

La punibilidad del comportamiento del mulero o *phisher-mule* en derecho penal español: análisis de la sentencia del tribunal supremo 834/2012 de 25 de octubre.

Lyonel Fernando Calderón Tello

*Profesor de Derecho Penal y Ciencias Penales
Universidad Técnica Particular de Loja
Profesor de Derecho Internacional
Universidad de Guayaquil*

RESUMEN: El trabajo expone una propuesta de solución a un problema que se presenta con no poca frecuencia en la jurisprudencia: determinar bajo qué tipo penal es punible el comportamiento del mulero o *phisher-mule*. Se presentará la solución a partir del análisis de los hechos probados de la sentencia del Tribunal Supremo 834/2012 de 25 de octubre. La tesis que se somete a prueba afirma que, el comportamiento del mulero o *phisher mule* es punible como delito de receptación y no como delito de blanqueo de capitales doloso o imprudente ni como delito de estafa informática.

Entre las razones que tenemos para sostener lo anterior, están las siguientes: a) el delito previo, la estafa informática, es un delito contra el patrimonio; b) el mulero no es ni autor ni cómplice del delito previo; y, c) de manera fundamental, por ser la pena de este tipo penal más proporcionada que la del blanqueo, a la menor gravedad del comportamiento del mulero en comparación con el autor de la estafa, se debe preferir su aplicación.

PALABRAS CLAVE: Mulero, *phisher-mule*, receptación, estafa informática, blanqueo de capitales doloso e imprudente.

ABSTRACT: The paper presents a proposal for a solution to a problem that arises not infrequently in the jurisprudence: to determine under what penal type the behavior of the mulero or *phisher-mule* is punishable. The solution will be presented based on the analysis of the proven facts of the Supreme Court sentence 834/2012 of October 25. The thesis that is put to the test affirms that, the behavior of the mulero or *phisher mule* is punishable as reception and not as imprudent or intentional money laundering or as a computer scam.

Among the reasons we have to support the above, are the following: a) the prior crime, the computer scam, is a crime against the patrimony (property); b) the mulero is neither an author nor an accomplice of the previous crime; and, c) in a fundamental way, since the penalty of this type of crime is more proportionate than that of money laundering, to the lesser degree of behavior of the mulero compared to the author of the scam, its application must be preferred.

KEY WORDS: Mulero, *phisher-mule*, reception, computer scam, money laundering intentional and reckless.

SUMARIO: 1. Tesis propuesta: el comportamiento del mulero o *phisher mule* punible como delito de receptación y no como delito de blanqueo de capitales doloso o imprudente ni como delito de estafa informática. 2. El problema: determinar bajo qué tipo penal es punible el comportamiento del mulero o *phisher-mule*, a partir del análisis de los hechos probados de la sentencia del Tribunal Supremo 834/2012 de 25 de octubre. 3. El comportamiento del mulero punible por el delito de estafa informática: una tesis jurisprudencial. 4. El comportamiento del mulero punible como blanqueo doloso o imprudente: una tesis doctrinal y jurisprudencial. 5. El comportamiento del mulero punible como delito de receptación: tesis doctrinal. 6. Fundamentos de la posición personal: el comportamiento del mulero o *phisher mule* punible como receptación dolosa y no como blanqueo imprudente ni como estafa informática. 6. Fundamentos de la posición personal: el comportamiento del mulero o *phisher mule* punible como receptación dolosa y no como blanqueo imprudente ni como estafa informática.

Rec: 14 nov 2019 | Fav: 1 marz 2020

1. Tesis propuesta: el comportamiento del mulero o *phisher mule* punible como delito de receptación y no como delito de blanqueo de capitales doloso o imprudente ni como delito de estafa informática

Hemos escogido de entre las diferentes sentencias del Tribunal Supremo en materia de blanqueo de capitales, varias en las que el problema fundamental se encuentra referido al ámbito de aplicación entre el delito de blanqueo de capitales, el delito de receptación y el delito de estafa informática, este último un delito patrimonial. La circunstancia de que se discuta si es un delito patrimonial ayuda mucho para la explicación de lo que aquí se sostiene, lo veremos luego. De este modo, a nivel jurisprudencial en estos supuestos, se discute sobre la calificación del delito, entre un delito de blanqueo de capitales (doloso o imprudente) y la participación en el delito (previo) de estafa informática. Haremos especial énfasis en la sentencia del Tribunal Supremo 834/2012 de 25 de octubre.

2. El problema: determinar bajo qué tipo penal es punible el comportamiento del mulero o *phisher-mule*, a partir del análisis de los hechos probados de la sentencia del Tribunal Supremo 834/2012 de 25 de octubre.

2.1. Los hechos probados

En efecto, en la sentencia del Tribunal Supremo 834/2012 del 25 de octubre, se reclama contra la sentencia que condenó a la acusada como autora de un

delito de blanqueo de capitales culposo cometido por imprudencia grave. Todo gira alrededor de un comportamiento fraudulento que tiene su inicio en el envío masivo de mensajes de correo electrónico desde diversos sitios en la red, que tiene como destinatarios a usuarios de la banca informática (banca *on line*) a quienes se les redirecciona a una página web que es una réplica casi perfecta de la original y en la que se les requiere, normalmente con el aviso amenazante de perder el depósito y la disponibilidad de las tarjetas de crédito, a que entreguen sus claves personales de acceso con el fin de verificar su operatividad. El autor pesca (*phishing*) las claves bancarias, que permiten el acceso a las cuentas del incauto para poder realizar una disposición patrimonial no autorizada. En los antecedentes de la antes referida sentencia, que resuelve un recurso de casación contra la sentencia dictada por la Audiencia Provincial de Palencia con fecha del 3 de noviembre de 2011, por delitos de estafa y blanqueo de capitales, se mencionan como hechos probados (que interesan de manera especial para este trabajo) los siguientes:

a) Que la entidad denominada Colon Collection, mediante el envío de correos electrónicos y bajo la apariencia de actuar como una entidad bancaria y utilizando un falso duplicado de su página web, obtuvo de forma encubierta e ilegítima y sin consentimiento alguno de su titular, la clave de su cuenta bancaria;

b) Que con las claves fraudulentamente obtenidas, ingresaron a la cuenta a través de la red, retirando después (de la cuenta *on line*) las cantidades de dinero;

c) Que la acusada recibió en su cuenta de correo electrónico una propuesta laboral, en la que se indicaba que necesitaban representantes en España para recibir pagos de clientes y proveedores, siendo requisito fundamental para trabajar, ser operador de un computador personal. Los deberes y responsabilidades que el empleado asumía con la empresa eran, entre otros, la suma y transmisión de órdenes de clientes asignados del área a las jefaturas de la compañía, y la suma de pagos en órdenes satisfechas de clientes asignados del área a la cuenta bancaria del empleado y de su transferencia a las jefaturas de la compañía o a otra cuenta bancaria señalada. Las transacciones de dinero se deben conducir a través de Western Unión. Como salario a recibir por el empleado, en dicho contrato se dice que, recibirá 250 euros libres de gastos e impuestos por cada operación satisfactoria, pagados el mismo día de trabajo en forma y tiempo;

d) Que aceptando la propuesta de trabajo, se afirma que, la acusada, sin ningún tipo de preocupación sobre el significado económico y jurídico del trabajo a desempeñar, y viendo la situación como una forma rápida y sencilla de obtener dinero sin realizar a cambio contraprestación significativa alguna, procedió a aperturar la cuenta corriente. El 17 de mayo de 2007, recibió una llamada telefónica a nombre de la empresa contratante, en la cual se le comunicó que se iba a realizar una primera transferencia. Ese mismo día, la acusada recibió en su cuenta corriente una transferencia por importe de 3 074 euros, procedentes de la cuenta bancaria cuyas claves fueron fraudulentamente obtenidas, luego procedió a retirar esa misma cantidad en la ventanilla del banco citado y a remitir a Moldavia la cantidad de 2 630 euros a favor de Gracia, a través de Western Union, quedándose ella con una comisión de 350 euros.

Luego bajo el mismo procedimiento, se realizaron otras dos transferencias adicionales por importe de 3 126.43 y 2 849.12 euros, procedentes de la misma cuenta bancaria cuyas claves fueron fraudulentamente obtenidas. Volviendo a retirar el dinero, y a enviar por Western Union la cantidad de 2 509.50 y 2 778 euros, quedándose con la cuantía de 688.05 euros por concepto de comisión.

2.2 Tipo penal aplicado por el Tribunal a quo

Se señala que la audiencia condenó a la acusada como autora responsable de un delito de blanqueo de capitales (por imprudencia) a la pena de quince meses de prisión y multa de 10 000 euros, con responsabilidad personal subsidiaria en caso de impago de un mes, y a la pena accesoria de inhabilitación especial para el ejercicio del derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena de prisión.

2.3. Las alegaciones del recurso de casación y el análisis efectuado por el Tribunal Supremo

El recurso de casación fue planteado por la representación legal de la acusación particular de la entidad bancaria Banesto S.A. y lo realiza entre otros motivos, por infracción de ley por aplicación indebida del art. 301.1 y 3 del CP, y por inaplicación de los artículos 248.2, 249 y 74 del mismo texto legal. En efecto, dice el Tribunal Supremo que, del recurso de casación, se deduce que para la acusación particular:

“...los hechos, tal y como han sido descritos, deberían ser subsumidos en el tipo de la estafa informática previsto en el artículo 248.2 del CP, en el que se castiga a aquellos que “...con ánimo de lucro y valiéndose de alguna manipulación informática o artificio semejante, consigan una transferencia no consentida de cualquier activo patrimonial en perjuicio de otro”. Con cita de la jurisprudencia de esta Sala -SSTS 12 de junio de 2007 y 16 de marzo de 2009-, considera que el conocimiento puntual que la acusada Leticia tenía de su participación en los hechos, le hacía cooperadora necesaria de un plan estratégico en el que su colaboración resultaba indispensable para una defraudación a gran escala, valiéndose de las posibilidades tecnológicas que ofrece internet y las comunicaciones telemáticas. Ella sabía, al fin y al cabo, el dinero que pasaba por sus manos, habiendo reconocido en el juicio que todo le pareció un poco “raro”. Haciendo suyas las palabras de esta misma sala en el primero de los precedentes apuntados, concluye que “...se está ante un caso de delincuencia económica de tipo informático de naturaleza internacional en el que los recurrentes ocupan un nivel inferior y solo tienen un conocimiento necesario para prestar su colaboración, la ignorancia del resto del operativo no borra ni disminuye su culpabilidad porque fueron conscientes de la antijuridicidad de su conducta”.

La punibilidad del comportamiento del mulero o *phisher-mule* en derecho penal español

Sin embargo, el Tribunal Supremo no acoge el motivo y lo desestima argumentando en el fundamento jurídico segundo, numeral 5, literal B:

“... que el estado actual de la jurisprudencia del TEDH y del TC, descartan la posibilidad al alcance del Tribunal Supremo de convertir lo imprudente en doloso y hacerlo, además, por la vía del art. 849.1 de la LECrim y sin oír al encausado”.

