la jurisprudencia han interpretado de forma unánime que la identidad en el fundamento punitivo será apreciada en los supuestos en los que alguna de las figuras delictivas comprendidas en el concurso capte por completo el desvalor del hecho que constituye objeto de enjuiciamiento. En tales casos, resultará preceptiva la apreciación de un concurso de normas entre las diversas infracciones en juego.

En palabras de la STS 209/2023, de 22 de marzo, «el concurso de normas implica, por definición, una unidad valorativa frente al hecho cometido, de suerte que la aplicación de uno solo de los tipos que convergen es suficiente para agotar

todo el desvalor jurídico-penal que puede predicarse de la infracción. Encuentra su fundamento en el principio de proporcionalidad, en la suficiencia de uno de los preceptos para la correcta y plena valoración jurídico-penal» (*vid.* SSTs 140/2023, de 1 de marzo; 662/2022, de 30 de junio; 397/2022, de 21 de abril; 300/2022, de 24 de marzo; 207/2022, de 9 de marzo; 935/2021, de 1 de diciembre; 351/2021, de 28 de abril; 316/2021, de 15 de abril).

Pese a que se trata de una cuestión no exenta de matices, puede afirmarse que el bien jurídico protegido por el art. 249.2.b) CP se identifica con el patrimonio del sujeto pasivo de la infracción. Conclusión que no se ve alterada por el hecho de que la introducción de esta nueva modalidad delictiva obedezca al propósito de reforzar los mecanismos de lucha contra el crimen organizado y, muy especialmente, de implementar nuevas medidas de protección del mercado digital, tal y como expresan los considerandos 2 y 7 de la Directiva (UE) 2019/713, de 17 de abril de 2019. Idéntica conclusión puede predicarse de las modalidades de estafa impropia tipificadas en los arts. 249.1.b) y 249.3 CP.

El mercado, el comercio digital o la confianza de los usuarios en los instrumentos de pago distintos del efectivo pueden llegar a considerarse, en su caso, como un bien jurídico mediato tutelado por las distintas modalidades de estafa castigadas por el art. 249 CP. Este bien jurídico, en consonancia con la *voluntas legislatoris* plasmada en la Directiva, contribuiría a reforzar el fundamento axiológico que autoriza la incriminación de las diversas modalidades sancionadas en el art. 249 CP, cumpliendo, además, una valiosa función hermenéutica.

Como ya hemos dicho, del tenor literal del precepto examinado se infiere que la conducta castigada en el art. 249.2.b) CP no constituye sino un mero acto preparatorio, elevado a la categoría de delito autónomo, de la utilización fraudulenta de instrumentos de pago distintos del efectivo del art. 249.1.b) CP, que tiene como principal objeto tutelar el patrimonio del sujeto pasivo de la

infracción, que se erige en bien jurídico inmediato. En puridad, se trata de una conducta castigada en similares términos en el art. 248.2.c) CP anterior a la reforma ahora examinada. Aunque se ha visto ampliado el objeto material del delito, que ahora se extiende a cualesquiera instrumentos de pago distintos del efectivo, no se aprecian modificaciones en la estructura típica que justifiquen una mutación del bien jurídico protegido que en las modalidades de estafa impropia del derogado art. 248.2 CP se identificó con el patrimonio del sujeto pasivo de la infracción (*vid.* SSTS 622/2013, de 9 de junio; 264/2017, de abril; 509/2018, de 26 de octubre; 838/2023, de 16 de noviembre).

Dicho extremo presupone la identidad de los bienes jurídicos tutelados por ambas modalidades típicas [arts. 249.1.b) y 249.2.b) CP]. No en vano, el fundamento del castigo del acto preparatorio reside en el incremento del riesgo de lesión del bien jurídico tutelado por el delito-fin.

Al hilo de lo anterior, no parece ocioso subrayar que la estafa impropia castigada por el art. 249.1.b) CP se configura como un delito de resultado cuya consumación exige la causación de un perjuicio material efectivo, que en opinión unánime de la doctrina y la jurisprudencia —en relación con el art. 248.2.c) en su versión anterior a la reforma operada por la LO 14/2022—, debe tener naturaleza económica o patrimonial.

