

Una aproximación al delito de estafa en sus modalidades clásica e informática:  
De la estafa tradicional a las nuevas modalidades como el Phishing

An Aproximation to the crime fraud in its classic and informatic modality:  
From the traditional crime fraud to new modalities as Phishing

Unha aproximación ao delito de estafa nas súas modalidades clásica e informática:  
Dende a estafa tradicional ata as novas modalidades coma o Phishing

JOSE DAVID RODRÍGUEZ GARCÍA

[J.DAVID.RODRIGUEZ.GARCIA@UDC.ES](mailto:J.DAVID.RODRIGUEZ.GARCIA@UDC.ES)

TUTORA: EVA MARIA SOUTO GARCÍA

MASTER ABOGACIA CURSO 2019/2020



## RESUMEN

En el presente trabajo analizaremos la figura del delito de estafa clásico del art 248.1, delito que el legislador se ha visto obligado a redefinir en el art. 248.2 debido a la influencia de la tecnología informática, de ahí que se conozca este tipo penal como estafa informática.

### **Palabras clave:**

estafa, estafa electrónica, phishing, smishing, pharming, vishing, estafa burda, engaño bastante, engaño, error, ánimo de lucro, desplazamiento patrimonial, manipulación informática, mulero.

## ABSTRACT

In the present work w'll analice the classic crime fraud from the 248.1 article, crime which the legislator was need to redefine in the 248.2 article because of the tecnology influence. Because of that, we know this crimes as "informatic frauds".

### **Key words:**

fraud, electronic fraud, phishing, smishing, pharming, vishing, fake fraud, enough deception, deception, error, profit motive, patrimonial displacement, informatic manipulation, mule.

# ÍNDICE

## ABREVIATURAS

### 1. EL DELITO DE ESTAFA EN SU MODALIDAD CLÁSICA

1.1. Panorámica general

1.2. Análisis del tipo penal: los elementos del tipo

- a) Engaño
- b) Error
- c) Acto de disposición patrimonial
- d) Animo de lucro

1.3. El concurso de delitos

1.4. Ámbito de competencia: el “principio de ubicuidad”

1.5. Elementos que pueden desvirtuar el delito de estafa: engaño bastante y medio comisivo “burdo”

### 2. EL DELITO DE ESTAFA EN SU MODALIDAD INFORMÁTICA

2.1. Análisis de los elementos de tipo del 248.2

2.2. La figura del “mulero” y su importancia como criterio de competencia.

2.3. Análisis de la conducta del mulero y la llamada “ignorancia deliberada”

2.4. El Phishing como ejemplo paradigmático de la estafa informática y otras variantes

- a) Pharming
- b) Smishing
- c) Vishing

### 3. CONCLUSIONES

### 4. BIBLIOGRAFÍA Y LEGISLACIÓN

### 5. APÉNDICE JURISPRUDENCIAL

## ABREVIATURAS

Art	Artículo
ATS	Auto del Tribunal Supremo
BOE	Boletín Oficial del Estado
BOT	Robot
CC	Código Civil
CP	Código Penal
DNS	Domain Name System
ECLI	European Case law Identifier
IP	Internet Protocol
LEC	Ley de Enjuiciamiento Civil
LO	Ley Orgánica
LECrím	Ley de Enjuiciamiento Criminal
Núm	Número
SMS	Short Message Service
STS	Sentencia del Tribunal Supremo
UE	Unión Europea
URL	Uniform Resource Locator

## 1. DELITO DE ESTAFA EN SU MODALIDAD CLÁSICA

### 1.1 Panorámica general

El delito de estafa en su modalidad clásica<sup>1</sup> aparece regulado en nuestro Código Penal<sup>2</sup> en el artículo 248, a través de la siguiente redacción:

“1. Cometan estafa los que, con ánimo de lucro, utilizaren engaño bastante para producir error en otro induciéndolo a realizar un acto de disposición en perjuicio propio o ajeno”.

Es un artículo complejo en el sentido de que introduce varios elementos de tipo que analizaremos en lo sucesivo (engaño, error, disposición/desplazamiento patrimonial) y, a su vez, establece otras modalidades de estafa de las que sólo nos interesa la llamada estafa informática, cuya regulación tiene lugar en el apartado segundo del mismo artículo y que será objeto de estudio en el segundo capítulo de este trabajo.

Eso no impide, sin embargo, que introduzcamos una visión general de la figura en torno a la estafa y todas sus modalidades. Así pues, el artículo 249 establece las penas asociadas al delito:

“Los reos de estafa serán castigados con la pena de prisión de seis meses a tres años. Para la fijación de la pena se tendrá en cuenta el importe de lo defraudado, el quebranto económico causado al perjudicado, las relaciones entre éste y el defraudador, los medios empleados por éste y cuantas otras circunstancias sirvan para valorar la gravedad de la infracción.

Si la cuantía de lo defraudado no excediere de 400 euros, se impondrá la pena de multa de uno a tres meses”.

Nos encontramos, por tanto, ante una pena que para el tipo básico oscila entre los 6 meses a los 3 años de prisión y que introduce, además, una suerte de baremo que permite graduar la gravedad del delito en función del importe de lo defraudado, el perjuicio económico causado y la relación entre víctima y defraudador, así como los medios empleados para la comisión del delito.

---

1 La elección del término “clásico” no es baladí, ya que viene siendo utilizado por numerosos tribunales, entre ellos el propio Tribunal Supremo. Sirva como ejemplo de esto las STS 3666/2018 y STS 3253/2017

2 Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal. Publicado en BOE núm 281 de 24 de noviembre de 1995; en adelante CP

Por último, se establece el tope habitual dentro de los delitos contra el patrimonio; un importe por debajo de los 400 euros nos colocaría frente a un delito leve castigado con una pena de multa de 1 a 3 meses.