Ahora, los hechos en sí, son importantes para entender la cuestión que en este trabajo se plantea, porque parece que el Tribunal Supremo piensa que la calificación realizada por el tribunal *a quo*, ha sido errónea. Así, el Tribunal Supremo afirma que: “el juicio histórico, es cierto, describe dos secuencias claramente diferenciadas”, por un lado se declara probado la obtención fraudulenta de las claves de acceso a la cuenta bancaria; y por otro, un acuerdo o contrato de trabajo por el que la acusada, a cambio de “un porcentaje de dinero”, una comisión, abriría “una cuenta corriente a la que le serían remitidas distintas remesas” de dinero, luego de lo cual las extraería para “girarlas, a través de Western Union a personas residentes en el extranjero”. Así, la acusada “recibió tres transferencias por importe respectivo de 3 074, 3 126.43 y 2 849.12 euros. Una vez obtenidas esas cantidades, fueron transferidas”.

Pero lo fundamental para entender la opinión del Tribunal Supremo es la siguiente afirmación:

“... esa doble secuencia, si bien se mira, forma parte de una estrategia única. Se trata de obtener dinero mediante el fraudulento acceso a las claves bancarias de confiados usuarios de Internet y, a partir de ahí, buscar una fórmula que permita colocar esos remanentes dinerarios en un país seguro, a nombre de personas de difícil identificación por los agentes de policía del Estado en cuyo territorio se efectúan el acceso in consentido a las cuentas de la víctima y las transferencias a terceros países. Estamos, por tanto, en presencia de una actuación fraudulenta que toma como punto de partida el envío masivo de mensajes de correo electrónico desde diversos sitios en la web, que tiene como destinatarios a usuarios de la banca informática -banca *on line*- a quienes se les redirecciona a una página web que es una réplica casi perfecta del original y en la que se les requiere, normalmente con el aviso amenazante de perder el depósito y la

disponibilidad de las tarjetas de crédito, a que entreguen sus claves personales de acceso con el fin de verificar su operatividad.”

Y, termina el Tribunal Supremo, calificando la conducta, en el sentido en que habitualmente la doctrina lo hace respecto de la estafa informática cuando afirma que: “... de forma gráfica se dice que el autor “pesca los datos protegidos” —de ahí la denominación *phishing*—, que permiten el libre acceso a las cuentas de los particulares y, a partir de ahí, el desampoderamiento”.

2.4. Determinación de los diferentes comportamientos y momentos (o secuencias) constantes en los hechos probados de la sentencia analizada y clarificación del problema dogmático

De los hechos probados en la sentencia que estamos analizando, se observan con mucha claridad que se dan tres momentos o secuencias muy diferenciados entre sí: 1) el primero, consiste en la obtención fraudulenta de claves; 2) el segundo, en la ejecución o realización de la disposición patrimonial no consentida; y, 3) una nueva disposición patrimonial, mediante el retiro y envío de dinero al exterior. No queda duda que de las referidas *secuencias* históricas; la primera y la segunda, encajan con el tipo penal del artículo 248.2.a, con lo que cabe una pregunta: ¿se requiere que para la configuración del tipo penal de la estafa informática del artículo 248.2.a, se realice otra transferencia distinta de la no consentida por el titular del activo patrimonial? o mejor, ¿el tipo penal del artículo 248.2.a, se alcanza con la transferencia (no consentida) de cualquier activo patrimonial? En los hechos probados de la sentencia analizada existen dos transferencias: la primera es la realizada por quien obtiene ilegalmente las claves bancarias a favor de quien realiza la segunda transferencia. Entonces, ¿cuándo queda colmado el tipo?, ¿con la primera transferencia o con las dos? Responder esta cuestión es fundamental, porque si delimitamos el tipo penal de la estafa informática, podremos saber cuándo una persona podrá ser imputada como autor o participe en el ámbito de este delito.

3. El comportamiento del mulero punible por el delito de estafa informática: una tesis jurisprudencial

3.1. Presupuestos dogmáticos de la estafa informática: ¿qué es el phishing?

Importante será, aclarar brevemente qué es el *phishing*¹ como modalidad delictiva. Así, diremos primeramente que es una expresión utilizada para identificar a la compleja manifestación delictiva de fraude bancario². Una forma delictiva caracterizada por el uso de la tecnología informática, de este modo, nos encontramos ante un nuevo y moderno fenómeno delincuencia³. Un sector de la doctrina sostiene que se desarrolla en tres fases⁴: a) la primera tiene por objeto la obtención ilícita de datos confidenciales para el control de las cuentas bancarias de los sujetos pasivos del delito mediante diversas modalidades⁵; b) la

segunda fase, consiste en el traspaso o transferencia patrimonial en línea a otras cuentas bancarias, mediante el no consentido uso de las claves obtenidas ilícitamente; y, c) la tercera fase consiste en el retiro inmediato de las cantidades transferidas y su posterior envío, a través de sociedades dedicadas al envío y recepción de dinero, generalmente hacia otros Estados.⁶

3.2. La conducta típica del artículo 248.2.a CP

Detengámonos un poco en el análisis de la conducta típica del artículo 248.2.a CP, que contiene la denominada estafa informática y que tendría en su ámbito de aplicación los comportamientos típicos de *phishing*, para reconocer o descartar estos tres momentos o fases del fenómeno. El tipo establece que: “los que, con ánimo de lucro y valiéndose de alguna manipulación informática o artificio semejante, consigan una transferencia no consentida de cualquier activo patrimonial en perjuicio de otro”. En general, se ha interpretado que los elementos del delito son semejantes a los del delito de estafa⁷. De este modo: a) se requiere un concreto ánimo de lucro; b) la manipulación informática o el artificio semejante, equivale (en sentido funcional y no material) al engaño bastante y al error⁸; y, c) la transferencia no consentida es el acto de disposición que provoca el perjuicio para otro. Sin olvidarnos de la necesaria relación causal entre la manipulación informática, la transferencia electrónica y el perjuicio. La referencia a “alguna ma-

¹ Sobre esta cuestión, entre otros: Choclán Montalvo, José Antonio, “Fraude informático y estafa por computación”, en *CDJ*, núm. 10, 2001; Fernández Teruelo, Javier Gustavo, “Respuesta penal frente a fraudes cometidos en Internet: estafa, estafa informática y los nudos de red”, en *RDPC*, núm. 19, 2007; Velasco Núñez, Eloy, “Fraudes informáticos en red: del phishing al pharming”, en *La Ley*, núm. 37, año IV, abril 2007; Faraldo Cabana, Patricia, *Las nuevas tecnologías en los delitos contra el patrimonio y el orden socioeconómico*, Valencia: Tirant lo Blanch, 2009; Flor, Roberto, “Phishing y delitos relacionados con el fraude de identidad: un World Wide Problem en el World Wide», en *Robo de identidad y protección de datos*, Pamplona: Aranzadi, 2010; Flores Prada, Ignacio, *Criminalidad informática. Aspectos sustantivos y procesales*, Valencia: Tirant lo Blanch, 2012; Miró Llinares, Fernando, *El cibercrimen*, Madrid-Barcelona: Marcial Pons, 2012; Miró Llinares, Fernando, “La respuesta penal al cibercrimen. Especial atención a la responsabilidad penal de los muleros del phishing”, en *RECPC*, 15-12, 2013; Flores Mendoza, Fátima, “Respuesta penal al denominado robo de identidad en las conductas de phishing bancario”, en *Estudios Penales y Criminológicos*, vol. XXXIV, 2014.

² Flores Mendoza, “Respuesta penal”, cit. nota n°1, p. 302.

³ FLOR, “Phishing y delitos”, cit. nota n°1, p. 77.

⁴ Por todos, Flores Mendoza, “Respuesta penal”, cit. nota n°1, p. 303 y ss.

⁵ Miró Llinares, “La respuesta penal”, cit. nota n°1, p. 9 y ss. Entre las modalidades se encuentran: a) el *phishing* (deriva del verbo en inglés pescar, conjugado en presente progresivo *fishng* -pescando-), que es la que da nombre a todo el fenómeno delictivo, consiste en el envío masivo e indiscriminado de correos a usuarios de la red solicitando las claves y números secretos de cuentas bancarias, tarjetas, etc., aparentando proceder de bancos, cajas de ahorro u organismos oficiales, y alegando motivos de seguridad, mantenimiento, mejora del servicio, etc.; b) el *pharming* (deriva del sustantivo en inglés granja -farm-) más sofisticada y peligrosa, mediante esta técnica se utiliza la Red para acceder al servidor *Domain Name System* DNS y modificar las direcciones *uniform resource locator* URL e *Internet Protocol* IPs ahí contenidas, para modificar la configuración del servidor DNS del sistema, alterando

las direcciones URL e IPs contenidas en el archivo *hosts* o alterando la configuración DNS del sistema, dirigiéndolo a un servidor DNS controlado por los atacantes. Así se dirige a la víctima a páginas electrónicas falsas, creadas expresamente por los delincuentes, en las que aquélla dejara constancia de sus claves de acceso y de operaciones electrónicas.

⁶ Sobre las fases, Poveda Roda, Mariano, “Descripción” y “*modus operandi*” en la realización de fraudes mediante internet”, en *Fraude electrónico: entidades financieras y usuarios de banca. Problemas y soluciones*, Sanchis Crespo, Carolina (Coord.), Cizur Menor: Aranzadi, 2011, p. 80 y ss.

⁷ González Rus, Juan José, “Protección penal de sistemas, elementos, datos, documentos y programas informáticos”, en *RECPC*, 14 de enero de 1999 (sin paginación).

⁸ Miró Llinares, “La respuesta penal”, cit. nota n°1, p. 12 y 29. Contrario a aceptar como necesario una equiparación material de la manipulación informática al engaño de la estafa, sino que más bien la manipulación informática o el artificio semejante, se convierten en una fórmula amplia que permite integrar en el ámbito típico de la estafa informática, cualquier transferencia patrimonial que se haya obtenido mediante la utilización de técnicas o sistemas informáticos.

La punibilidad del comportamiento del mulero o *phisher-mule* en derecho penal español

nipulación informática o artificio semejante” es capaz de acoger todos los casos posibles mediante los que se efectúa una transferencia no consentida de activos patrimoniales en perjuicio de otro y ha sido definida por el Tribunal Supremo como la actuación de la máquina informática que se explica “por los impulsos de una actuación ilegítima que bien puede consistir en la alteración de los elementos físicos, de aquellos que permite su programación, o por la introducción de datos falsos”⁹. Así, manipular significaría usar o utilizar un sistema informático; sin embargo, el riesgo típico no se concreta en el mero uso del sistema, sino en que su utilización se hace para lograr una disposición (transferencia no autorizada) patrimonial. Por otro lado, la referencia a una “transferencia no consentida”, deberá entenderse como orden de cargo realizada sobre activos patrimoniales ajenos sin que exista derecho alguno para realizar tal disposición¹⁰, por lo que no se podrá interpretar lo no consentido como si se tratase de la existencia de un acto concreto de voluntad contrario a la transferencia, simplemente porque fácticamente no existirá, lo importante es determinar que la transferencia realizada por el sujeto activo o un tercero, es una transferencia o disposición patrimonial no autorizada.