Los anteriores razonamientos permiten concluir que los delitos de hurto y robo y las modalidades de estafa castigadas en los arts. 249.1.b) y 249.2.b) CP tutelan principalmente idéntico bien jurídico: el patrimonio. Todo ello sin perjuicio de que el mercado, el comercio digital o la confianza de los usuarios en los instrumentos de pago distintos del efectivo puedan operar a modo de bien jurídico mediato de carácter supraindividual.

En aquellos supuestos en los que una sola acción infringe varios preceptos penales, se ha venido entendiendo que la delimitación del bien jurídico protegido constituye el criterio rector a la hora de diferenciar entre el concurso de normas y el concurso de delitos. Usualmente, la jurisprudencia ha sostenido que la identidad de bien jurídico entre las distintas infracciones exige la apreciación de un concurso de normas a resolver con arreglo a las reglas fijadas en el art. 8 CP (*vid.* SSTS 397/2022, de 21 de abril; 527/2021, de 16 de junio; 39/2020, de 6 de febrero; 807/2017, de 11 de diciembre; 194/2017, de 17 de marzo).

Con todo, la presencia de un mismo bien jurídico protegido no constituye, según un autorizado sector, un criterio que por sí solo permita afirmar que alguna de las infracciones comprendidas en el concurso capte la completa significación antijurídica del hecho ejecutado.

En nuestra opinión, ni el delito de hurto capta el total desvalor de la modalidad de estafa castigada en el art. 249.2.b) CP ni, en sentido inverso, ésta atrae la total significación antijurídica del delito de hurto. Idénticas consideraciones son predicables a propósito de la relación entre el delito de sustracción de instrumentos de pago distintos del efectivo y los delitos de robo y de apropiación indebida.

Ninguna de las reglas concursales previstas en el art. 8 CP resulta idónea para resolver la problemática concursal que nos encontramos analizando:

i) Respecto al principio de especialidad (*lex specialis derogat legi generali*), debe rechazarse que el delito de sustracción de los instrumentos de pago distintos del efectivo constituya una modalidad delictiva más especial. En opinión de la doctrina y la jurisprudencia mayoritarias, un precepto se considerará más especial (art. 8.1 CP) cuando, además de reunir todos los elementos objetivos y subjetivos de los restantes tipos en concurso, contenga un elemento adicional

que lo convierta en más específico o concreto. En palabras de la STS 39/2020, de 6 de febrero, «todo hecho subsumido en el tipo del precepto especial también se subsume en el tipo del precepto general, pero no a la inversa».

La modalidad defraudatoria del art. 249.2.b) CP no concita la totalidad de los elementos objetivos y subjetivos de los delitos de hurto o robo, pues la descripción del objeto material no resulta coincidente. Mientras que en el hurto y el robo el objeto material del delito puede consistir en cualquier cosa mueble económicamente evaluable, el objeto material de la sustracción fraudulenta del art. 249.2.b) CP se circunscribe a las tarjetas de crédito y débito, a los cheques de viaje y, en general, a los medios o instrumentos de pago distintos del efectivo que reúnan las características expuestas en el epígrafe 4 de la presente Consulta.

Los delitos de hurto y robo exigen que la sustracción acarree la efectiva producción de un menoscabo patrimonial para la víctima del delito, lesión que el art. 249.2.b) CP ni exige ni permite, pues esta modalidad delictiva se configura como un delito de peligro hipotético o abstracto-concreto que tutela el riesgo de ulterior ejecución de una nueva acción delictiva, en concreto, del delito de utilización de instrumentos de pago distintos del efectivo del art. 249.1.b) CP. Además, se ejecuta sobre un objeto material cuya mera sustracción, no acompañada de su ulterior utilización fraudulenta, es inidónea para generar un efectivo perjuicio patrimonial.

