

CIRCULARES, CONSULTAS E INSTRUCCIONES DE LA FISCALÍA GENERAL DEL ESTADO(1)

ÁNGELA CASALS FERNÁNDEZ

Profesora Doctora Adjunta de Derecho Penal y Derecho Penitenciario
Universidad CEU San Pablo

CONSULTA 1/2024, DE 21 DE MARZO, SOBRE ALGUNAS CUESTIONES RELACIONADAS CON LA UTILIZACIÓN FRAUDULENTE DE INSTRUMENTOS DE PAGO DISTINTOS DEL EFECTIVO

INDICE: 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 artículo 249.2.b) CP.–5. Objeto material del delito de sustracción, apropiación o ilícita adquisición de instrumentos de pago del artículo 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 artículo 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

(1) Disponible en: <https://www.fiscal.es/documentación>

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 artículo 249.1.a) CP y de uso fraudulento de medios de pago distintos del efectivo del artículo 249.1.b) CP?
- ii) El delito de estafa del artículo 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 artículo 249.2.b) CP, ¿cuál es la relación concursal?
- iv) Una vez consumada la conducta descrita en el artículo 249.2.b) CP, ¿debe ser castigada de forma autónoma la ulterior utilización fraudulenta del instrumento de pago?

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 artículo 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 artículo 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 artículo 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 artículo 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 artículo 249.1.b) CP absorbe por completo el desva-

lor de la conducta descrita en el artículo 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 a 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 artículo 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 artículo 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 artículo 8.4 CP.

CONSULTA 2/2024, DE 3 DE ABRIL, SOBRE EL DELITO DE PROPAGANDA ELECTORAL EXTEMPORÁNEA

ÍNDICE: 1. Planteamiento y objeto de la consulta.–2. Consideraciones preliminares.–3. Especial referencia a los conceptos de «campana electoral» y «propaganda electoral».–4. Bien jurídico protegido.–5. Sujeto activo del delito.–6. Conducta típica. 6.1 Delito de peligro. 6.2 Tipo subjetivo.–7. Propaganda electoral y redes sociales.–8. Criterios de delimitación entre el delito y la infracción electoral.–9. Conclusiones.

1. PLANTEAMIENTO Y OBJETO DE LA CONSULTA

El artículo 144.1.a) de la Ley Orgánica 5/1985, de 19 de junio, del Régimen Electoral General (en adelante LOREG), castiga con la pena de prisión de tres meses a un año o multa de seis a veinticuatro meses a quienes realicen actos de propaganda electoral una vez finalizado el plazo de la campaña electoral.

La Fiscalía consultante se dirige a la Fiscalía General del Estado al objeto de expresar sus dudas a propósito de la calificación jurídica que merece la publicación en redes sociales de mensajes electorales durante la jornada de reflexión.

En particular, se pone de relieve la existencia de criterios jurisprudenciales oscilantes y la inexistencia de pautas interpretativas sólidas que permitan delimitar con la deseable seguridad jurídica entre el delito de propaganda electoral extemporánea y la infracción electoral sancionada en el artículo 153.1 LOREG.

A pesar de que en los últimos años ha proliferado la publicación de mensajes con contenido electoral tras la finalización de la campaña, principalmente como consecuencia de la generalización del uso de las redes sociales, no existen pautas que permitan delimitar los respectivos ámbitos de aplicación del delito de propaganda electoral extemporánea del artículo 144.1.a) LOREG y la infracción del artículo 153.1 LOREG.

Ciertamente, se trata de una cuestión a la que se ha prestado escasa atención, constatándose la existencia de disparidad de opiniones. Ello revela la oportunidad de impartir criterios de actuación que garanticen la unidad de actuación del Ministerio Fiscal en este ámbito.

9. CONCLUSIONES

Primera. El delito de propaganda electoral extemporánea tipificado en el artículo 144.1.a) LOREG consiste en ejecutar actos de propaganda tras la finalización de la campaña electoral. En consecuencia, solo los actos de propaganda realizados tras la finalización de la campaña electoral son susceptibles de subsumirse en el artículo 144.1.a) LOREG. En otras palabras, solo tienen encaje típico los actos desarrollados durante la denominada «jornada de reflexión» y la jornada electoral.