3.3. El comportamiento del mulero punible desde la estafa informática. Exposición de la tesis y crítica.

Ahora, ya para resolver la cuestión planteada sobre cuándo queda colmado el tipo, con la primera transferencia o disposición patrimonial o con la segunda?, debemos advertir que, si seguimos el criterio de una determinada jurisprudencia (utilizada en varias sentencias tanto a nivel de Audiencias Provinciales como del propio Tribunal Supremo), se debería entender que la conducta del mulero es necesaria para agotar o colmar el tipo. Así, el injusto no ha sido cubierto hasta que intervenga la conducta del mulero

por eso una de las sentencias que en las páginas siguientes citaremos, llega a afirmar que el comportamiento del mulero se debe entender como “una conducta integradora de la acción típica descrita en el artículo 248.2 del Código Penal”.

En efecto, la sentencia del Tribunal Supremo 556/2009 del 16 de marzo, que confirma la sentencia de la Audiencia Provincial de Burgos, que condena a una mujer como autora de un delito consumado de estafa, ante la alegación de que la imputada no podría ser considerada autora o inductora de un delito de estafa puesto que quien ideó, puso en marcha y ejecutó el plan delictivo fue un tercero, y tampoco cooperadora necesaria, pues no participó en el mecanismo por el que se consiguieron las claves de acceso bancarias, que permitieron el posterior acceso a las cuentas para realizar la disposición patrimonial no autorizada, y sostiene que:

“... aun prescindiendo de una intervención calificable de coautoría, porque se entendiera que no tenía el dominio del plan total, consta una participación de Ángeles que habría de ser comprendida en el art. 28 b), al tratarse de una cooperación necesaria; la recepción del dinero procedente de una cuenta extraña y su transmisión a una persona, también extraña, de Rusia, implicaba una colaboración que merece la consideración de necesaria, por tratarse de un bien de escasa obtenibilidad y determinante del sí de la operación desde una perspectiva ex ante”, por lo que, debe inferirse que el comportamiento del mulero es típico de la estafa informática, porque de no concretarse aquel, no se configuraría el tipo.

Por nuestra parte, nosotros señalaremos que la postura es al menos discutible. Aquí, el juzgador, por una parte, no supo dilucidar adecuadamente la diferenciación entre los distintos tipos estafa, la estafa tradicional y la estafa informática, ya vigente al momento de la resolución y, por otro lado, tampoco supo determinar cuándo o bajo qué circunstancias se completa el tipo penal de la estafa tradicional o informática, o lo que genera aún más dudas, agrega al tipo, de manera discutible, un comportamiento que el tipo no exige para su configuración, con la intención o finalidad de imputar y no dejar impune lo que a su juicio debe castigarse. Porque, aun en el supuesto de que no contara con más tipo penal que el 248.1 CP, es

⁹ Revisar las sentencias del TS núm. 2175/2001, de 20 de noviembre de 2001; y, núm. 692/2006, de 26 de junio de 2006. Sobre la interpretación de este elemento del tipo, véase, por ejemplo: Mata y Martín, Ricardo, *Delincuencia informática y Derecho penal*, Madrid: Edisofer, 2001, p. 45 y ss.; Galán Muñoz, Alfonso, “El robo de identidad: aproximación a una nueva y difusa conducta”, en *Robo de identidad y protección de datos*, Pamplona: Aranzadi, 2010, p. 175-176.

¹⁰ Miró Llinares, “La respuesta penal”, cit. nota nº1, p. 13 y 29. No se exige que sea el propio sujeto pasivo el que realice el acto de disposición patrimonial, sino que, más bien a la inversa, debe ser el propio sujeto activo el que transfiera dinero a su cuenta.

difícil sostener que la conducta de la condenada era un supuesto de estafa continuada¹¹.

En sentido parecido encontramos lo que se resuelve en la sentencia del Tribunal Supremo 533/2007 de 12 de junio, en la que se afirma:

“... consta que recibieron cada uno en sus cuentas... diversas transferencias por importantes cantidades” (más de 250.000 euros), “habiendo dispuesto de gran parte de ese dinero, estando acreditada en la prueba practicada, la realidad de la transferencia, el envío a ellos como titulares de las cuentas ‘favorecidas’ de los correspondientes extractos bancarios de los movimientos y demás variaciones de tales cuentas”, por lo que se puede afirmar, “tuvieron un conocimiento puntual del dinero que pasaba por sus cuentas y del que disponían íntegramente,

¹¹ Una cuestión a destacar de estos tipos de comportamientos que deberá ser observada en los supuestos en los que quepa, es la referida a la adecuada determinación del aporte de la víctima. Son casos en los que también se observa cierto “descuido” de la víctima, y en los que tendrá que determinarse si se debe el resultado en exclusiva al comportamiento del autor. Considero que es una cuestión interesante que debe estudiarse de manera autónoma. Sin embargo, es preciso anotar que la doctrina sí se ha encargado de establecer los contornos de este concreto criterio de imputación. Revisar al respecto entre otros, Cancio Meliá, Manuel, “Conducta de la víctima e imputación objetiva”, en *Revista de las Facultades de Derecho y Ciencias Económicas y Empresariales ICADE*, núm. 42, 1997, p. 31-48; Cancio Meliá, Manuel, “La exclusión de la tipicidad por la responsabilidad de la víctima (“imputación a la víctima”)", en *Revista de derecho penal y criminología ICADE*, núm. 2, 1998, p. 49-100; Cancio Meliá, Manuel, *Conducta de la Víctima e Imputación Objetiva en Derecho Penal*, Barcelona: J. M. Bosch, 1998, p. 19, 145 y ss., 177 y ss., 254 y ss., *passim*; Tamarit Sumalla, Josep Maria, *La víctima en derecho penal*, Pamplona: Aranzadi, 1998, p. 34 y ss., 75 y ss., 99 y ss., *passim*; García Álvarez, Pastora, *La puesta en peligro de la vida y/o integridad física asumida voluntariamente por su titular*, Valencia: Tirant lo Blanch, 1999, p. 158 y ss., 290 y ss., 324 y ss., *passim*; Feijóo Sánchez, Bernardo, “Actuación de la víctima e imputación objetiva (Comentario a la Sentencia del Tribunal Supremo de 17 de septiembre de 1999)”, en *Revista de Derecho Penal y Criminología*, 2da. Época, núm. 5, 2000, p. 290 y ss.; Bacigalupo Zapater, Enrique, *Derecho penal Parte General*, segunda edición, Buenos Aires: Hammurabi, 2002, p. 243 y ss., 271 y ss., 277, *passim*; Gimbernat Ordeig, Enrique, “Imputación objetiva, participación en una autopuesta en peligro y heteropuesta en peligro consentida”, en *Estudios Penales en Recuerdo del Profesor Ruiz Antón*, Valencia: Tirant lo Blanch, 2003, p. 431-457; Mir Puig, Santiago, “Significado y alcance de la imputación objetiva en derecho penal”, en *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, 2003, p. 17 y ss.; Gimbernat Ordeig, Enrique, “Imputación objetiva y conducta de la víctima”, en *ADPCP*, vol. LVIII, 2005, p. 733 y ss.; Gimbernat Ordeig, Enrique, “Otra vez: conducta de la víctima e imputación objetiva”, en *CDJ*, núm. 7, 2006, p. 93-108; Roxin, Claus, “La polémica en torno a la heteropuesta en peligro consentida (Sobre el alcance del principio de autorresponsabilidad en el Derecho Penal)”, en *InDret*, enero de 2013, p. 14 y ss.

bien fuese para ellos mismos, bien para entregar a un tercero”. Así, “vía prueba de indicios se puede... concluir que ellos estaban al corriente, al menos de forma limitada de la operación, que en lo que a ellos se refería se concretaba en: a) apertura de cuenta, b) recepción de transferencias por personas desconocidas, c) origen de tales fondos de auténticas cuentas de otros titulares a los que personas desconocidas, en Estados Unidos habían accedido mediante el acceso fraudulento de las claves necesarias, hecho que ha quedado acreditado en la denuncia inicial y declaración de los representantes del banco y d) otro dato a tener en cuenta es la ‘explicación’ dada por los otros condenados por una operativa idéntica, explicación que consistía en cobrar una cantidad por este ‘servicio’ entregando el resto a otras personas desconocidas. [...] En esta situación construir un juicio de inferencia que partiendo de estos hechos acreditados permite arribar a la conclusión de que los recurrentes participaron y estaban al corriente, en lo necesario, de todo el operativo, es conclusión que en este control casacional se ofrece como plausible, que fluye por sí sola de los indicios expuestos y que no es contraria a las máximas de experiencia no siendo arbitraria”.

En este sentido, cabe preguntarse si para el tribunal y cierta doctrina que asume esto como forma plausible de explicar estos problemas jurídico-penales, ¿la dificultad de dilucidar la cuestión de la imputación por la estafa informática, vendría entonces dada por la posibilidad de que estas personas que realizan la segunda transferencia, la doctrina los denomina muleros o *phisher-mule*, puedan ser o no parte de la organización criminal que realiza las primeras dos fases? En caso de que se pruebe o infiera mediante indicios que esto es así, ¿eso configura el tipo penal de estafa (informática)? Porque cuando se verifique la “acechanza a patrimonios ajenos realizados mediante manipulaciones informáticas”, ¿existe también de parte de quienes “conocen” sin realizar comportamiento alguno referido a esta conducta, también responsabilidad por estafa patrimonial? La tesis del Tribunal Supremo en esta sentencia es que, si se comprueba aquello, es indudable que los sujetos se comportaron típicamente en el sentido del artículo 248 CP (y también del actual artículo 248.2.a CP). Porque la sentencia *a quo*, condenó como cooperadores necesarios de un delito continuado de estafa según los artículos 248.2, 250.6º y 74 CP y el Tribunal Supremo lo confirmó rechazando

La punibilidad del comportamiento del mulero o *phisher-mule* en derecho penal español

la casación, esta decisión es fundamental porque es la base de la aplicación general (aunque no total) de este tipo de supuestos en los demás casos conocidos por los diferentes tribunales españoles.