El artículo 250 del CP se encarga, efectivamente, de hacer una descripción detallada de todas aquellas circunstancias que agravan la pena. No nos interesa analizar cada uno de los elementos descritos en el artículo, que por otra parte no son más que una ampliación de la introducción hecha por el artículo 249. Así pues encontramos como, circunstancias que pueden agravar la pena, aquellas basadas en la naturaleza de lo defraudado (bienes de primera necesidad o artísticos/históricos); el medio empleado (falsificación firma, expediente, protocolo o documento público); perjuicio económico generado a las víctimas que los dejen en una situación de especial vulnerabilidad; aprovecharse de las relaciones entre víctima y defraudador y el importe de lo defraudado (superior a 50.000 euros) así como el número de afectados.

Se introduce también la figura de la “estafa procesal”, dirigida a aquellas manipulaciones que tengan lugar dentro del seno de un procedimiento judicial y que provoquen “error en el juez o tribunal llevándole a dictar una resolución que perjudique los intereses económico de la otra parte o de un tercero”, lo que no deja de ser una estafa clásica en sus elementos de tipo. Como particularidad, la estafa procesal se configura en una “estructural triangular”, ya que sujeto pasivo (juez) y perjudicado (contraparte) no suelen coincidir, lo que requiere la participación del sujeto activo como nexo de los mismos (Estaban Solaz Solaz, 2013)

Para terminar con este artículo 250, se establece también una agravación de la pena en caso de reincidencia (haber sido condenado ejecutoriamente por al menos tres delitos comprendidos en el capítulo VI “de las defraudaciones”) y una suerte de “súper tipo agravado” en dos supuestos: cuando concurren las circunstancias 4ª, 5ª, 6ª o 7ª de los 250.1 (descritas antes) con la 1ª, centrada en bienes de primera necesidad, viviendas u otros bienes de reconocida utilidad social; y cuando el importe de lo defraudado supere los 250.000 Euros. En estos dos últimos casos, la pena en abstracto será de 4 a 8 años como privativa de libertad, y multa de 12 a 24 meses.

El artículo 251 del CP regula una modalidad de estafa en relación con la capacidad (o no capacidad) de disposición sobre bienes muebles e inmuebles y todas las relaciones contractuales y derechos reales que puedan surgir en relación a éstos:

“1.º Quien, atribuyéndose falsamente sobre una cosa mueble o inmueble facultad de disposición de la que carece, bien por no haberla tenido nunca, bien por haberla ya ejercitado, la enajenare, gravare o arrendare a otro, en perjuicio de éste o de tercero.

2.º El que dispusiere de una cosa mueble o inmueble ocultando la existencia de cualquier carga sobre la misma, o el que, habiéndola enajenado como libre, la gravare o enajenare nuevamente antes de la definitiva transmisión al adquirente, en perjuicio de éste, o de un tercero.

3.º El que otorgare en perjuicio de otro un contrato simulado”.

Es esta una figura complicada en el plano práctico, ya que en ocasiones puede resultar difícil discernir si estamos ante un problema de naturaleza penal o civil; así, por ejemplo, en un procedimiento donde se use como herramienta defraudatoria la reducción de cabida de una serie de fincas para crear una nueva propiedad y sustraerla de parte de la posesión de su legítimo titular, el hecho en sí de dividir (que requiere un procedimiento administrativo propio) puede discutirse en el plano técnico en torno a la pertinencia de la medida hecha (civil), pero costará mucho más demostrar el elemento subjetivo consistente en el dolo en relación al ánimo de lucro (penal). En cualquier caso y de nuevo, no es esta modalidad de estafa la que nos interesa a efectos del presente trabajo a pesar de los problemas de aplicación que pueda suscitar.

El artículo 251.1 regula las responsabilidades cuando sea una persona jurídica la que actúe como sujeto activo del delito a través de aquellos que la representen:

“Cuando de acuerdo con lo establecido en el artículo 31 bis una persona jurídica sea responsable de los delitos comprendidos en esta Sección, se le impondrán las siguientes penas:

a) Multa del triple al quintuple de la cantidad defraudada, si el delito cometido por la persona física tiene prevista una pena de prisión de más de cinco años.

b) Multa del doble al cuádruple de la cantidad defraudada, en el resto de los casos.

Atendidas las reglas establecidas en el artículo 66 bis, los jueces y tribunales podrán asimismo imponer las penas recogidas en las letras b) a g) del apartado 7 del artículo 33”.

El artículo 31 *bis* regula la responsabilidad de las personas jurídicas en la figura de “aquellos que actuando individualmente o como integrantes de un órgano de la persona jurídica, están



autorizados para tomar decisiones en nombre de la persona jurídica u ostentan facultades de organización y control dentro de la misma” y aquellos sujetos que actúen o estén bajo la autoridad de las personas físicas antes mencionadas, mientras que el 33.7 se encarga de establecer las penas aplicables a dicho sujeto activo, matizando que todas tendrán la consideración de graves y que pueden suponer, por ejemplo, la disolución de la persona jurídica o la suspensión de la actividad por un plazo no superior a los 5 años. El artículo establece una serie de cautelas que debe tener en cuenta el tribunal juzgador a la hora de graduar las penas, como las consecuencias económicas y sociales poniendo el foco en los trabajadores, y el puesto que ocupó la persona o personas físicas dentro del organigrama general de la empresa en el momento de cometer el delito.