A mayor abundamiento, la doctrina mayoritaria ha entendido que la conducta descrita en el art. 249.2.b) CP, al igual que la tipificada en el art. 249.1.b) CP, no incorporan como elemento subjetivo del injusto el ánimo de lucro, sino que únicamente exigen que el agente obre con *animus fraudandi*, circunstancia que, de admitirse, permitiría concluir que ambos preceptos tienen un mismo nivel de especialidad.

ii) Tampoco el principio de subsidiariedad (*lex primaria derogat legi subsidiariae*) del art. 8.2 CP parece ofrecer solución a esta problemática concursal.

El principio de subsidiariedad únicamente opera en aquellos supuestos en los que la aplicación de una figura delictiva se condiciona a que un hecho no sea simultáneamente subsumible en otro tipo penal, al que se considera principal. Dicho principio exige la constatación de una relación de subordinación valorativa entre los preceptos en liza.

Tal y como se indica en la STS 39/2020, de 6 de febrero, «la relación de subsidiariedad se establece entre dos preceptos penales, uno de los cuales -el subsidiario- solo resultará aplicable en caso de que no entre en juego el otro -el principal-». Un precepto se considera principal cuando la descripción típica, a pesar de no reunir la totalidad de los elementos típicos del considerado subsidiario, es más precisa y capta con mayor detalle el supuesto de hecho.

La aplicación de la modalidad típica del art. 249.2.b) CP no se encuentra subordinada a la posibilidad de que los hechos no sean simultáneamente subsumibles en los delitos de hurto o robo. Lo mismo sucede en sentido inverso. Se trata de modalidades delictivas que ostentan sustantividad propia, pues constituyen infracciones heterogéneas que se ciernen sobre objetos materiales distintos.

iii) En cuanto al principio de consunción (*lex consumens derogat legi consumptae*), la STS 351/2021, de 28 de abril, precisa que «la relación de consunción prevista en el art. 8.3 CP exige, en sintonía con la idea central de todo concurso aparente de normas, que el desvalor de uno de los tipos aparezca incluido en el otro». Dicho entre otras palabras, que la desaprobación de una conducta (*lex consumens*) abarque el desvalor de otro comportamiento descrito y penado en otro precepto penal (*lex consumpta*). Esta relación de consunción,

más que ningún otro supuesto concursal, impone que el examen entre los tipos penales que convergen en la subsunción se verifique, no en abstracto, desde una perspectiva formal, sino atendiendo a las acciones concretas desarrolladas por el acusado, puesto que las soluciones de consunción no admiten un tratamiento generalizado. Mediante este principio encuentran solución, tanto los casos en que al tiempo que se ejecuta un tipo penal se comete simultáneamente otro delito -hecho acompañante- y aquellos otros en los que se comete un segundo delito con el fin de asegurar o aprovecharse de los efectos de un delito -hecho posterior impune o acto copenado-» (vid. SSTs 906/2021, de 24 de noviembre y 892/2021, de 18 de noviembre).

La posibilidad de apreciar la consunción exige que ninguna parte del injusto quede fuera o al margen del tipo penal (SSTs 934/2022, de 30 de noviembre; 683/2022, de 7 de julio; 701/2021, de 16 de diciembre; 527/2021, de 16 de junio). La relación de consunción presupone que alguna de las modalidades delictivas capta el total desvalor del hecho por hallarse las restantes infracciones en una relación cuantitativa de inferioridad (SSTs 683/2022, de 7 de julio; 701/2020, de 16 de diciembre; 409/2020 de 20 de julio; 86/2020, de 3 de marzo).

Por consiguiente, debe rechazarse que el delito de hurto o el de robo se encuentren en una relación cuantitativa de inferioridad respecto del delito de sustracción, apropiación o adquisición ilícita de instrumentos de pago del art. 249.2.b) CP. Para que ello tuviera lugar sería imprescindible una mínima coincidencia del objeto material de las distintas infracciones.