Pero, la sentencia del Tribunal Supremo 533/2007, da un paso más delante y sostiene que, aunque “se argumenta que los recurrentes no conocían el resto de la red de implicados”, esto resulta indiferente a los efectos del tipo del artículo 248, porque “no le era necesario ese conocimiento”; sin embargo, aunque se afirme que no era necesario este tipo o nivel de conocimiento, y es este uno de los fundamentos para argumentar sobre el dolo, la afirmación resulta al menos discutible, precisamente porque resultaría en una interpretación con un sentido contrario al que en efecto el juzgador otorga a tal conocimiento. Pero, lo más importante de toda la discutible decisión, se observa cuando se añade sobre la inexistencia del engaño alegado que, “dada la estructura de la estafa informática..., no es preciso la concurrencia de engaño alguno por el estafador”, así, “la asechanza a patrimonios ajenos realizados mediante manipulaciones informáticas actúa con automatismo en perjuicio de tercero, precisamente porque existe la manipulación informática y por ello no se exige el engaño personal”. Expresiones y definiciones que son un avance interpretativo sobre lo que se debe entender por la estafa informática y en general pueden ser plausibles y también discutibles si se quiere; sin embargo, lo que definitivamente es censurable es que a pesar de definir en el sentido expuesto, en qué consiste la estafa informática, y ante la ausencia de comprobación respecto de los imputados de “la asechanza a patrimonios ajenos realizados mediante manipulaciones informáticas”, el Tribunal Supremo, mantiene la condena. Esto es criticable, porque en efecto, los imputados no realizan la disposición patrimonial no autorizada, no existe por parte de los condenados el comportamiento típico o un comportamiento que realice el riesgo prohibido, porque cuando ellos disponen de los bienes-efectos, del dinero, ya se había configurado el tipo penal de la estafa informática. Nuevamente, nos encontramos con la dificultad del juzgador para determinar adecuadamente cuándo se ve colmado el tipo de la estafa informática, si con la transferencia mediante el uso de las claves previamente obtenidas de modo fraudulento o si se requiere que se realice una segunda

disposición por terceros ajenos o no a los primeros comportamientos.

Consideramos incluso que en determinadas decisiones está implícito un razonamiento que en otras resoluciones se muestra explícito, sobre una toma de postura interpretativa de estas cuestiones, por ejemplo, la Audiencia Provincial de Vizcaya en la sentencia núm. 355/2006, del 9 de mayo de 2006, condenó como autor de un delito de estafa informática a un sujeto que abrió a su nombre cuatro diferentes cuentas bancarias desde las que transfería el dinero que recibía fruto del *phishing*, y razona el tribunal que:

“... la conducta típica no se agota en el descubrimiento de las claves que identifican al cliente y en su utilización haciéndose pasar por tal, sino que también es preciso disponer de cuentas a beneficio de las cuales ordenar las transferencias, de manera que posibilite el cobro del importe defraudado”.

Desde esta explícita perspectiva o toma de postura, se debería entender que la conducta del mulero es necesaria para agotar o colmar el tipo, el injusto no ha sido cubierto hasta la conducta del mulero por eso la sentencia afirma que este comportamiento se debe entender como “una conducta integradora de la acción típica descrita en el artículo 248.2 del Código Penal”.

4. El comportamiento del mulero punible como blanqueo doloso o imprudente: una tesis doctrinal y jurisprudencial

Si seguimos el criterio de Flores Mendoza, Miró Llinares, Blanco Cordero, entre otros, criterio que parece ser es el escogido por la jurisprudencia, esta conducta (la primera transferencia) constituye una estafa informática, según el artículo 248.2.a CP, que se completa con la actuación de los denominados “muleros” (segunda transferencia), que daría lugar a una responsabilidad por blanqueo de capitales (doloso o imprudente) en concurso real con una estafa informática, esta última a título de participación. Los autores de la estafa informática podrían responder como autores mediatos o inductores del blanqueo de capitales llevado a cabo por los intermediarios o muleros¹². La

¹² Flores Mendoza, “Respuesta penal”, cit. nota n°1, p. 309; Flores Mendoza, Fátima, “La responsabilidad penal del denominado mulero o phisher-mule en los fraudes de banca electrónica”, en *Cuadernos de Política Criminal* (110), 2013, p. 160 y ss.; según,

utilización no consentida de las claves bancarias constituiría la manipulación informática o, al menos, el artificio semejante a aquella, que vienen exigidos por el tipo penal. Esta postura entiende por manipulación informática o artificio semejante toda maquinación o maniobra, truco o ardid sobre un sistema informático o mecánico que permita un traspaso patrimonial no consentido¹³. Aquí, es preciso siempre tener en cuenta, que no se trata de un concepto equivalente materialmente al engaño de la estafa tradicional sino uno funcional al engaño, de este modo, muy diferente al que la doctrina tradicional sostiene¹⁴. En general esta discusión tiene como trasfondo la cuestión de si cabe o no la estafa tradicional, en eso no nos introduciremos porque considero que la discusión es estéril dado que la estafa tradicional requiere una disposición patrimonial ejecutada por parte de la víctima, cuando la disposición patrimonial se ejecute, estando los demás elementos del tipo de la estafa presentes, no hay duda, es una estafa.

Así, en lo que respecta al comportamiento del mulero, ellos sostienen que este debe encajarse en las conductas del artículo 301 CP¹⁵. El comportamiento típico consistiría en transmitir bienes con el conocimiento de su origen delictivo, por lo que, la conducta del mulero se ajustaría al tipo del artículo

301.1 CP, dado que transmite bienes de origen delictivo de forma idónea para incorporarlos al tráfico jurídico y con el propósito de ocultar el origen ilícito de los mismos¹⁶, otra postura entiende que el tipo de blanqueo se configura desde el momento en que se realiza la primera transferencia a favor del mulero, porque “posee” los bienes de origen delictivo¹⁷, y es además, susceptible de ser cometido en la modalidad imprudente¹⁸; todo, con independencia de que haya participado en el delito de estafa informática (segunda fase) o en el de pertenencia a una organización criminal (primera fase) o en todas.

Esta solución es compartida por la jurisprudencia, en efecto, la sentencia del Tribunal Supremo 834/2012 del 25 de octubre, con la que empezamos la discusión de este artículo, condenó a la acusada como autora de un delito de blanqueo de capitales culposo cometido por imprudencia grave y lo fundamentan en que aceptando la propuesta de trabajo:

“... la acusada, sin ningún tipo de preocupación sobre el significado económico y jurídico del trabajo a desempeñar, y viendo la situación como una forma rápida y sencilla de obtener dinero sin realizar a cambio contraprestación significativa alguna, procedió...”, a realizar la apertura de la cuenta, en la cual se recibió la transferencia y “procedió a retirar” el dinero y a remitirlos al exterior a través de empresas de giro monetario.

Así ocurre, también, en forma más explícita, con la Sentencia de la Audiencia Provincial de Valladolid (Sección 4ª), núm. 263/2010 del 21 de junio, que absuelve del delito de estafa a dos personas que ponen a disposición de un tercero, sus propias cuentas corrientes para que este, realice unos determinados ingresos de dinero, que luego son transferidos a otras cuentas, percibiendo a tal efecto, una comisión por cada transacción efectuada. La razón que aduce la sentencia radica en que efectivamente:

“... los acusados no participan en la manipulación

Velasco Núñez, Eloy, “Fraudes informáticos en la red: del phishing al pharming”, en *La Ley Penal*, 2007, p. 62 y ss., la primera fase que se correspondería con la obtención fraudulenta de las claves, sería punible a través de los nuevos tipos del art. 570 bis CP.

¹³ Flores Mendoza, “Respuesta penal”, cit. nota nº1, p. 160; también Miró Llinares, “La respuesta penal”, cit. nota nº1, p. 12. Citando ambos, a varios autores que asumen esta interpretación, entre los que destacan: Rey Huidobro, Luis Fernando, “La estafa informática: relevancia penal de phishing y el pharming”, en *La Ley Penal: revista de derecho penal, procesal y penitenciario*, 2013, p. 6; Fernández Teruelo, Javier Gustavo, “Estafas”, en *Comentarios a la Reforma Penal de 2010*, Álvarez García, Francisco Javier; González Cussac, José Luis (Dirs), Valencia: Tirant lo Blanch, 2010, p. 280 y ss., sustituyendo su anterior posición; Faraldo Cabana, Patricia, “Algunas reflexiones sobre las nuevas tecnologías en los delitos contra el patrimonio y el orden socioeconómico”, en *Estudios Jurídicos*, 2009, p. 88 y ss., entre otros.

¹⁴ Véase, por ejemplo, Romeo Casabona, C.: *Poder informático y seguridad jurídica: la función tutelar del Derecho Penal ante las nuevas tecnologías de la información*, Madrid: Fundesco, 1988, p. 47; sobre los diferentes conceptos utilizados por la doctrina, Mata y Martín, Ricardo, “Medios electrónicos de pago y delitos de estafa”, en *Los medios electrónicos de pago. Problemas Jurídicos*, mata y Martín, Ricardo (Dir.), Granada: Comares, 2007, p. 343 y ss.

¹⁵ Flores Mendoza, “La responsabilidad”, cit. nota nº12, p. 175; también, Miró Llinares, “La respuesta penal”, cit. nota nº1, p. 36 y ss., 42; Blanco Cordero, Isidoro, *El delito de blanqueo de capitales*, Pamplona: Aranzadi, 2012, p. 715 y ss.; Rey Huidobro, “La estafa informática”, cit. nota nº13, p. 13 y ss.

¹⁶ Flores Mendoza, “La responsabilidad”, cit. nota nº12, p. 183, aunque admite la comisión imprudente, se muestra crítica, su fundamento está en que son conductas dolosas; también Miró Llinares, “La respuesta penal”, cit. nota nº1, p. 36 y ss.; Rey Huidobro, “La estafa informática”, cit. nota nº13, p. 13 y ss.

¹⁷ Blanco Cordero, *El delito de blanqueo*, cit. nota nº15, p. 718.

¹⁸ Blanco Cordero, *El delito de blanqueo*, cit. nota nº15, p. 718; Rey Huidobro, “La estafa informática”, cit. nota nº13, p. 13 y ss.

La punibilidad del comportamiento del mulero o *phisher-mule* en derecho penal español

informática, base de dicha defraudación, en ninguna de sus fases porque los actos del mismo consuman el delito cuando se apoderan de las cantidades de dinero de la cuenta del tercero ajeno, de modo que, realmente, los acusados participan en una operación posterior que tiene como base dicho fraude o estafa que ya se ha cometido, porque el perjuicio ya que se ha causado a través del artificio informático, operación que consiste en la ocultación de dicho dinero y su transferencia a un lugar del que no se puede recuperar...”.

Ahora, una vez rechazada la imputación por el delito de estafa, no se descarta la punición de estos comportamientos, porque en efecto, tampoco es aceptable que los acusados consideren creíble que una empresa otorgue beneficios lícitos de una manera tan extraña a lo que sucede normalmente y necesitando a su vez intermediarios, así, la actitud de los imputados de no “querer plantearse (con deliberada ignorancia), qué trascendencia puede tener el trabajo realizado ni el origen de las sumas de dinero que van a transferir, y de hecho transfieren, a Kiev”, debe interpretarse como imprudente y punible porque el resultado es “que un dinero procedente de una estafa informática encuentre la vía para no ser recuperado, cuando, los acusados, con un mínimo de diligencias o cuidado, podrían haber evitado el daño patrimonial que se produjo” desde el tipo del artículo 301 CP.