Para terminar, simplemente añadir que en el ámbito de las personas jurídicas, existe un elemento que exime de cualquier tipo de responsabilidad penal y que aparece reflejado en el artículo 31 bis apartado 2: haber adoptado antes de la comisión del delito modelos de organización, prevención y gestión, lo que se suele conocer con el nombre de “compliance<sup>3</sup>” o “corporate compliance”. Una vez se lleven a cabo estos programas específicos de prevención, los trabajadores de la persona jurídica quedarán vinculados y pasarán a ser responsables únicos en caso de que no sigan las directrices indicadas en éstos, lo cual sin duda es una ventaja considerable para cualquier empresa que decida invertir en su desarrollo.

## 1.2. Análisis del tipo penal: los elementos del tipo

Habiendo, por tanto, situado el delito de estafa y todas sus acepciones en el apartado anterior, nos centramos ahora en la figura clásica del delito. Para ello, tendremos como referencia una Sentencia del Tribunal Supremo<sup>4</sup> de 2014 donde se analiza de forma pormenorizada cada uno de los elementos de tipo de componen el delito: engaño, error, desplazamiento patrimonial y ánimo de lucro.

- **A) Engaño:** como elemento inicial del delito. Este engaño ha de ser “bastante”, y entendemos por bastante como la idoneidad para generar en la víctima una convicción que no se ajusta a la realidad, lo que permite que esta última realice una serie de acciones u omisiones que faciliten al sujeto activo el fin último de sustracción del patrimonio y/o

---

3 Podemos definirlo como un conjunto de procedimientos o prácticas adoptadas por las empresas para identificar potenciales riesgos operativos y legales.

4 STS de 26 de diciembre de 2014 (ECLI:ES:TS:2014:5573)

generar un perjuicio económico.

El engaño no es sólo un elemento fundamental dentro de la tipología de estafa, sino que al mismo tiempo produce un efecto curioso del que ya hablaremos más detalladamente en un punto posterior pero que podemos introducir ahora; que antes lo hayamos calificado como “bastante” e idóneo no es algo fruto del capricho, sino que genera en la víctima un cierto “nivel de autoprotección”. El Alto Tribunal se refiere a esta circunstancia en los siguientes términos: “esta suficiencia, idoneidad o adecuación del engaño ha de establecerse con arreglo a un baremo mixto objetivo-subjetivo, en el que se pondere tanto el nivel de perspicacia o intelección del ciudadano medio como las circunstancias específicas que individualizan la capacidad del sujeto pasivo en el caso concreto”; por lo tanto, el nivel del engaño no depende únicamente de la elaboración por parte del sujeto activo, sino también por las capacidades cognitivas del sujeto pasivo y su propio nivel cultural.

Además, las formas en las que puede articularse este engaño son diversas y también con problemas de aplicación práctica que serán objeto de estudio en puntos posteriores. Así por ejemplo, lo habitual es favorecer el engaño mediante el uso de un documento en el sentido amplio del término, por lo que podemos incluir contratos públicos o privados, pagarés, letras de cambio, tarjetas, cheques o documentos mercantiles; pueden ser documentos falsificados o, que sin ser estrictamente falsos, se les de una apariencia, finalidad o contenido que no se ajuste a la realidad para la que fueron creados, lo cual carga en el sujeto activo esa necesidad de dar una apariencia de realidad. Precisamente en torno a esto último, la apariencia de realidad, es a lo que se refiere la sentencia comentada: un grupo de individuos que aparentaban una solvencia económica inexistente y apoyados por un supuesto abogado que asumía el rol de custodio o garante de que todo lo practicado en las reuniones con las víctimas se ajustase a la ley. La apariencia de realidad puede ir más allá del simple hecho de “interpretar” un rol o hacer una “escenificación” que convierta el engaño en idóneo o bastante, sino que a veces puede consistir, incluso, en cumplir con parte de lo acordado aunque ello suponga entregar cantidades de dinero a la víctima. De nuevo el Tribunal Supremo se refiere aquí a otro ejemplo paradigmático como son las estafas piramidales: sus autores aparentan cumplir lo pactado contractualmente operando con los fondos aportados por sus clientes y prometiendo cuantiosos intereses, llegando el descubrimiento de la trama delictiva en un momento posterior, cuando ya se tiene la certeza absoluta de que el dinero invertido no se va a recuperar (mucho menos sus intereses) y que

el supuesto entramado empresarial de inversores nunca ha existido. El término de “pirámide o cascada” obedece a la particular configuración del entramado delictivo, en el cual inicialmente el sujeto activo hace una escenificación destinada a convencer de las ventajas a la hora de participar en un negocio de inversiones que a largo plazo se demostrará inexistente, y a su vez, la propia víctima se convertirá en una especie de “cooperador involuntario” al intentar vender las bondades de ese negocio a terceros, con la idea de que, cuantos más inversores se consigan, más sustanciosos serán los beneficios. Es, si se permite el término, una estafa que se “contagia” de víctima a víctima, desapareciendo el elemento subjetivo del dolo, ya que no se está actuando a sabiendas de que a largo plazo se producirá un perjuicio económico. Todo ello viene a demostrar que, en el caso de una estafa piramidal, nos encontramos ante “engaños” perfectos desde el punto de vista penal para su fin último, idóneos y bastantes, hasta el punto de que las propias víctimas lo interiorizan y lo trasladan a terceros.