Segunda. Con arreglo a lo dispuesto en el artículo 51.2 y 3 LOREG, de aplicación directa a las elecciones de diputados y senadores de las Cortes Generales, de los miembros de las corporaciones locales, de las asambleas legislativas de las comunidades autónomas y de los diputados del Parlamento Europeo, la campaña electoral dura quince días y finaliza, en todo caso, a las cero horas del día inmediatamente anterior a la votación.

Tercera. La realización de actos de propaganda electoral consiste en difundir o divulgar mensajes dirigidos a persuadir al electorado con la finalidad de captar votos, siempre que la actividad desarrollada resulte idónea para alcanzar una mínima proyección pública.

No parece razonable, por tanto, extender el concepto de «propaganda electoral» a los actos que, a pesar de ser idóneos para influir en el resultado electoral, no supongan petición de voto en favor de una candidatura o de una opción política.

Las críticas a los candidatos o a las candidaturas, incluso en caso de emplearse expresiones descalificadoras, no se considerarán propaganda electoral si no se dirigen a captar el voto. Tampoco se atribuirá tal condición a los mensajes que se efectúen en el marco de conversaciones privadas o en un contexto íntimo, incluso cuando en el curso de la interlocución se llegara a solicitar de forma expresa el voto en favor de un determinado candidato u opción política.

El mero hecho de disuadir al cuerpo electoral de votar en favor de un concreto partido, coalición o federación, es decir, de persuadir para que no se vote a una determinada opción política, no implica necesariamente la realización de un acto de persuasión dirigido a captar el sufragio para un candidato alternativo. De ahí que las llamadas a la abstención o a la emisión de voto en blanco tampoco deban ser consideradas propaganda electoral a los efectos de la LOREG.

Cuarta. El delito de realización de propaganda electoral extemporánea se configura como un delito común que puede ser ejecutado por cualquier persona. Constituye, asimismo, un delito de mera actividad, de resultado cortado y de tendencia interna trascendente que exige la concurrencia en el sujeto activo del delito de la intención de lograr captar el voto del electorado pero que, sin embargo, no precisa para su consumación de la efectiva producción de un concreto resultado material, esto es, de la efectiva captación del voto.

Quinta. Los principios de intervención mínima y de fragmentariedad del derecho penal, así como los de ofensividad y proporcionalidad, que operan como principios limitadores de la reacción penal, impiden considerar que cualquier contravención del artículo 53 LOREG merezca ser elevada a la categoría de delito.

Por consiguiente, las/los fiscales rechazarán las interpretaciones que conciben el delito del artículo 144.1.a) LOREG como un ilícito meramente formal en cuya configuración se prescinde de la concreta ofensividad de la conducta y, en consecuencia, se elude toda referencia acerca de la antijuridicidad material bien por considerarse este un elemento intrascendente, bien por presumirse su concurrencia. Por consiguiente,

únicamente se considerarán delictivas las conductas que lesionen o pongan en peligro de modo grave el bien jurídico protegido por el artículo 144.1.a) LOREG.

Sexta. La valoración sobre la aptitud del acto de propaganda electoral para lesionar gravemente el bien jurídico protegido por el artículo 144.1.a) LOREG se realizará caso por caso, sin que sea posible determinar de antemano las concretas circunstancias o elementos que deben ser evaluados, a la vista de los innumerables factores susceptibles de ser tomados en consideración.

Las/los fiscales prestarán especial atención a los siguientes extremos a la hora de examinar la concreta afectación para el derecho de sufragio en su vertiente activa y pasiva, esto es, a los derechos de participación política (art. 23.1 CE) y de acceso a los cargos públicos (art. 23.2 CE):

i) El grado de difusión que era previsible que el acto de propaganda alcanzase. Cuanto mayor sea la difusión, mayores posibilidades de que el mensaje logre su objetivo y consiga captar el voto.