Por lo demás, parece fuera de toda duda que la modalidad típica del art. 249.2.b) CP es inidónea para captar el completo desvalor del resultado de los delitos de hurto y robo, pues se trata de una modalidad de peligro incapaz de absorber el resultado material propio de aquellos, consistente en un efectivo perjuicio patrimonial para la víctima.

En sentido contrario, parece aún más evidente, si cabe, que los delitos de hurto y robo no consumen la completa significación antijurídica de la estafa impropia del art. 249.2.b) CP, pues no absorben el riesgo de ulterior utilización fraudulenta de los instrumentos de pago distintos del efectivo que se erigen en objeto material de este delito. En definitiva, los delitos de hurto y robo no constituyen preceptos más complejos o amplios en cuyo seno quede ya comprendido el desvalor de la acción y del resultado que fundamentan lo injusto penal de la modalidad castigada en el art. 249.2.b) CP.

Los anteriores argumentos se ven reforzados, desde una óptica lógico-sistemática, por el hecho de que lo contrario conduciría inexorablemente a soluciones difíciles de justificar. Así, por ejemplo, en aquellos supuestos en que el valor total de los objetos sustraídos resultare igual o inferior a 400 euros la pena a imponer pasaría de la pena de prisión de seis meses a tres años a la pena de multa de uno a tres meses. Algo similar sucedería en los supuestos en que la conducta pasara a ser calificada con arreglo al tipo básico de hurto del art. 234.1 CP. Soluciones que claramente contrariarían las obligaciones dimanantes de la Directiva (UE) 2019/713, de 17 de abril, y que, por tanto, estarían en abierta contradicción con el fundamento y fin de la reforma.

iv) El principio de alternatividad (art. 8.4 CP) opera como cláusula de cierre del sistema a fin de salvaguardar la vigencia del principio *ne bis in idem* en los supuestos en los que, a pesar de apreciarse identidad de sujeto, objeto y fundamento punitivo entre diversas infracciones, el concurso entre todas ellas no pueda ser resuelto con arreglo a los principios de especialidad, subsidiariedad o consunción.

La aplicación del principio de alternatividad debe rechazarse toda vez que los delitos de hurto, robo y sustracción, apropiación o adquisición ilícita de

instrumentos de pago tienen un distinto fundamento punitivo, por más que los tres se dirijan, en última instancia, a tutelar el mismo bien jurídico.

Ninguna de las infracciones comprendidas en el concurso es capaz de captar por completo el desvalor del hecho, pues el fundamento punitivo que justifica su incriminación resulta diverso. En definitiva, a pesar de tratarse todas ellas de infracciones de carácter patrimonial, la forma de atacar al bien jurídico protegido es claramente distinta.

A diferencia de los delitos de hurto y robo, en los que la lesión del bien jurídico trae causa de la sustracción de activos ya integrados en el patrimonio del sujeto pasivo de la infracción, en las modalidades de estafa impropia del art. 249.1.b) CP la lesión puede traer causa tanto de la sustracción de activos patrimoniales como de la generación de nuevas obligaciones que, por efecto de la acción fraudulenta, pasan a integrarse en el pasivo del patrimonio de la víctima (*v. gr.* cuando se efectúan compras a crédito).

Al hilo de lo anterior, debe concluirse que el riesgo de lesión patrimonial castigado por los arts. 249.2.b) y 249.3 CP no queda agotado con la sanción de los delitos de hurto o robo.

El riesgo o peligro que fundamenta lo injusto penal de la estafa impropia del art. 249.2.b) CP trasciende al resultado típico de los delitos de hurto y robo, es decir, al perjuicio patrimonial derivado de la aprehensión de las cosas muebles que constituyen el objeto material del delito. Asimismo, los riesgos derivados de la ilícita tenencia de instrumentos de pago distintos del efectivo no se agotan, por lo general, tras su uso fraudulento. Con frecuencia, la utilización ilícita puede reiterarse, subsistiendo por consiguiente el peligro de lesión patrimonial.