Queda claro por tanto cómo debe articularse este engaño como fase inicial o punto de partida para que el delito de estafa opere como una figura destinada a generar un perjuicio económico en la víctima, pero no debemos olvidar (y se insiste en la idea de que será tratado más adelante) que la víctima tiene una especial relevancia frente a los actos (u omisiones) que realice a la hora de afrontar este engaño. Como afirma el profesor Vives Antón: “el engaño es lo primero y, sin duda, el más significativo de los elementos definitorios de la estafa” (Tomás Salvador Vives Antón, 2004)

- **B) Error:** no plantea tantos problemas interpretativos el tipo penal referido al error, para el cual el Tribunal Supremo (siguiendo con la sentencia anteriormente mencionada de 26 de diciembre) sólo dedica una sucinta explicación “el engaño ha de desencadenar el error en el sujeto pasivo de la acción”, de lo que podemos establecer la siguiente conclusión; el error está estrechamente vinculado a la idoneidad del engaño. Si el engaño resulta idóneo y bastante en los términos ya explicados antes, el error es una consecuencia lógica y asumible del mismo; pero sin embargo si el engaño utilizado resulta poco creíble o fácilmente evitable por una mente mínimamente perspicaz, difícilmente conseguirá el efecto deseado.

El error supone en la víctima el tener una percepción equivocada de la realidad que le ha transmitido el sujeto activo, o como afirma el fiscal Luzón Cuesta: “un juicio falso, que a su vez será causa, por lo que debe precederle, del acto de disposición” (Jose María Luzón

Cuesta, 2015) y es que, efectivamente, mientras que el engaño facilita el error en la víctima, es el mismo error el que abre la posibilidad de que se cometa un acto de disposición patrimonial.

- **C) Acto de disposición patrimonial.** En la cadena de elementos de tipo el llamado “acto de disposición patrimonial” es el que sigue al error sobre la víctima fruto del engaño, tal como expresa el Tribunal Supremo: “acto de disposición patrimonial del sujeto pasivo, debido precisamente al error y en beneficio del autor de la defraudación o de un tercero”.

Ahora bien, debemos entender este acto de disposición como una acción llevada a cabo por la propia víctima, convirtiéndola en una cooperadora necesaria que desembocará en su propio perjuicio económico. Lo particular del delito de estafa es que, a diferencia de otras figuras, requiere una interacción previa entre autor y víctima; un intercambio de acciones o, dependiendo de la situación, de omisiones. El sujeto activo ofrece una situación alejada de la realidad, destinada al engaño; la víctima, como receptora de ese engaño, corresponde con un acto tendente a facilitar el acceso a su propio patrimonio. Si finalmente la víctima no realiza ese acto de disposición, independientemente del motivo, nos encontraríamos ante una estafa en grado de tentativa. A este respecto resulta interesante hacer mención a una Sentencia<sup>5</sup> del Tribunal Supremo del año 98: “cierra el círculo engañoso que no produce efectos por causas totalmente ajenas a la voluntad del agente, por lo que la calificación de delito frustrado se ajusta certeramente a la verdadera naturaleza de los hechos puestos en marcha por el acusado (...) podemos situarnos en el plano de la tentativa o la frustración”

Por supuesto, la naturaleza de lo que entendemos como patrimonio en relación a la disposición patrimonial puede referirse a diferentes bienes o derechos dentro del tráfico jurídico/económico, así pues, no nos debemos limitar únicamente al hecho de hacer entrega de una cosa (dinero incluido), sino también en gravarla o prestar algún servicio siempre y cuando ambas facultades puedan ser susceptibles de una valoración económica. Tampoco resulta relevante si la víctima tiene la titularidad plena sobre el bien o la capacidad concreta de disponer del mismo, ya que por ejemplo un empleado/a del hogar puede entregar un bien a quien, por ejemplo, se haga pasar por un representante o apoderado del titular de la vivienda en la que presta el servicio.

---

5 STS de 27 de enero de 1998 (ECLI:TS:1998:427)

El acto de disposición, además, debe generar un perjuicio económico. De nuevo en palabras del Tribunal Supremo se define así: “de ella tiene que derivarse un perjuicio para la víctima, perjuicio que ha de aparecer vinculado causalmente a la acción engañosa (nexo causal o naturalístico) y materializarse en el mismo el riesgo ilícito que para el patrimonio de la víctima supone la acción engañosa del sujeto activo (relación de riesgo o segundo juicio de imputación objetiva)”. El perjuicio debe tener relación directa con la acción engañosa (el engaño inicial) y este mismo engaño debe generar un riesgo no permitido o peligro cierto en el patrimonio de la víctima; es decir: no basta con que se inicie la acción engañosa, sino que esta debe suponer, una vez superados los demás elementos de tipo del delito, un efectivo riesgo para el patrimonio de la víctima. Volvemos, por tanto, a la importancia de que el engaño sea idóneo y bastante, a lo que debemos sumar ahora que el acto de disposición se traduzca efectivamente en un riesgo real y cierto para el patrimonio. De otro modo nos moveríamos en el ámbito de la estafa intentada o frustrada como ya indicó el Alto Tribunal. Así, por ejemplo, si un individuo accede a un servicio o espectáculo falsificando la entrada pero, una vez dentro, opta por no hacer uso de las ventajas o facultades que éste le puede ofrecer, estaríamos ante una figura desvirtuada del delito de estafa, y es que a pesar de generarse el engaño, provocar un error en la víctima y producirse un acto de disposición a favor del sujeto activo (acceder a una serie de servicios evaluables económicamente), no ha habido un perjuicio económico real más allá de estar presente en un lugar en el que no debería estar en condiciones normales. Es a lo que el supremo se refiere como relación de riesgo o segundo juicio de imputación objetiva, ya que el sujeto nunca tuvo intención real de aprovecharse de lo que allí se le podría haber ofrecido.