Se ha dicho¹⁹ en contra de este tipo de resoluciones que la condena por imprudencia resulta cuestionable, porque los indicios generalmente utilizados para la afirmación del dolo al menos eventual, están presentes en estos supuestos: a) elevada comisión (5%-10%) a cambio de tareas burdas y simples (facilitar un número de cuenta corriente y realizar remesas de dinero); b) dudosa necesidad de la actividad laboral (porque puede ser llevada a cabo por quienes realizan la transferencia o por cualquier trabajador de la supuesta sociedad); c) utilización injustificada de medios diversos en la recepción y en el envío del dinero, transferencia bancaria en el primer caso, empresa de envío de dinero en el segundo; d) envío del dinero a países diferentes a aquel en el que se encuentra la sede de la empresa internacional; e) actividad laboral de gestión que no requiere supervisión de operaciones, clientes, etc., sin alta en la seguridad social y sin previa selección o entrevista personal; f) puesta

a disposición de grandes sumas de dinero a una persona recién contratada; g) precaución del sujeto al abrir una cuenta bancaria destinada exclusivamente a estas operaciones; h) diligencia en el cumplimiento del envío del dinero, siempre en un plazo máximo de 48 horas desde la recepción de la transferencia; i) condición injustificada de que el dinero fuese girado antes de ese plazo al extranjero; etc. Todo un cúmulo de indicios que son indicadores del dolo (al menos eventual) del sujeto activo (la realización de las transferencias de importantes cantidades de dinero sin siquiera preguntarse si tal actividad es o no legal y a cambio de importantes comisiones, parece superar los márgenes del actuar imprudente, pero no llegar al dolo si se entiende como conocimiento y voluntad del hecho típico en este caso²⁰), según esta postura, de un delito de blanqueo de capitales, por lo que no se entendería que se aplique el tipo imprudente.

Además, Miró Llinares sostiene que antes de la reforma al CP del 2010, no era posible interpretar en el ámbito de aplicación del art. 301 CP, las conductas del mulero, entre las razones que se proponían tenemos que el tipo del artículo 301, exigía que los bienes que se transmitían tuviesen origen en un delito, o bien que se realizasen actos para ocultar o encubrir el origen ilícito del dinero o para evitar que quien cometiese el delito sufriese las consecuencias jurídicas por ello. Así, lo lógico era entender que el mulero no actúa ni “para ocultar o encubrir el origen ilícito del dinero”, ni “para ayudar a la persona que haya participado en la infracción a eludir las consecuencias legales de sus actos”, sino para favorecer la comisión del delito que, sin su intervención, no puede llevarse a cabo²¹. Se propone como ejemplo de este entendimiento lo que se resuelve en la Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid núm. 271/2008, del 26 de mayo de 2008, que absuelve del blanqueo de capitales a quien no había sido imputada por delito de estafa informática, arguyendo que:

“... cuando el precepto indicado (blanqueo de capitales) habla de bienes no se trata de los que constituyen el objeto material del delito antecedente, sino de aquellos que tienen su origen en el mismo, poniendo el ejemplo del delito de tráfico de drogas, en el que el bien a blanquear no es la sustancia estupefaciente, sino el dinero o bienes

¹⁹ FLORES MENDOZA, “La responsabilidad”, cit. nota n°12, p. 185-186.

²⁰ MIRÓ LLINARES, “La respuesta penal”, cit. nota n°1, p. 32.

²¹ MIRÓ LLINARES, “La respuesta penal”, cit. nota n°1, p. 36.

entregados a cambio de aquélla. Y en el caso de autos resulta que estamos ante un tipo de estafa informática denominada *phishing* en el que el “bien” supuestamente blanqueado es el objeto material del delito, pues el objeto de la estafa es el dinero que recibió la acusada en su cuenta bancaria. Ello determinaría que no pudiera hablarse en el caso de autos de un delito de blanqueo de capitales, sino de un delito de estafa, tal y como estableció la STS 533/2007 del 12 de junio de 2007 que confirmó una sentencia en la que se condenaba como autores de un delito de estafa a varias personas que habían desarrollado una conducta idéntica a la de la acusada en la presente causa”.

Según esta crítica y postura, solo a partir de la reforma del CP del 2010, mediante la que se modifica el artículo 301 del CP, cabe el comportamiento del mulero, en el sentido de que el tipo penal ya no se refiere al delito sino a la actividad delictiva, de modo que podría entenderse que ya no es necesario que el dinero provenga de un delito consumado, sino que puede provenir de una actividad delictiva en la que también podría estar participando el propio autor del blanqueo. Esta reforma del blanqueo, entiende esta postura, modifica la tradicional forma de entender el objeto material del blanqueo de capitales y permitiría la punición de los comportamientos del mulero. Se concluye que el mulero posee y transmite bienes, y aquello que habría que demostrarse, para la aplicación del tipo doloso, es que el sujeto sabe que el dinero que recibe tiene su origen en una actividad delictiva indeterminada. Ya no sería necesario que el delito del que deriva el dinero estuviese consumado, sino que al referirse ahora el tipo a “actividad delictiva” podría entenderse que también hay blanqueo cuando se está transmitiendo una cantidad económica que se está generando por la propia conducta delictiva en la que, además, podría estar implicado el propio autor del blanqueo y, se agrega además, que en caso de no imputar dicho conocimiento quedaría, además, la posibilidad de sancionar los hechos por el tipo imprudente del artículo 301.3.

5. El comportamiento del mulero punible como delito de receptación: tesis doctrinal

Por último, tenemos la opinión de Velasco Núñez, para quien, la conducta de los muleros está más cerca

del delito de receptación, descartando la posibilidad de incluirla en el ámbito de aplicación del delito de estafa informática. Directamente señala que, parece penalmente más correcta, la calificación de su conducta como blanqueo, dado que se recepta dinero y no objetos, sin embargo, entiende que esta conducta debe estar subsumida finalmente en la receptación. Las razones que aduce son las siguientes: a) por ser el previo un delito contra el patrimonio; b) el mulero no es ni autor ni cómplice del delito previo; y, c) de manera fundamental, por ser la pena de este tipo penal más proporcionada que la del blanqueo, a la menor gravedad del comportamiento del mulero en comparación con el autor de la estafa²². Las críticas que se han planteado a esta posibilidad son las siguientes: a) si se manifiesta que el sujeto ha tenido conocimiento de la comisión de un delito, como exige el tipo, entonces difícilmente podrá decirse que no es cómplice del mismo, y entonces no habría receptación²³; b) aparentemente, cuando el mulero actúa con ánimo de lucro y, con conocimiento de la comisión de un delito contra el patrimonio, ayuda a los responsables a aprovecharse de los efectos de este; sin embargo, el delito en cuestión no está aún consumado, sino que, precisamente, la recepción por parte del mulero es el último momento necesario para determinar la consumación (perjuicio o pérdida patrimonial derivado de la disposición patrimonial)²⁴.

6. Fundamentos de la posición personal: el comportamiento del mulero o phisher mule punible como receptación dolosa y no como blanqueo imprudente ni como estafa informática

6.1. Coincidencias doctrinales

A nuestro juicio, el tipo objetivo de la estafa informática es alcanzado con las dos primeras fases (y en sentido estricto, en la segunda fase, porque en la primera fase, ya se podría imputar por un delito de pertenencia a una organización criminal), porque es ahí en donde se realiza la disposición patrimonial no autorizada a través del uso de claves obtenidas fraudulentamente, en esto existe coincidencia con la tesis de Flores Men-

²² VELASCO NÚÑEZ, “Fraudes informáticos”, cit. nota n°12, p. 65

²³ MIRÓ LLINARES, “La respuesta penal”, cit. nota n°1, p. 33.

²⁴ FERNÁNDEZ TERUELO, Javier, *Derecho penal e Internet*, Madrid: Lex Nova, 2011, p. 39 y 40.

La punibilidad del comportamiento del mulero o *phisher-mule* en derecho penal español

doza, Miró Llinares, Rey Ruidrobo, Velasco Núñez, Blanco Cordero, entre otros, por lo que el comportamiento del mulero o sujeto que realiza la segunda disposición patrimonial, en sentido estricto no es necesario para rellenar el injusto de la estafa informática: el injusto ya está completado.

Desde esta perspectiva, resulta discutible la postura que entiende el comportamiento del mulero como parte del ámbito de aplicación del delito de estafa informática²⁵. La sentencia 556/2009 del 16 de marzo y muchas otras que juzgan análogamente, son poco plausibles, porque califican como cooperación necesaria, el comportamiento del mulero, cuando en efecto ese comportamiento no se requiere para producir la tipicidad. El problema está en la inadecuada delimitación de los caracteres diferenciadores de los distintos tipos de estafa y la no determinación de los requisitos que completan el tipo objetivo en la estafa informática²⁶. Por estas mismas razones, habría que rechazar aquella postura que entiende que nos encontramos ante un delito de estafa tradicional²⁷. Para nosotros,

el comportamiento del mulero o sujeto que realiza la segunda disposición patrimonial, en sentido estricto, no es necesario para rellenar el injusto de la estafa informática, el injusto ya está completado, tanto en los supuestos en los que se infiera por parte del “mulero”, un conocimiento (dolo) de la situación antijurídica de la que proceden los bienes-efectos, que incluya una finalidad de aprovechamiento patrimonial (Sentencia del Tribunal Supremo 834/2012 de 25 de octubre), y aun en los supuestos en los que se determine que objetivamente pertenecen a la organización que realizan la primera y segunda fase (Sentencia del Tribunal Supremo 533/2007 de 12 de junio). Son tres distintos comportamientos y que reciben en el ordenamiento jurídico-penal español una respuesta distinta.

6.2. Puntos discrepantes

6.2.1. Sobre el análisis del conocimiento que se verifica para la realización del hecho: presupuestos dogmáticos de partida

A partir de aquí es donde surgen las diferencias con los distintos autores. Porque, la cuestión no es argumentar en torno al dolo del sujeto mulero, sino en función del comportamiento desplegado por aquel²⁸: aunque el mulero conozca e incluso quiera que se realice el fraude a través de la estafa informática, este conocimiento y voluntad de que se realice el hecho, no es criterio suficiente para imputar un resultado prohi-

²⁵ La sentencia 556/2009 de 16 de marzo afirma que “aun prescindiendo de una intervención calificable de coautoría, porque se entendiera que no tenía el dominio del plan total, consta un participación de Ángeles que habría de ser comprendida en el art. 28 b), al tratarse de una cooperación necesaria; la recepción del dinero procedente de una cuenta extraña y su transmisión a una persona, también extraña, de Rusia, implicaba una colaboración que merece la consideración de necesaria, por tratarse de un bien de escasa obtenibilidad y determinante del sí de la operación desde una perspectiva ex ante”.

²⁶ En realidad, de lo que se trata es algo cuya gravedad es mucho mayor, porque, se agrega al tipo de manera arbitraria un comportamiento que el delito no exige para su configuración, con la intención o finalidad de imputar y no dejar impune lo que a su juicio debe castigarse. Porque, aun en el supuesto de que no contara con más tipo penal que el 248.1 CP, en el caso de la sentencia 556/2009 de 16 de marzo, es difícil sostener que la conducta de la condenada era un supuesto de estafa continuada. Por ejemplo, la Audiencia Provincial de Vizcaya en la sentencia núm. 355/2006, de 9 de mayo de 2006, condenó como autor de un delito de estafa informática a un sujeto que abrió a su nombre cuatro diferentes cuentas bancarias desde las que transfería el dinero que recibía fruto del *phishing*, y razona el tribunal que: “la conducta típica no se agota en el descubrimiento de las claves que identifican al cliente y en su utilización haciéndose pasar por tal, sino que también es preciso disponer de cuentas a beneficio de las cuales ordenar las transferencias, de manera que posibilite el cobro del importe defraudado”. Desde esta explícita perspectiva o toma de postura, se debería entender que la conducta del mulero es necesaria para agotar o colmar el tipo, el injusto no ha sido cubierto hasta la conducta del mulero por eso la sentencia afirma que este comportamiento se debe entender como “una conducta integradora de la acción típica descrita en el art. 248.2 del Código Penal”.