De ahí que, con carácter mayoritario, se haya considerado que los delitos de hurto y robo y la utilización fraudulenta de tarjetas constituyen infracciones heterogéneas, no admitiéndose el concurso de normas o la continuidad delictiva entre ellas [vid. SSTS 942/2011, de 21 de septiembre; 1104/2007, de 20 de diciembre; SSAP Tenerife (sección 6ª) 291/2023, de 30 de marzo; Madrid (15ª) 257/2022, de 25 de abril; Tenerife (sección 6ª) 230/2022, de 2 de junio; Pontevedra (sección 5ª) 216/2020, de 9 de octubre; Barcelona (Sección 8ª) 161/2019, de 26 de marzo].

Por otro lado, el delito del art. 249.2.b) CP no capta el completo desvalor del resultado de los delitos de hurto y robo, pues no sanciona el efectivo perjuicio patrimonial ocasionado. Nótese que, para el caso de considerarse de preferente aplicación este precepto frente al hurto podrían producirse dificultades en orden a fundamentar la condena en materia de responsabilidad civil, pues el precepto desplazado únicamente puede operar al objeto de individualizar la pena.

Por consiguiente, las y los fiscales sostendrán en sus calificaciones jurídicas que, en los supuestos que constituyen objeto de la presente consulta, la relación concursal entre los delitos de hurto o robo y las modalidades de estafa impropia de los arts. 249.2.b) y 249.3 CP es la del concurso ideal (art. 77.1 y 2 CP).

Esta calificación jurídica garantiza la proporcionalidad de la respuesta penal y la coherencia lógico-sistemática entre los delitos de hurto y robo y las modalidades de estafa analizadas.

Distinto tratamiento merece aquel supuesto en el que el responsable del delito comine a la víctima, con ánimo de obtener un lucro, a hacer uso del instrumento de pago en contra de su voluntad. Así, por ejemplo, cuando se la exhorta con intimidación a teclear la clave o número *pin* o a extraer el dinero y entregarlo al autor del delito. A propósito de esta cuestión, la STS 615/2019, de 1 de

diciembre, precisa lo siguiente que resulta de interés: «en la jurisprudencia que invoca el recurrente, cuando se produce el apoderamiento de metálico en el cajero con la tarjeta ajena, generalmente la intimidación o la violencia ya han cesado. Lo que no acontece en autos, donde la situación de inconsciencia, entre otras consecuencias, generada por la intoxicación dolosamente generada persiste, situaciones de violencia que se proyectan sobre todas estas sustracciones y determina su calificación por el tipo más grave, el robo violento. Piénsese en la situación en la que los autores se hacen acompañar de la víctima al cajero, hasta ver si el pin que les facilitó de la tarjeta violentamente sustraída, al utilizarla ellos, es el correcto. Es decir, lo fundamental es determinar si cuando se extrae el dinero del cajero persiste la violencia o intimidación, pues entonces no cabe calificar como estafa asimilada».

En estos supuestos se apreciará un concurso de normas (art. 8.4 CP) entre el delito de robo con violencia o intimidación (art. 242 CP) y la estafa impropia del art. 249.1.b) CP, siempre que entre la violencia o intimidación y la utilización del medio de pago medie un grado conexidad espacio-temporal que justifique apreciar que los hechos han sido ejecutados en unidad de acción (*vid.* STS 615/2019, de 1 de diciembre).

En tales casos, las/los fiscales apreciarán un concurso de normas entre los delitos de robo con violencia o intimidación (art. 242 CP) y de uso fraudulento de instrumentos de pago distintos del efectivo [art. 249.1.b) CP] a resolver, con arreglo al principio de alternatividad (art. 8.4 CP), en favor de la modalidad delictiva más gravemente penada. A tal fin, debe recordarse la posibilidad de apreciar el subtipo agravado de estafa del art. 250 CP cuando concurren los presupuestos para ello.