- **D) Ánimo de lucro:** y llegamos finalmente al elemento subjetivo del delito, plasmado en el dolo por el cual se pretende obtener un enriquecimiento patrimonial. Es esencial apreciar este elemento subjetivo para diferenciar el delito de estafa de litigios más propios de la jurisdicción civil, sirviendo como ejemplo lo comentado anteriormente sobre el procedimiento de reducción de cabida de varias fincas.

Es fácil entender el ánimo de lucro en el contexto del bien jurídico protegido en relación al delito de estafa, definido por el Tribunal Supremo a través de una sentencia<sup>6</sup> en los siguientes términos: “el bien jurídico que se protege en la estafa es el patrimonio privado ajeno, cuando es atacado por medios insidiosos y fraudulentos (engaño). El delito de

---

6 STS de 23 de febrero de 2016 (ECLI:ES:TS:2016:632)

falsedad castiga a quien presenta como real o auténtico algo que no lo es, y en este caso el bien jurídico protegido es el tráfico jurídico general, en cuanto el documento es capaz de crear en terceros la confianza en su autenticidad y su eficacia probatoria”, el ánimo de lucro puede afectar, según los medios comisivos empleados, a dos bienes jurídicos diferentes; el propio del delito de estafa, centrado en el patrimonio privado ajeno; y, cuando se utiliza como medio un documento (sin entrar de lleno, de momento, en el concurso de delitos) falso, estaría afectando al tráfico jurídico general. Tenemos por tanto dos claves para poder “separar” el elemento doloso de una acción revestida de normalidad pero que encierra un engaño.

No resulta relevante, en principio, si el ánimo de lucro pretendido por el sujeto pasivo se centra en su propia persona o un tercero, salvo que este tercero tenga conocimiento de las acciones fraudulentas llevadas a cabo por el primero o participe de algún modo en las mismas, lo que podría suponer una declaración de partícipe a título lucrativo<sup>7</sup>, coautoría o incluso cooperación necesaria.

En definitiva, y a modo de resumen de los elementos de tipo expuestos, resultan pertinentes las palabras del profesor Conde-Pumpido Ferreiro: “estafa es la conducta engañosa, con ánimo de lucro injusto, propio o ajeno que, determinando un error en una o varias personas, les induce a realizar un acto de disposición, consecuencia del cual es un delito para su patrimonio o de un tercero” (Cándido Conde-Pumpido Ferreiro, 2001)

### **1.3 El concurso de delitos**

Dentro de la amalgama de posibilidades que brinda el CP en torno al concurso de delitos, la figura de la estafa es una de la que más jurisprudencia ha generado a lo largo de los años debido a las complicaciones que suscitan, principalmente, los medios comisivos utilizados para que el engaño surta el efecto deseado en la víctima. Como ya avanzamos antes, una práctica habitual es utilizar documentos (y de momentos hablamos de documentos en un sentido abstracto, genérico, sin importar su naturaleza) para respaldar la posición del sujeto activo y generar convicción en la víctima. El núcleo del debate se centra en saber si el uso de documentos, en el caso de que éstos resulten falseados, se articula como un tipo penal autónomo o, por el contrario, resulta absorbido

---

<sup>7</sup> Art. 122 del CP: “el que por título lucrativo hubiere participado de los efectos de un delito, está obligado a la restitución de la cosa o al resarcimiento del daño hasta la cuantía de su participación”.

por la estafa para evitar un supuesto de doble castigo *non bis in idem*.

A decir verdad, hay que señalar que el CP ya ofrece una definición de “documento” en su artículo 26, al indicar que: “a los efectos de este Código se considera documento todo soporte material que exprese o incorpore datos, hechos o narraciones con eficacia probatoria o cualquier otro tipo de relevancia jurídica”. Si bien es cierto que la intención de legislador es dar una definición de documento a efectos penales, ésta no nos sirve para dar cabida a toda la tipología de documentos existentes en nuestro ordenamiento, ya que no todos funcionan de la misma manera y tienen sus particularidades; tenemos, por tanto, que analizar cada tipología por separado.

La primera tipología de documentos en los que nos vamos a centrar son los públicos, oficiales y mercantiles. Los primeros se definen en el Código Civil<sup>8</sup>, en su artículo 1216, de la siguiente forma: “son documentos públicos los autorizados por un Notario o empleado público competente, con las solemnidades requeridas por la ley”. La Ley de Enjuiciamiento Civil<sup>9</sup> define los documentos públicos y oficiales de una forma más detallada en su artículo 317, el cual no transcribiremos literalmente debido a su extensión, pero que podemos clasificar en: resoluciones y diligencias judiciales de cualquier naturaleza; los autorizados por notario; los intervenidos por Corredores de Comercio Colegiados así como las certificaciones de las operaciones en que hubiesen intervenido; las certificaciones que expidan los Registros de la Propiedad y Mercantiles; los expedidos por funcionarios públicos en el ejercicio de sus funciones y los expedidos por funcionarios públicos para dar fe de disposiciones en relación a actuaciones de las Administraciones públicas. La diferencia entre un documento público y uno oficial es que los primeros tienen por finalidad otorgar fe pública en el ámbito que corresponda (judicial, notarial o administrativo), mientras que los segundos son aquellos documentos expedidos por funcionarios públicos en el ámbito de sus funciones, pero que no tienen atribuida la facultad de otorgar fe pública.

En el caso de los documentos mercantiles encontrar una definición general va a resultar más complicado por la sencilla razón de que ésta no se encuentra en nuestra legislación, por lo que no nos queda más remedio que acudir al Tribunal Supremo a través de una sentencia<sup>10</sup> que utilizaremos

---

8 Real Decreto de 24 de julio de 1889 por el que se publica el Código Civil. Publicado en la “Gaceta de Madrid” num. 206 el 25 de julio de 1889; en adelante CC.