²⁷ Como en el caso de la Sentencia del Tribunal Supremo 533/2007 de 12 de junio, sin embargo, como el tribunal y cierta doctrina asumen esto como forma plausible de explicar estos pro-

blemas jurídico-penales, caben las preguntas que hemos formulado previamente. Recordemos las preguntas: ¿la dificultad de dilucidar la cuestión de la imputación por la estafa informática, vendría entonces dada, por la posibilidad de que estas personas que realizan la segunda transferencia, la doctrina los denomina muleros o *phisher-mule*, puedan ser o no parte de la organización criminal que realiza las primeras dos fases? En caso de que se pruebe o infiera mediante indicios que esto es así, ¿eso configura el tipo penal de estafa (informática)? Porque cuando se verifique la “acechancia a patrimonios ajenos realizados mediante manipulaciones informáticas”, ¿existe también de parte de quienes *conocen* sin realizar comportamiento alguno referido a esta conducta, también responsabilidad por estafa patrimonial?

²⁸ Así lo hacen Flores Mendoza, “La responsabilidad”, cit. nota nº12, p. 168; también Miró Llinares, “La respuesta penal”, cit. nota nº1, p. 36; Blanco Cordero, *El delito de blanqueo*, cit. nota nº15, p. 716, quien asume que cuando exista “connivencia” entre mulero y estafadores, debe hacerse responder al primero como participe del comportamiento del segundo. Si la “connivencia” es simplemente tolerancia de los comportamientos ajenos, es discutible que se haga participe a alguien de un comportamiento ajeno. La responsabilidad tiene como fundamento un hecho y culpabilidad propios, no ajenos, por lo que se debe rechazar también esta ambigua interpretación.

bido, antes de imputar por el tipo subjetivo, es preciso imputar al tipo objetivo la realización de las conductas que describe el tipo, de lo contrario se imputa por conocimientos o, intenciones si se quiere, pero no se imputa objetivamente.

La conducta del mulero no es punible por la vía del artículo 248.a o incluso de la estafa tradicional, no porque no haya conocimiento, sino porque no realiza el tipo objetivo. Por esta razón, no nos introduciremos en las discusiones que se derivan de entender si existió o no dolo o si basta o no ignorancia deliberada. Si existe dolo o no, es un examen posterior a si existe o no comportamiento típico. Si no existe comportamiento típico, no se precisa realizar mayor análisis sobre el tipo subjetivo. Es necesario observar que así resuelven los tribunales esta cuestión, situación que resulta al menos discutible por la posible infracción de las garantías básicas derivadas de la norma constitucional, la Parte General del Código Penal y los requisitos de una dogmática penal respetuosa de estas garantías.

6.2.2. Sobre los argumentos para determinar que se trata de un delito de blanqueo de capitales

De una u otra manera, hasta aquí, con las previsiones antes señaladas, se coincide con las posturas de Flores Mendoza, Miró Llinares, Rey Ruidrobo, Blanco Cordero; sin embargo, cuando aquellos asumen que se trata de un delito de blanqueo de capitales, no se han percatado que la prohibición a la que se refiere tanto el artículo 298 CP como la del artículo 301 CP, se refieren a la misma materia: prohibir la ilícita circulación de bienes-efectos, pero desde diversas estrategias político-criminales, así, cuando se blanquee bienes-efectos y estos provengan de un delito contenido en el título XIII del CP, deberá imputarse conforme a las reglas del artículo 298 CP.

Revisemos detalladamente su postura, para ir a la vez construyendo la nuestra. Esta postura afirma que, el comportamiento típico consistiría en transmitir o poseer bienes con el conocimiento de su origen delictivo, por lo que, la conducta del mulero se ajustaría al tipo del artículo 301.1 CP dado que transmite bienes de origen delictivo de forma idónea para incorporarlos al tráfico jurídico y con el propósito de ocultar el origen ilícito de los mismos. Sin embargo, nada obsta para que este comportamiento quede reconducido

también a través de la recepción, ayuda u ocultamiento, constantes en el artículo 298 CP. Con lo que, incluso, las mismas finalidades del comportamiento se pueden predicar para ambos delitos: “de forma idónea para incorporarlos al tráfico jurídico y con el propósito de ocultar el origen ilícito de los mismos”. Por lo que, hasta aquí, no se define si el comportamiento del mulero es receptación o es blanqueo.

Por otro lado, se sostuvo respecto del blanqueo y se sostiene respecto de la receptación, que antes de la reforma al CP del 2010, no era posible interpretar en el ámbito de aplicación del artículo 301 CP, las conductas del mulero, entre las razones que se proponían tenemos que el tipo del artículo 301, exigía que los bienes que se transmitían tuviesen “origen en un delito”, o bien que se realizasen actos para ocultar o encubrir el origen ilícito del dinero o para evitar que quien cometiese el delito sufriese las consecuencias jurídicas por ello. Desde esta perspectiva, lo lógico era entender que el mulero no actúa ni “para ocultar o encubrir el origen ilícito del dinero”, ni “para ayudar a la persona que haya participado en la infracción a eludir las consecuencias legales de sus actos”, sino, para favorecer la comisión del delito que, sin su intervención, no puede llevarse a cabo²⁹.

El problema de esta interpretación es precisamente la incapacidad para desligarse del fenómeno de la estafa informática o mejor del *phishing* como fenómeno desde una perspectiva criminológica. El *phishing* en su conjunto, desde una perspectiva criminológica requiere para lograr su finalidad, cual es obtener beneficio, provecho, utilidad por vías ajenas a lo lícito, efectivamente de que se cumplan con tres fases. El problema es que desde una perspectiva jurídica y jurídico-penal, esto no es muy relevante, el fenómeno y su entendimiento desde la perspectiva criminológica deben ser siempre considerados, más su consideración a efectos interpretativos, está limitada o condicionada por lo que establezca el tipo penal que se quiere aplicar a un caso concreto. Así, aunque el comportamiento del mulero desde una perspectiva criminológica es interpretable como necesario para cumplir con la finalidad delictiva, desde la perspectiva jurídico-penal del artículo 248.2.a, es innecesaria para configurar el tipo, porque es un comportamiento que excede el tipo objetivo o que el tipo objetivo no lo requiere para configurarse. Aceptar esto es como

²⁹ Miró Llinares, “La respuesta penal”, cit. nota nº1, p. 36.

La punibilidad del comportamiento del mulero o *phisher-mule* en derecho penal español

querer, en el sentido de los elementos subjetivos del injusto, incorporar un determinado elemento al tipo objetivo, lo cual es en toda regla una interpretación no cubierta por el ordenamiento jurídico³⁰.

Por lo que, resulta al menos discutible afirmar que, como sin la conducta del mulero, sin su intervención, no puede llevarse a cabo el comportamiento típico de la estafa informática, se debe castigar con la pena de este delito. La cuestión se resuelve determinando qué comportamiento colma cada tipo objetivo en cada delito, por lo que, cuando se participa en un delito previo, tendrá que juzgarse según las reglas del delito previo. Mas esto, no es argumento para descartar que el comportamiento del mulero esté incluido en el ámbito de aplicación del artículo 298. La referencia al conocimiento que tenía el imputado en una determinada causa de su actuar que, al ser comparados con la norma jurídica de que se trate, van a ser valorados en la fundamentación jurídica como delito, es una afirmación válida siempre y cuando se haya alcanzado el tipo objetivo³¹. Se imputan conocimientos a un determinado sujeto cuando con su comportamiento ha superado el riesgo prohibido, de lo contrario se juzgarían intenciones.

Por otro lado, resulta también discutible tomar como punto de partida dogmático el argumento de que “el delito de blanqueo de capitales esté configurado como la tipificación expresa de formas de intervención específica en determinados delitos”, porque el blanqueo de capitales y la receptación no son formas de intervención específica en un delito previo, son conductas posteriores muy diferenciadas de las anteriores. Se trataría de una postura ligada a la teoría del mantenimiento o a la explicación del delito de receptación como forma de la participación, teorías que no explican de manera suficiente estos comportamientos delictivos. No es de extrañar que, si se parte de esta idea, se sostenga que, “la delimitación entre la responsabilidad por esta figura delictiva y la cooperación necesaria o la complicidad por el” delito previo, “vayan a depender únicamente del conocimiento

que se pueda atribuir que tiene el sujeto que realiza la concreta aportación”. El análisis del conocimiento no determina lo objetivo. Aunque es cierto que el dolo de la acción la explica, no se puede analizar si en una determinada acción existe dolo hasta que se compruebe que esa acción es en efecto típica y en este sentido superadora del riesgo.

Por lo que, resulta también discutible aquella conclusión que afirma que, la responsabilidad de los “muleros del phishing, sea como partícipes de una estafa o como autores de un blanqueo dependerá del conocimiento que se impute que tenía el mulero en el momento de realizar una conducta”³². La determinación de la responsabilidad jurídico-penal exige el cumplimiento de ciertos estándares básicos, entre los que cabe contar, la imputación por hechos: la responsabilidad depende primeramente de la imputación objetiva y luego de la subjetiva. Suponer lo contrario, conduce a situaciones indeseables desde una perspectiva garantista: imponer cargas o deberes jurídico-penales inexistentes así, se debe imputar al mulero que conoce, que obra con dolo, aunque no realice comportamiento antijurídico alguno según el artículo 248.2.a CP, simplemente, porque “permite con su actuar la consumación del delito al no existir disponibilidad sobre el mismo hasta que no se da tal transferencia”, por lo que, nos encontraríamos ante una comisión por omisión.

En este orden de cosas, también resulta discutible aquella afirmación que asegura que, “la intervención del mulero es casi insustituible como forma de lograr el perjuicio patrimonial por medio de la estafa informática”³³, porque, el perjuicio patrimonial ya ha sido configurado desde el momento en que se realiza la primera disposición, porque el injusto se cumple con la disposición patrimonial no consentida. Pensar de otra manera equivale a incorporar en todos aquellos tipos penales en los que el motivo para realizar el tipo sea un aprovechamiento, incluir como típico, el comportamiento final que coadyuva a su realización. Un ejemplo permite mostrar nuestra posición: una persona roba un Picasso valorado en 200 millones de euros, si se sigue los presupuestos de esta teoría, el perjuicio patrimonial no estaría configurado hasta que un tercero adquiera o reciba el Picasso, y entregue al autor del delito de robo el dinero del Picasso. Juri-

³⁰ Aunque requiere un análisis pormenorizado y mucho más específico, me atrevería a señalar que, si se practica por la autoridad correspondiente, el acto ingresa al ámbito de la infracción de deberes para juzgar. En estos casos, el núcleo del comportamiento está en tomar por arbitrio propio la declaración de la ley que sólo corresponde al legislador, de este modo su actuación es crear derecho injusto y, por tanto, sería una decisión ilegítima.