## **7. Progresión delictiva: relación entre los arts. 249.1.b) y 249.2.b) CP**

Los actos preparatorios punibles constituyen acciones encaminadas a la futura perpetración de un delito. Su consumación no implica, sin embargo, el inicio de la ejecución del delito-fin al que se encuentran instrumentalmente conectados y cuya ulterior ejecución se persigue o se trata de facilitar. Por ello, se ha señalado que los actos preparatorios punibles se caracterizan por ser actos de favorecimiento o facilitación valorativamente dependientes del delito-fin en cuestión.

El castigo de los actos preparatorios punibles encuentra su fundamento en la especial peligrosidad que su ejecución supone para el bien jurídico tutelado por el delito-fin. Se trata de supuestos excepcionales que, en opinión del legislador, merecen ser castigados, a pesar de que el riesgo de lesión para el bien jurídico protegido resulte aún lejano.

La consumación del delito de utilización fraudulenta de instrumentos de pago distintos del efectivo del art. 249.1.b) CP absorbe por completo el desvalor de la conducta del art. 249.2.b) CP. La utilización del instrumento de pago sustraído, apropiado o ilícitamente adquirido y la consiguiente producción de un perjuicio patrimonial que describe el art. 249.1.b) CP no supondrán sino la cristalización del riesgo que trata de tutelar la modalidad típica del art. 249.2.b) CP. Se trata, por consiguiente, de un supuesto de progresión delictiva que la jurisprudencia mayoritaria resuelve con arreglo al principio de consunción del art. 8.3 CP (*vid.* SSTS 142/2023, de 1 de marzo; 934/2022, de 31 de noviembre; 683/2022, de 7 de julio; 745/2021, de 6 de octubre; 701/2020, de 16 de diciembre; 116/2019, de 5 de marzo).

No obstante, en opinión de la doctrina mayoritaria, los supuestos de progresión delictiva como el ahora examinado deben resolverse con arreglo al principio de

subsidiariedad del art. 8.2 CP. Solución que, en nuestra opinión, es preferible, pues los preceptos que castigan actos preparatorios y formas imperfectas de ejecución deben considerarse subsidiarios o residuales frente a los que castigan las formas consumadas.

Más compleja se antoja la solución que debe ofrecerse cuando la utilización fraudulenta del instrumento de pago se ejecute por un tercero a quien el autor del delito del art. 249.2.b) CP le hubiera hecho previamente entrega. Es decir, los casos en los que el autor de la conducta descrita en el art. 249.2.b) CP no intervenga, a su vez, como autor del delito del art. 249.1.b) CP. Se trata de un supuesto de hecho particularmente complejo a la vista de la equiparación punitiva entre ambas modalidades típicas.

A propósito de esta cuestión, debe comenzar por precisarse que el art. 249.2.b) CP no exige que la sustracción, apropiación o ilícita adquisición sean realizadas con el fin de proceder a su personal utilización fraudulenta por el sujeto activo del delito. Esta restricción no solo no resulta del tenor literal del precepto, sino que tampoco parece justificarse desde una perspectiva teleológica. El apoderamiento del medio de pago para su ulterior uso fraudulento no presenta distinto desvalor de acción o de resultado en función de que el autor del ilícito apoderamiento o apropiación tenga intención de ejecutar personalmente la conducta del art. 249.1.b) o, por el contrario, simplemente pretenda favorecer su comisión por un tercero.

Idéntica conclusión se alcanza, a la vista del tenor del art. 249.3 CP, desde una vertiente lógico-sistemática. Este precepto, al igual que el art. 249.2.b) CP, también emplea la locución «los que, para su utilización fraudulenta» y, sin embargo, castiga de forma expresa a quienes «transfieran, distribuyan o pongan a disposición de terceros» las tarjetas, cheques de viaje y demás instrumentos de pago distintos del efectivo que se erigen en objeto material del delito. Dicho

extremo permite concluir que la expresión «para su utilización fraudulenta» no circunscribe la aplicación de la norma a los supuestos en los que el sujeto activo obre con el propósito de cometer de forma personal la defraudación, sea de forma mediata o inmediata.