9 Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil. Publicado en BOE num 7 de 8 de enero de 2000; en adelante LEC

10 STS de 17 de febrero de 2015 (ECLI:ES:TS:2015:1387)

en varios puntos de este trabajo gracias a su claridad de exposición en relación a la estafa. Así pues, el Alto Tribunal define los documentos mercantiles como aquellos que “expresan y recogen una operación de comercio plasmando la creación, alteración o extinción de obligaciones de naturaleza mercantil, o los que acreditan o manifiestan operaciones o actividades producidas en el ámbito propio de una empresa o entidad mercantil y se extiende a toda incidencia derivada de tales actividades”, y además de partir de esta definición general, también se ofrece una lista de diferentes documentos mercantiles que nos podemos encontrar en el tráfico jurídico habitual como por ejemplo:

“las letras de cambio, pagarés, cheques, órdenes de crédito, cartas de porte, conocimientos de embarque, resguardos de depósito y otros muchos: también son documentos mercantiles todas aquellas representaciones gráficas del pensamiento creadas con fines de preconstitución probatoria, destinadas a surtir efectos en el tráfico jurídico y que se refieran a contratos u obligaciones de naturaleza comercial, finalmente, se incluye otro tipo de representaciones gráficas del pensamiento, las destinadas a acreditar la ejecución de dichos contratos tales como facturas, albaranes de entrega u otros semejantes”

En relación con los documentos de naturaleza privada nos encontramos con un problema similar al de los mercantiles; no existe una definición general y/o universal, o al menos, no existe una definición directa en torno a los mismos. El CC, en su artículo 1225, se refiere al alcance y efectos de los documentos privados en el tráfico jurídico: “el documento privado, reconocido legalmente, tendrá el mismo valor que la escritura pública entre los que lo hubiesen suscrito y sus causahabientes”, mientras que la LEC en su artículo 324 los define en un sentido negativo: “se consideran documentos privados, a efectos de prueba en el proceso, aquellos que no se hallen en ninguno de los casos del artículo 317.”, es decir, hace remisión al artículo 317 ya mencionado antes (cuyo contenido hemos procurado resumir) y engloba a los documentos de naturaleza privada como todos aquellos que no se correspondan con los públicos y oficiales. Desde luego no son las definiciones más óptimas para facilitar su comprensión, pero no deberían plantear problemas en el terreno práctico ya que, aunque el ya precitado artículo 1225 es parco en contenido, asimila su finalidad con una naturaleza contractual, esto es: un documento privado se podría definir como aquel donde se plasma la voluntad de las partes sin que en él intervenga ningún funcionario o autoridad pública. Y aunque se prescindiera del elemento “público”, el CC está plagado de referencias a la importancia de lo que en ellos (contratos) se establezca. Sirva como ejemplo de esto el artículo 1091 del CC cuando se refiere a “las obligaciones que nacen de los contratos tienen fuerza de ley



entre las partes contratantes, y deben cumplirse a tenor de los mismos” o el 1278: “los contratos serán obligatorios, cualquiera que sea la forma en que se hayan celebrado, siempre que en ellos concurran las condiciones esenciales para su validez.”, todo ello sin mencionar que el propio Tribunal Supremo, en la definición que ya hemos ofrecido sobre los documentos mercantiles, también hace mención expresa a los contratos mercantiles como una acepción o forma de representación de los primeros.

Curiosamente el CP realiza el mismo ejercicio de remisiones a otros artículos, y es que tanto el 395 como el 396, sobre falsedades documentales en el ámbito de documentos privados, remite al 390 que regula, precisamente, la falsedad en documentos “públicos, oficiales o mercantiles”. Desde luego, parece que el legislador promulga una definición residual de documento privado como todo aquel que carezca del elemento público.

Una vez explicada la tipología de los diferentes contratos, debemos centrarnos en los concursos en sí, y comenzamos con los documentos públicos, oficiales y mercantiles cuando éstos se utilizan como medio comisivo. Como punto de partida, la solución de esta problemática es hasta cierto punto sencilla por una cuestión muy simple: la publicación del Acuerdo del Pleno de la Sala Segunda del Tribunal Supremo<sup>11</sup> del año 2002 (APTS de 8 de marzo de 2002. Actualizado en marzo de 2013), en cuya página 16 se manifiesta lo siguiente: “La falsificación de un cheque y su utilización posterior por el autor de la falsificación para cometer una estafa, debe sancionarse como concurso de delitos entre estafa agravada del artículo 250.1 3, del CP y falsedad en documento mercantil del artículo 392 del mismo cuerpo legal”, evidentemente se está refiriendo a un concurso medial de delitos regulado en el artículo 77.3 del CP, “cuando uno de ellos sea medio necesario para cometer el otro”, lo que implicará aplicar una pena superior por la infracción más grave teniendo como límite la suma de las dos penas concretas por separado, y conviene recordar que nos referimos a penas “concretas”, esto es: penas individualizadas teniendo en cuenta el grado de participación, consumación y circunstancias modificativas de responsabilidad. A este respecto podemos mencionar otra Sentencia<sup>12</sup> del Tribunal Supremo donde se aprecia este concurso medial confirmando el criterio utilizado por la Audiencia Provincial de Barcelona (que a su vez es el mismo que el del Acuerdo del Pleno de 2002) así como el cálculo del ya citado artículo 77.3:

“lo cierto es que hallándonos ante una estafa continuada que, a su vez integra, por la entidad de sus

---

11 Debe tener en cuenta el lector que dicho acuerdo regula varias materias. Nos interesa, a efectos del presente trabajo, lo expuesto en las páginas 16 y 33 respectivamente

12 STS de 9 de diciembre de 2004 (ECLI:ES:TS:2004:7967)

cuantías, al menos tres delitos de Estafa agravada, es decir, sancionados cada uno de ellos con pena que va del año a los seis años de prisión, y todo ello en concurso medial con otras tantas Falsedades de documentos previas, lleva a que la mitad superior de la pena más grave se sitúe entre los cuatro años y nueve meses de prisión y los seis años, por lo que los cinco impuestos por el Tribunal *a quo* no han de parecer en modo alguno, excesivos”.