Con carácter general, las redes sociales son herramientas idóneas para lograr una amplia difusión de los mensajes propagandísticos. Las nuevas tecnologías y, en especial, las redes sociales intensifican de forma exponencial las posibilidades de alcanzar a un amplio e indeterminado número de destinatarios.

ii) El número de actos de propaganda efectuados por el sujeto, individualmente o de forma concertada, con infracción del artículo 53 LOREG.

iii) El hecho de que el acto de propaganda forme parte de una estrategia de campaña electoral, así como que su elaboración pueda haber sido realizada por profesionales.

iv) Los recursos materiales y humanos destinados a la realización del acto de propaganda.

v) La notoriedad y capacidad de influencia de la persona que aparece ante los receptores de la propaganda como autora del mensaje electoral.

vi) Si la propaganda incorpora informaciones novedosas ignoradas hasta la fecha por el cuerpo electoral, siendo éste el elemento al que, con carácter general, se concederá mayor valor. Difícilmente cabe reconocer capacidad de persuasión para captar el voto a la mera reiteración de proclamas o consignas ya difundidas durante la campaña electoral. Sin embargo, la divulgación de nuevos contenidos, especialmente nuevas informaciones, deben considerarse especialmente idóneas para generar impacto en el electorado.

Séptima. Las prohibiciones contenidas en el artículo 53 LOREG son de aplicación, sin excepción, a la actividad de propaganda electoral desarrollada en la Red.

Octava. Cuando, fruto de su escasa ofensividad, los hechos no sean constitutivos de delito, pero sí pudieran serlo de la infracción electoral sancionada en el artículo 153.1 LOREG, las/los fiscales acordarán el archivo de las diligencias de investigación y la consiguiente remisión de testimonio en favor de la junta electoral competente. En el supuesto de tratarse de hechos ya judicializados, instarán del órgano judicial el sobreseimiento de las actuaciones y la subsiguiente deducción de testimonio.

CONSULTA 3/2024, DE 16 DE MAYO, SOBRE EL CONCEPTO PENAL DE PATRIMONIO PÚBLICO DEL ARTÍCULO 433 TER CP

ÍNDICE: 1. Planteamiento y objeto de la consulta.–2. Cuestiones preliminares.–3. Antecedentes históricos.–4. Estado de la cuestión.–5. Conclusiones.

1. PLANTEAMIENTO Y OBJETO DE LA CONSULTA

La Fiscalía consultante plantea el criterio a seguir en la interpretación de los delitos de malversación tras la reforma del Código Penal operada en virtud de la LO 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 uso, a raíz de la definición auténtica de patrimonio público que ofrece el nuevo artículo 433 ter CP.

La controversia se suscita en torno a si, a la vista del tenor literal del artículo 433 ter CP, el objeto material de los delitos de malversación debe quedar encorsetado por el concepto de patrimonio público y/o de Administración pública ofrecidos por el derecho administrativo.

En concreto, se señala que el hecho que el artículo 433 ter CP defina el patrimonio público como el patrimonio propio de las Administraciones públicas pudiera producir el efecto, con arreglo al principio de taxatividad, de excluir de dicho concepto a los fondos, rentas o efectos de los entes que, a pesar de integrarse en el sector público institucional no son Administración pública con arreglo al derecho administrativo. Esta interpretación impediría subsumir en el delito de malversación la sustracción del patrimonio de las sociedades mercantiles de derecho privado vinculadas o dependientes de una Administración pública, las fundaciones del sector público o las universidades públicas.

La cuestión, atendida su trascendencia práctica y complejidad jurídica, merece un detenido análisis, así como un posicionamiento por parte de la Fiscalía General del Estado en aras de asegurar el principio de unidad de actuación (art. 124.2 CE).

5. CONCLUSIONES

Primera. El artículo 433 ter CP derivado de la reforma operada por la Ley Orgánica 14/2022, de 22 de diciembre, introduce una definición auténtica de patrimonio público en nuestro ordenamiento jurídico-penal.

Segunda. La definición de patrimonio público ofrecida por el artículo 433 ter CP es válida a los solos efectos penales.

Tercera. El patrimonio de las entidades que, pese a no ostentar la condición de Administración pública en sentido estricto, integran el sector público tiene la consideración de patrimonio público a los efectos del artículo 433 ter CP y, por consiguiente, puede ser objeto material de los delitos de malversación en los mismos términos en que venía siendo admitido por la jurisprudencia con anterioridad a la reforma del Código Penal operada por la Ley Orgánica 14/2022, de 22 de diciembre.