La entrega a un tercero de alguno de los referenciados instrumentos de pago al objeto de que por este se realice un uso fraudulento, seguida de su utilización y efectiva causación de un perjuicio económico, es susceptible de ser simultáneamente calificada con arreglo a los arts. 249.2.b) o 249.3 CP, a título de autoría, y, a su vez, como cooperación necesaria al tipo penal del art. 249.1.b) CP. Con independencia de la tesis que se asuma (*conditio sine qua non*, bienes escasos, dominio del hecho o una conjunción de todas ellas), esta conducta debe considerarse como un acto esencial de favorecimiento imprescindible para la producción del perjuicio patrimonial que constituye el resultado material del tipo descrito en el art. 249.1.b), acto causalmente conectado a la producción de dicho resultado que, a la postre, se identifica con la entrega de un objeto que debe conceptualizarse como bien escaso.

En estos supuestos, resulta ciertamente complejo discernir si el concurso de normas concurrente debe resolverse con arreglo al principio de subsidiariedad (art. 8.2 CP) o al de alternatividad (art. 8.4 CP).

En favor de la primera opción, basta con atender a los argumentos antes ofrecidos a propósito del tratamiento de los supuestos de progresión delictiva. No obstante, el supuesto que ahora se examina presenta importantes matices que pudieran poner en tela de juicio la automática extrapolación de las razones antes aducidas al objeto de aplicar el principio de subsidiariedad.

Debe recordarse que en los supuestos de cooperación necesaria el cooperador no ejecuta un hecho propio, sino que se limita favorecer de forma relevante el

injusto típico atribuido al autor del delito. Su responsabilidad es, por consiguiente, accesoria de la del sujeto activo del delito. De ahí que sea posible hallar diferencias cualitativas que, incluso, pueden alcanzar a la intensidad del grado de antijuridicidad. Diferencias que, fundamentalmente afectarían al desvalor de acción y que permitirían poner en duda la plena absorción del desvalor por alguna de las modalidades delictivas en liza: el cooperador no domina el hecho en términos equivalentes al autor.

Por consiguiente, en tales supuestos las y los fiscales calificarán dicha relación concursal con arreglo al art. 8.4 CP y, subsidiariamente, conforme al art. 8.2 CP.

Por último, debe abordarse la relación concursal entre las infracciones objeto de análisis en el presente epígrafe en aquellos supuestos en los que, tras la consumación del delito del art. 249.2.b) CP, la utilización fraudulenta del instrumento de pago [art. 249.1.b) CP] se ejecute de forma imperfecta, esto es, en grado de tentativa.

En tales casos, la apreciación de un concurso de normas a resolver con arreglo al principio de subsidiariedad, por tratarse de un supuesto de progresión delictiva, pudiera conducir a soluciones difícilmente admisibles, dado que la aplicación del art. 249.1.b) CP se sancionaría, con arreglo al art. 62 CP, con penas notablemente más leves que las que corresponderían para el caso de aplicarse el precepto desplazado, es decir, el art. 249.2.b) CP.

En estos supuestos, la progresión delictiva debe considerarse meramente aparente, pues el resultado lesivo no habrá llegado a producirse. Nos encontramos, por consiguiente, ante dos modalidades de peligro, en que el delito intentado no capta el total desvalor de la acción consistente en la sustracción, apropiación o ilícita adquisición del instrumento de pago. En consecuencia, el concurso se resolverá con arreglo al principio de alternatividad del art. 8.4 CP.

Este criterio ha sido asumido por la jurisprudencia en supuestos análogos (*vid.* SSTS 489/2012, de 12 de junio; 195/2015, de 16 de marzo; 99/2022, de 22 de diciembre; ATS 322/2018, de 8 de febrero).

En definitiva, en estos casos las/los fiscales apreciarán un concurso de normas entre el delito intentado del art. 249.1.b) CP y el delito consumado del art. 249.2.b) CP, a resolver en favor de este último con arreglo al principio de alternatividad (art. 8.4 CP).