Tenemos, por tanto, una primera aproximación a cómo deben interactuar dos figuras delictivas como son la estafa y la falsedad documental en el ámbito público, privado y mercantil, y es que antes del citado acuerdo del pleno del año 2002, los criterios utilizados para resolver esta cuestión eran diferentes; tenemos, a este respecto, una sentencia<sup>13</sup> del año 1992 que sirve como ejemplo en un supuesto en el que se ha utilizado una letra de cambio falsificada como medio comisivo:

“No tiene tampoco razón el recurrente cuando estima que al calificar el hecho penal de falsedad, hacerlo también de estafa constituye una violación del principio "*non bis in idem*". La falsedad documental como medio de cometer la estafa es un supuesto frecuente en la praxis judicial que se resuelve, al amparo del artículo 71 del Código Penal, como modalidad de concurso ideal, en el que existen diferentes acciones que, debidas al vínculo de conexidad (una de ellas es medial de otra) son sancionadas como un sólo delito, salvo que al hacerlo así resulte un perjuicio para el autor de las infracciones, en cuyo caso se penan separadamente.”

En este caso se recurre al concurso ideal de delitos regulado en el artículo 77.1 “un solo hecho constituya dos o más delitos” y, además, el Alto Tribunal responde a la supuesta violación del principio *non bis in idem*. Cabe decir que una vez leídas varias sentencias en torno a la estafa, el recurso de alegar supuesta infracción del principio *non bis in idem* resulta habitual, a pesar de que ya es una cuestión absolutamente superada desde hace varios años.

Ahora bien, a pesar de que este punto parece estar solucionado, la casuística siempre plantea problemas prácticos con importante trascendencia teórica. ¿Qué ocurre cuando, como medio comisivo para facilitar el engaño, se utiliza un documento mercantil, público u oficial que no sea estrictamente falso? Esto es, sin altear algunos de sus elementos o requisitos de carácter esencial (390.1 del CP). Para responder esta cuestión recurrimos a otra Sentencia<sup>14</sup> del Tribunal Supremo, la

---

13 STS de 28 de septiembre de 1992 (ECLI:ES:TS:1992:7276)

14 STS de 20 de septiembre de 2002 (ECLI:ES:TS:2002:5980)

cual es interesante por dos motivos. El primero, y obvio, es que da respuesta a la pregunta que hemos planteado, y segundo porque corrige a la Audiencia Provincial de Madrid por no aplicar, precisamente, lo establecido en el Acuerdo de Pleno de 2002. La Audiencia aplica únicamente el tipo penal de estafa agravada subsumiendo la falsedad documental a ésta. El Supremo responde en los siguientes términos:

“este criterio no puede ser compartido. La reunión plenaria de esta Sala, celebrada el 8 de marzo de 2002 para unificación de doctrina, sobre utilización de cheque falsificado para cometer estafa por el autor de la falsificación, estimó que "La falsificación de un cheque y su utilización posterior por el autor de la falsificación para cometer una estafa, debe sancionarse como concurso de delitos entre estafa agravada del art. 250.1 3, del CP y falsedad en documento mercantil del art. 392 del mismo cuerpo legal",

En respuesta al hecho de utilizar un documento mercantil que, sin ser falso, se presenta como válido de cara a la víctima para generar el engaño, el Alto Tribunal ofrece una solución muy inteligente, ya que elimina por completo la posibilidad de utilizar el delito de falsedad documental en concurso medial y aplica únicamente el tipo penal agravado de estafa: “la utilización consciente de un cheque en descubierto, de una cuenta propia, como instrumento de un engaño, integra la estafa agravada aquí sancionada” para acto seguido compararlo además con el uso de un documento mercantil falsificado:

“Conforme a una doctrina tradicional de esta Sala ambos delitos deben sancionarse conjuntamente, dando lugar, en su caso, a lo que se denomina concurso medial (art 77), pues la sanción de la estafa no cubre todo el desvalor de la conducta realizada, al dejar sin sanción la falsificación previa, que conforme al art 392 no requiere, para su punición, el perjuicio de tercero ni el ánimo de causárselo.”

Se añade aquí nueva información relevante para justificar esta construcción jurisprudencial: el hecho de que el delito de estafa no cubre por sí sólo todo el desvalor que supone el falsificar previamente un documento y que no se requiere, a efectos de poder observar el delito de falsedad documental en documento mercantil, público u oficial, un perjuicio o la intención de poder generarlo. En el mismo Acuerdo de Pleno del Tribunal Supremo ya citado (APTS de 8 de marzo de 2002. Actualizado en marzo de 2013) se hace mención a este hecho al asegurar que “la firma del ticket de compra, simulando la firma del verdadero titular de una tarjeta de crédito, no esta absorbida por el delito de estafa”

Se trata, en definitiva, de dar una nueva vuelta de tuerca a lo que venimos avanzando en puntos anteriores; el engaño como tal admite muchas formas comisivas, desde la más “literal” como puede ser el empleo de un documento falsificado que genere confianza en la víctima, o, simplemente, el empleo de un documento que sin estar falsificado no se utiliza para el fin por el que fue originalmente creado, o se le otorga una serie de facultades que realmente no posee; es a lo que nos veníamos refiriendo como “dar una apariencia de realidad” o una escenificación. Gran parte de la responsabilidad recae en este caso en el sujeto activo y su capacidad para generar confianza en la víctima, ya que el documento, por sí solo, no tiene nada de antijurídico. Como curiosidad, el Alto Tribunal recuerda en esta última sentencia analizada que el antiguo CP de 1973<sup>15</sup> regulaba, en su artículo 563 bis b, el delito de “cheque en descubierto”.