³¹ En el sentido observado, Miró Llinares, “La respuesta penal”, cit. nota n°1, p. 42.

³² Miró Llinares, “La respuesta penal”, cit. nota n°1, p. 42.

³³ Miró Llinares, “La respuesta penal”, cit. nota n°1, p. 44.

dico-penalmente el tercero que adquiere o recibe el cuadro del afamado pintor español sería participe del delito de robo porque sin su intervención no se habría logrado el perjuicio patrimonial. Como se observa, la argumentación resulta poco plausible.

La solución de este problema está en la interpretación que en esta investigación se realiza de la receptación como un delito autónomo, la original concepción de la receptación y su creación legal en función de aquella ha desaparecido, la receptación es mucho más que evitar que el receptor se beneficie a sí mismo y a que el autor del delito consiga el beneficio que procuró cuando emprendió su actividad ilícita o incluso evitar una afectación mayor al bien jurídico protegido por el tipo penal previamente infringido, al igual que el delito de blanqueo de capitales, la receptación hoy, según la actual configuración de la sociedad, lo que persigue es evitar que se contamine el tráfico lícito de bienes en la economía, con los efectos que surgen de la comisión de un delito patrimonial y contra el orden socioeconómico. La conducta del mulero es típica según lo que se establece en el artículo 298 CP.

En atención a lo anterior, resulta curioso y extraño, que se describa la conducta del mulero de este modo:

“el mulero que recibe importantes ingresos y los transfiere por los medios que le han ordenado, realiza un comportamiento cuyo único sentido social es, a todas luces, hacer posible a otros sujetos, determinados o indeterminados, la consumación final del delito”³⁴.

Y, aun a pesar de aquello, se sostenga que se trata de una participación en un delito de estafa informática cuando, realmente se describe el comportamiento típico de una receptación: a) recibir un bien-efecto de un delito previo contra el patrimonio; b) no participar en el delito previo; y, c) actuar con ánimo de lucro propio y/o para ayudar a los responsables a aprovecharse de los efectos del mismo.

Por otro lado, sobre la cuestión del objeto material como criterio para limitar la imputación de los comportamientos del mulero vía receptación y/o blanqueo, cuando los bienes a los que se refiere el blanqueo serían los que tienen su origen en el delito, debiendo descartarse aquellos que sean objeto material del delito previo, argumento usado por doc-

trina³⁵ y jurisprudencia, como por ejemplo, en la Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid núm. 271/2008, del 26 de mayo de 2008, que absuelve del blanqueo de capitales a quien no había sido imputada por delito de estafa informática, arguyendo que:

“... cuando el precepto indicado (blanqueo de capitales) habla de bienes no se trata de los que constituyen el objeto material del delito antecedente, sino de aquellos que tienen su origen en el mismo, poniendo el ejemplo del delito de tráfico de drogas, en el que el bien a blanquear no es la sustancia estupefaciente, sino el dinero o bienes entregados a cambio de aquella. Y en el caso de autos resulta que estamos ante un tipo de estafa informática denominada *phishing* en el que el “bien” supuestamente blanqueado es el objeto material del delito, pues el objeto de la estafa es el dinero que recibió la acusada en su cuenta bancaria. Ello determinaría que no pudiera hablarse en el caso de autos de un delito de blanqueo de capitales, sino de un delito de estafa, tal y como estableció la STS 533/2007 del 12 de junio de 2007, que confirmó una sentencia en la que se condenaba como autores de un delito de estafa a varias personas que habían desarrollado una conducta idéntica a la de la acusada en la presente causa”.

Como se puede observar, el argumento se desarrolla sin aceptar que se debe apreciar una identidad normativa entre los conceptos de bienes y efectos en el ámbito de los delitos de blanqueo de capitales. En este sentido, si por efectos de un delito debe entenderse, cualquier bien (mercancía legal o ilegal en cuanto a su tenencia, posesión, goce y puesta en circulación) obtenido (explicada, causada) mediante el cometimiento de un delito o una actividad delictiva, sea que se encuentre en el mismo estado o en otro diferente (como valor de uso o valor de cambio), o sea que la mercancía se convierta en dinero u otro valor, o que con el dinero se adquiera mercancía u otro valor, sin distinguir si son los efectos inmediatos o mediatos del ilícito, el objeto material del delito previo, podrá estar incluido siempre que no se trate de aquellos objetos materiales que la conducta típica deja totalmente inalterados, así como aquellos que por su naturaleza no son susceptibles de ser incluido en las actividades de comercio (en general tráfico de bienes y sustancias ilegales: drogas, órganos, armas, etc.). Ahora, en los

³⁴ Miró Llinares, “La respuesta penal”, cit. nota nº1, p. 43.

³⁵ Miró Llinares, “La respuesta penal”, cit. nota nº1, p. 36.

La punibilidad del comportamiento del mulero o *phisher-mule* en derecho penal español

casos de estafa informática, el objeto material no queda inalterado, por tanto, es reconducible, por ejemplo, al concepto de efecto o al concepto de ganancia. Porque precisamente el objeto material en la estafa es a su vez la finalidad por la cual el autor decide comportarse típicamente, con lo que esta crítica también queda superada.

Por último³⁶, sobre la consideración de los comportamientos del mulero como un delito de blanqueo de capitales culposo por imprudencia grave, solución que es acogida y compartida por la jurisprudencia; como se ha puesto de manifiesto, hay voces que se alzan³⁷ en contra de este tipo de resoluciones (nos sumamos a estas críticas), porque la condena por imprudencia resulta cuestionable, porque los indicios

generalmente utilizados para la afirmación del dolo al menos eventual, están presentes en estos supuestos³⁸. Se trata de todo un cúmulo de indicios que son indicadores del dolo (al menos eventual) del sujeto activo (la realización de las transferencias de importantes cantidades de dinero sin siquiera preguntarse si tal actividad es o no legal y a cambio de importantes comisiones, parece superar los márgenes del actuar imprudente, pero no llegar al dolo si se entiende como conocimiento y voluntad del hecho típico en este caso³⁹), según esta criticada y discutible postura, de un delito de blanqueo de capitales, por lo que no se entendería que se aplique el tipo imprudente.

Todo lo que se ha sostenido respecto de que no es factible descartar la imputación del comportamiento de los muleros por la vía del artículo 298 CP, sumado a la anterior crítica que entiende que los comportamientos del mulero al menos exigen que se comporte con dolo eventual, nos permiten inferir que, esta conclusión, completa el extremo de que no existe dificultad alguna para interpretar que hasta este nivel de análisis, las conductas o comportamientos del mulero pueden ser subsumidas tanto en el ámbito de aplicación del artículo 298 CP, como en el del artículo 301 CP en sus modalidades dolosas, entonces, ¿cuál sería el punto de quiebre para afirmar que las conductas del mulero se deben perseguir según lo establecido en el delito de receptación? La conducta de los muleros está más cerca del delito de receptación, descartando la posibilidad de incluirla en el ámbito de aplicación del delito de estafa informática por las razones previamente expuestas. Por otro lado, pareciera más correcto afirmar que son comportamientos de blanqueo

³⁶ En efecto, la Sentencia del Tribunal Supremo 834/2012 de 25 de octubre, con la que empezamos la discusión de este apartado, condenó a la acusada como autora de un delito de blanqueo de capitales culposo cometido por imprudencia grave y lo fundamentan en que aceptando la propuesta de trabajo, “la acusada, sin ningún tipo de preocupación sobre el significado económico y jurídico del trabajo a desempeñar, y viendo la situación como una forma rápida y sencilla de obtener dinero sin realizar a cambio contraprestación significativa alguna, procedió...”, a realizar la apertura de la cuenta, en la cual se recibió la transferencia y “procedió a retirar” el dinero y a remitirlos al exterior a través de empresas de giro monetario. Así ocurre, también, en forma más explícita, con la Sentencia de la Audiencia Provincial de Valladolid (Sección 4ª), núm. 263/2010 de 21 de junio, que absuelve del delito de estafa a dos personas que ponen a disposición de un tercero, sus propias cuentas corrientes para que éste, realice unos determinados ingresos de dinero, que luego son transferidos a otras cuentas, percibiendo a tal efecto, una comisión por cada transacción efectuada. La razón, aduce la sentencia, radica en que efectivamente, “los acusados no participan en la manipulación informática, base de dicha defraudación, en ninguna de sus fases porque los actos del mismo consuman el delito cuando se apoderan de las cantidades de dinero de la cuenta del tercero ajeno, de modo que, realmente, los acusados participan en una operación posterior que tiene como base dicho fraude o estafa que ya se ha cometido, porque el perjuicio ya que se ha causado a través del artificio informático, operación que consiste en la ocultación de dicho dinero y su transferencia a un lugar del que no se puede recuperar”, ahora, una vez rechazada la imputación por el delito de estafa, no se descarta la punición de estos comportamientos, porque en efecto, tampoco es aceptable que los acusados consideren creíble que una empresa otorgue beneficios lícitos de una manera tan extraña a lo que sucede normalmente y necesitando a su vez, intermediarios, así, la actitud de los imputados de no “querer plantearse (con deliberada ignorancia), qué trascendencia puede tener el trabajo realizado ni el origen de las sumas de dinero que van a transferir, y de hecho transfieren, a Kiev”, debe interpretarse como imprudente y punible porque el resultado es “que un dinero procedente de una estafa informática encuentre la vía para no ser recuperado, cuando, los acusados, con un mínimo de diligencias o cuidado, podrían haber evitado el daño patrimonial que se produjo” desde el tipo del art. 301 CP.

³⁷ Flores Mendoza, “La responsabilidad”, cit. nota nº12, p. 185-186.

³⁸ Recordemos lo que afirmamos al respecto: : a) elevada comisión (5%-10%) a cambio de tareas burdas y simples (facilitar un número de cuenta corriente y realizar remesas de dinero); b) dudosa necesidad de la actividad laboral (porque puede ser llevada a cabo por quienes realizan la transferencia o por cualquier trabajador de la supuesta sociedad); c) utilización injustificada de medios diversos en la recepción y en el envío del dinero, transferencia bancaria en el primer caso, empresa de envío de dinero en el segundo; d) envío del dinero a países diferentes a aquel en el que se encuentra la sede de la empresa internacional; e) actividad laboral de gestión que no requiere supervisión de operaciones, clientes, etc., sin alta en la Seguridad Social y sin previa selección o entrevista personal; f) puesta a disposición de grandes sumas de dinero a una persona recién contratada; g) precaución del sujeto al abrir una cuenta bancaria destinada exclusivamente a estas operaciones; h) diligencia en el cumplimiento del envío del dinero, siempre en un plazo máximo de 48 horas desde la recepción de la transferencia; i) condición injustificada de que el dinero fuese girado antes de ese plazo al extranjero; etc.