## **8. Conclusiones**

**Primera.** La reforma del Código Penal operada en virtud de la Ley Orgánica 14/2022, de 22 de diciembre, ha suprimido la figura del delito leve de estafa informática y del delito leve de utilización fraudulenta de instrumentos de pago distintos del efectivo.

Por consiguiente, cuando el perjuicio ocasionado por la realización de las conductas típicas descritas en los arts. 249.1.a) y 249.1.b) CP no exceda de 400 euros, las/los fiscales efectuarán sus peticiones punitivas con arreglo al marco penológico previsto en el art. 249.1 CP (pena de prisión de seis meses a tres años).

**Segunda.** La sustracción, apropiación o adquisición ilícita de tarjetas de crédito o débito, cheques de viaje o cualesquiera otros medios de pago distintos del efectivo precisan, para incardinarse en el art. 249.2.b) CP, que su ejecución esté presidida por la intención del sujeto activo del delito de proceder a su ulterior utilización fraudulenta. En otras palabras, el precepto exige que el autor del delito obre con el propósito de que el medio de pago ilícitamente aprehendido sea posteriormente empleado en la ejecución del delito del art. 249.1.b) CP.

El propósito o intención de utilizar en el futuro el medio de pago con ánimo defraudatorio trasciende a la realización del tipo, pues opera como elemento subjetivo del injusto.

La presencia en la descripción típica de un elemento subjetivo del injusto como el señalado no constituye un obstáculo que impida admitir el dolo eventual en la ejecución del delito, aun cuando en la práctica se trate de supuestos difícilmente concebibles.

**Tercera.** Entre los delitos de hurto o robo y el delito de estafa impropia del art. 249.2.b) CP debe apreciarse un concurso ideal de delitos (art. 77.1 CP) en aquellos supuestos en los que junto al instrumento de pago distinto del efectivo carente de valor económico se sustraigan otros bienes de distinta naturaleza que sí cuenten con valor económico. En consecuencia, se rechazará la existencia de un concurso de normas entre tales infracciones, atendiendo al distinto fundamento punitivo, la falta de subordinación entre ellas y el hecho de que ninguna capte el íntegro desvalor de las restantes.

**Cuarta.** La consumación del delito de utilización fraudulenta de instrumentos de pago distintos del efectivo del art. 249.1.b) CP absorbe por completo el desvalor de la conducta descrita en el art. 249.2.b) CP cuando ambas modalidades delictivas sean ejecutadas por el mismo autor. En estos casos, la utilización del instrumento de pago sustraído, apropiado o ilícitamente adquirido y la consiguiente producción del perjuicio patrimonial [art. 249.1.b) CP] no supondrán sino la cristalización del riesgo que trata de tutelar la modalidad típica prevista en el art. 249.2.b) CP.

Los supuestos de progresión delictiva se resolverán con arreglo al principio de subsidiariedad (art. 8.2 CP), pues los preceptos que castigan actos preparatorios

y formas imperfectas de ejecución se consideran subsidiarios o residuales frente a los que castigan las formas consumadas.

**Quinta.** Cuando, tras la consumación del delito del art. 249.2.b) CP, la utilización fraudulenta del instrumento de pago [art. 249.1.b) CP] se ejecute de forma imperfecta, esto es, en grado de tentativa, la progresión delictiva se considerará meramente aparente, pues el resultado lesivo no habrá llegado a producirse. Nos encontramos ante dos modalidades de peligro en las que el delito intentado no capta el total desvalor de la acción consistente en la sustracción, apropiación o ilícita adquisición del instrumento de pago. En consecuencia, el concurso se resolverá con arreglo al principio de alternatividad del art. 8.4 CP.

En razón de todo lo expuesto, con el propósito de cumplir con las obligaciones que impone nuestro ordenamiento jurídico al Ministerio Público, las/los fiscales se atenderán en lo sucesivo a las prescripciones de la presente consulta.

Madrid, a 21 de marzo de 2024

EL FISCAL GENERAL DEL ESTADO



Fdo. Alvaro García Ortiz