³⁹ Miró Llinares, “La respuesta penal”, cit. nota nº1, p. 32.

según el artículo 301 CP, porque dado que se recepta dinero y no objetos, se debiera entender el comportamiento como de blanqueo y no de receptación. Sin embargo, ya hemos solucionado este problema mediante la equivalencia normativa entre bienes y efectos de un delito, por lo que bien cabe hablar de receptación de dinero, porque el dinero es un bien, y en el caso de la estafa informática el dinero que es el objeto material del delito, es también o el efecto o si se quiere la ganancia del delito por lo que no es objetable la recepción de dinero para desvincular el ámbito de aplicación del art. 298 CP.

En este sentido, debemos concluir que, nos encontramos ante una receptación porque: a) el delito previo, la estafa informática, es un delito contra el patrimonio; b) el mulero no es ni autor ni cómplice del delito previo; y, c) de manera fundamental, por ser la pena de este tipo penal más proporcionada que la del blanqueo, a la menor gravedad del comportamiento del mulero en comparación con el autor de la estafa, se debe preferir su aplicación⁴⁰. Las críticas que se han planteado a esta posibilidad ya han sido suficientemente superadas porque se refieren al supuesto conocimiento sin comportamiento como argumento para imputar por participación; y, por otro lado, se dice que cuando el mulero actúa con ánimo de lucro y, con conocimiento de la comisión de un delito contra el patrimonio, ayuda a los responsables a aprovecharse de los efectos de este; sin embargo, el delito en cuestión no está aún consumado, sino que, precisamente, la recepción por parte del mulero es el último momento necesario para determinar la consumación (perjuicio o pérdida patrimonial derivado de la disposición patrimonial). Crítica que también hemos superado al confirmar que con la primera disposición patrimonial se alcanza el tipo: el comportamiento del mulero no agrega nada al tipo objetivo del delito de estafa informática, porque el artículo 248.2.a, no requiere otro acto distinto que la disposición patrimonial no consentida.

La solución aquí aportada es corroborada además por los datos empíricos, porque para nosotros el comportamiento del mulero debe resolverse según las reglas del artículo 298 CP, porque el delito previo es uno contra el patrimonio. Así, el argumento de la pena a imponer es también importante, porque se comprue-

ba que más de 44% de las penas impuestas por blanqueo de capitales no superan los dos años, llegando a más de 55% las penas que no superan los tres años⁴¹. Por lo que, en el ámbito de los comportamientos del mulero, un comportamiento objetivamente menos grave que muchos otros comportamientos que agreden gravemente la lícita circulación de bienes en la economía, el marco penológico del artículo 298 CP es mucho más adecuado que el que establece el artículo 301 CP. Pero, aunque parezca que la decisión respondería a un capricho sobre qué tipo escoger, porque en efecto, caben a nivel de imputación objetiva y subjetiva tanto en el delito del artículo 298 CP, como en el del artículo 301 CP, el marco penal también es un indicio de que esto no es un antojo interpretativo, sino que está referido a una diferente estrategia político-criminal para proteger a la sociedad en su conjunto de la ilícita circulación de bienes.

Así, en la sentencia propuesta como problema a solucionar, no se debió confirmar la condena como autora responsable a la imputada por un delito de blanqueo de capitales (por imprudencia). La sentencia del Tribunal *a quo* debió primeramente imputar por un delito de receptación. Como no lo hizo, el Tribunal Supremo tuvo que absolver, porque el recurso planteó esta posibilidad.

En la Sentencia del Tribunal Supremo del 19 de diciembre⁴², en la que se confirma la condena a un abogado por blanqueo de capitales doloso también se puede apreciar esta solución, porque el delito del cual se originó el dinero blanqueado era un delito de estafa (y cometido fuera de España) por lo que no nos encontramos ante una aplicación del artículo 301 CP, sino que se debió aplicar el artículo 298 CP; claro que a diferencia de la resolución comentada, aquí no se propuso entender la conducta como una típica según el delito de receptación.

Fuentes consultadas

- Bacigalupo Zapater, Enrique, *Derecho penal Parte General*, segunda edición, Buenos Aires: Hammurabi, 2002.
- Blanco Cordero, Isidoro, *El delito de blanqueo de capitales*, Pamplona: Aranzadi, 2012.

⁴⁰ En sentido parecido, Velasco Núñez, "Fraudes informáticos", cit. nota n°12, p. 65

⁴¹ Calderón Tello, Lyonel Fernando, *El delito de blanqueo de capitales: problemas en torno a la imprudencia y la receptación*, Pamplona: Thomson Reuters/Aranzadi, 2016, p. 409 y ss.

⁴² STS 1501/2003 de 19 de diciembre.

La punibilidad del comportamiento del mulero o *phisher-mule* en derecho penal español

- Calderón Tello, Lyonel Fernando, *El delito de blanqueo de capitales: problemas en torno a la imprudencia y la receptación*, Pamplona: Thomson Reuters/Aranzadi, 2016.
- Cancio Meliá, Manuel, "Conducta de la víctima e imputación objetiva", en *Revista de las Facultades de Derecho y Ciencias Económicas y Empresariales ICADE*, núm. 42, 1997.
- Cancio Meliá, Manuel, "La exclusión de la tipicidad por la responsabilidad de la víctima ("imputación a la víctima")", en *Revista de derecho penal y criminología ICADE*, núm. 2, 1998.
- Cancio Meliá, Manuel, *Conducta de la Víctima e Imputación Objetiva en Derecho Penal*, Barcelona: J. M. Bosch, 1998.
- Choclán Montalvo, José Antonio, "Fraude informático y estafa por computación", en *CDJ*, núm. 10, 2001.
- Faraldo Cabana, Patricia, "Algunas reflexiones sobre las nuevas tecnologías en los delitos contra el patrimonio y el orden socioeconómico", en *Estudios Jurídicos*, 2009.
- Faraldo Cabana, Patricia, *Las nuevas tecnologías en los delitos contra el patrimonio y el orden socioeconómico*, Valencia: Tirant lo Blanch, 2009.
- Feijóo Sánchez, Bernardo, "Actuación de la víctima e imputación objetiva (Comentario a la Sentencia del Tribunal Supremo de 17 de septiembre de 1999)", en *Revista de Derecho Penal y Criminología*, 2da. Época, núm. 5, 2000.
- Fernández Teruelo, Javier Gustavo, "Estafas", en *Comentarios a la Reforma Penal de 2010*, Álvarez García, Francisco Javier; González Cussac, José Luis (Dir.), Valencia: Tirant lo Blanch, 2010.
- Fernández Teruelo, Javier Gustavo, "Respuesta penal frente a fraudes cometidos en Internet: estafa, estafa informática y los nudos de red", en *RDPC*, núm. 19, 2007.
- Fernández Teruelo, Javier, *Derecho penal e Internet*, Madrid: Lex Nova, 2011.
- Flor, Roberto, "Phishing y delitos relacionados con el fraude de identidad: un World Wide Problem en el World Wide", en *Robo de identidad y protección de datos*, Pamplona: Aranzadi, 2010.
- Flores Mendoza, Fátima, "La responsabilidad penal del denominado mulero o phisher-mule en los fraudes de banca electrónica", en *Cuadernos de Política Criminal* (110), 2013.
- Flores Mendoza, Fátima, "Respuesta penal al denominado robo de identidad en las conductas de phishing bancario", en *Estudios Penales y Criminológicos*, vol. XXXIV, 2014.
- Flores Prada, Ignacio, *Criminalidad informática. Aspectos sustantivos y procesales*, Valencia: Tirant lo Blanch, 2012.
- Galán Muñoz, Alfonso, "El robo de identidad: aproximación a una nueva y difusa conducta", en *Robo de identidad y protección de datos*, Pamplona: Aranzadi, 2010.
- García Álvarez, Pastora, *La puesta en peligro de la vida y/o integridad física asumida voluntariamente por su titular*, Valencia: Tirant lo Blanch, 1999.
- Gimbernat Ordeig, Enrique, "Imputación objetiva y conducta de la víctima", en *ADPCP*, vol. LVIII, 2005.
- Gimbernat Ordeig, Enrique, "Imputación objetiva, participación en una autopuesta en peligro y heteropuesta en peligro consentida", en *Estudios Penales en Recuerdo del Profesor Ruiz Antón*, Valencia: Tirant lo Blanch, 2003.
- Gimbernat Ordeig, Enrique, "Otra vez: conducta de la víctima e imputación objetiva", en *CDJ*, núm. 7, 2006.
- González Rus, Juan José, "Protección penal de sistemas, elementos, datos, documentos y programas informáticos", en *RECPC*, 14 de enero de 1999.
- Mata y Martín, Ricardo, "Medios electrónicos de pago y delitos de estafa", en *Los medios electrónicos de pago. Problemas Jurídicos*, Mata y Martín, Ricardo (Dir.), Granada: Comares, 2007.
- Mata y Martín, Ricardo, *Delincuencia informática y Derecho penal*, Madrid: Edisofer, 2001.
- Mir Puig, Santiago, "Significado y alcance de la imputación objetiva en derecho penal", en *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, 2003.
- Miró Llinares, Fernando, "La respuesta penal al ciberfraude. Especial atención a la responsabilidad penal de los muleros del phishing", en *RECPC*, 15-12, 2013.
- Miró Llinares, Fernando, *El cibercrimen*, Madrid-Barcelona: Marcial Pons, 2012.
- Poveda Roda, Mariano, "Descripción y "modus operandi" en la realización de fraudes mediante internet", en *Fraude electrónico: entidades financieras y usuarios de banca. Problemas y soluciones*,

Sanchís Crespo, Carolina (Coord.), Cizur Menor: Aranzadi, 2011.

Rey Huidobro, Luis Fernando, “La estafa informática: relevancia penal de phishing y el pharming”, en *La Ley Penal: revista de derecho penal, procesal y penitenciario*, 2013.

Romeo Casabona, C.: *Poder informático y seguridad jurídica: la función tutelar del Derecho Penal ante las nuevas tecnologías de la información*, Madrid: Fundesco, 1988.

Roxin, Claus, “La polémica en torno a la heteropuesta en peligro consentida (Sobre el alcance del principio de autorresponsabilidad en el Derecho Penal)”, en *InDret*, enero de 2013.

Tamarit Sumalla, Josep Maria, *La víctima en derecho penal*, Pamplona: Aranzadi, 1998.

Velasco Núñez, Eloy, “Fraudes informáticos en la red: del phishing al pharming”, en *La Ley Penal*, 2007.

Velasco Núñez, Eloy, “Fraudes informáticos en Red: del phishing al pharming”, en *La Ley*, núm. 37, año IV, abril 2007.

Jurisprudencia

Sentencia Audiencia Provincial de Valladolid (Sección 4ª), núm. 263/2010 de 21 de junio.

Sentencia Audiencia Provincial de Vizcaya núm. 355/2006, de 9 de mayo.

Sentencia Tribunal Supremo núm. 1501/2003 de 19 de diciembre.

Sentencia Tribunal Supremo núm. 2175/2001, de 20 de noviembre.

Sentencia Tribunal Supremo núm. 533/2007 de 12 de junio.

Sentencia Tribunal Supremo núm. 556/2009 de 16 de marzo.

Sentencia Tribunal Supremo núm. 692/2006, de 26 de junio.

Sentencia Tribunal Supremo núm. 834/2012 de 25 de octubre.