Dejando a un lado los documentos públicos, oficiales y mercantiles, toca explicar las particularidades del uso de documentos privados como medio comisivo del delito de estafa. Podemos avanzar que la solución no pasará, en este caso, por el concurso medial ya analizado antes, ni tampoco el concurso ideal que de forma residual hemos mencionado. De nuevo, recurrimos a una Sentencia<sup>16</sup> del Tribunal Supremo igualmente ilustrativa a este respecto.

Primero, se corrige el criterio utilizado por la Audiencia Provincial de Madrid, que aplicó un régimen de concurso medial, o más bien, un concurso medial “frustrado”, ya que la mitad superior de la pena más grave superaría el total de las dos penas sumadas por separado. A pesar de esta cautela, el Alto Tribunal añade:

“La expresión “en perjuicio de otro” del artículo 395 CP supone que éste requiere algo más que la mera alteración mendaz de uno de los elementos del documento. Requiere además que se produzca un perjuicio (o el ánimo de causarlo) en un tercero, perjuicio que normalmente será económicamente evaluable y que precisamente coincide con el de la estafa. Lo contrario supondría una duplicidad o superposición tipológica a la hora de contemplar el perjuicio y en definitiva de doble sanción (...) el delito de falsedad en documento privado exige en su tipicidad el ánimo de perjudicar a tercero, precisamente uno de los elementos de la estafa, por lo que la conducta debe ser penada conforme a uno de los dos tipos penales en aparente concurso.”

---

15 Decreto 3096/1973, de 14 de septiembre, por el que se publica el Código Penal, Texto Refundido conforme a la Ley 44/1971, de 15 de noviembre. (Vigente hasta el 5 de julio de 2010)

16 STS de 23 de febrero de 2016 (ECLI: ES:TS:2016:632)

La solución del Tribunal Supremo es un ejemplo de “ingeniería jurídica”; analiza los elementos de tipo tanto del delito de estafa como el de falsedad documental en documento privado (395 del CP) y considera, en torno a este último, que se requiere algo más que la simple alteración de los elementos constitutivos del documento, sino la generación de un daño o la intención de causarlo<sup>17</sup>, lo que coincide con el elemento subjetivo o ánimo de lucro del delito de estafa. Según esto, aplicar un concurso medial como el utilizado en documentos mercantiles supondría, efectivamente, una doble sanción o vulnerar el principio *non bis in idem*. La argumentación tiene su razón de ser porque, como ya advertimos anteriormente, analizando la redacción del artículo 390 del CP (falsedad en documentos públicos, oficiales y mercantiles) no aparece ninguna referencia a la intencionalidad del sujeto activo o la generación de un efectivo daño. Por tanto, en vez de recurrir al concurso de delitos, recurre al concurso de normas del artículo 8 del CP. El Supremo prosigue con su argumentación al añadir:

“Por regla general la estafa absorberá la falsedad en la medida en que el perjuicio efectivamente causado engloba el engaño y ánimo de perjudicar. Sin embargo en algunos supuestos particulares se abre paso, por el principio de alternatividad, la regla de la sanción más grave del nº 4 del artículo 8 CP. En concreto cuando la estafa no haya llegado a perfeccionarse (entre otras SSTs 860/2013 de 26 de noviembre o 195/2015 de 16 de marzo), pues en tales casos al no haberse alcanzado el propósito defraudatorio, ambas infracciones tienen el mismo grado de especificidad.”

De este último extracto de la sentencia podemos establecer las siguientes medidas cuando se trata de armonizar el delito de estafa y el de falsedad documental en documento privado, medidas en base a lo establecido en el artículo 8 del CP. Cuando la estafa se haya consumado, se aplicará lo establecido en el apartado 3º del artículo 8, al ser la estafa, como indica el CP “el precepto penal más amplio o complejo que absorberá a los que castiguen las infracciones consumidas en aquél” (principio de consunción); sin embargo, cuando sea una estafa intentada o frustrada, se recurrirá a lo dispuesto en el apartado 4º del mismo artículo, ya que “en defecto de los criterios anteriores, el precepto penal más grave excluirá los que castiguen el hecho con pena menor.” (principio de alternatividad). En relación a este último inciso del principio de alternatividad, el Tribunal Supremo concluye: “consideradas las penas en abstracto, la del delito de falsedad en documento privado oscila entre los 6 meses y dos años de prisión, mientras que la estafa podría alcanzar un máximo de

---

17 La redacción original del art. 395 se refiere a “el que, para perjudicar a otro”

11 meses y 29 días de prisión y multa de 5 meses y 29 días. En principio es aquél el que permite una pena más gravosa para el condenado.” Por tanto, en caso de que el delito no se haya consumado, queda claro que se impondrá el delito de falsedad documental en documento privado al poseer, en abstracto, las penas más altas.

Por último, para terminar con este análisis del concurso de delitos, mencionar simplemente otro extracto de la sentencia de 17 de febrero de 2015 (ECLI: ES:TS:2015:1387) en el que hace un resumen conciso de todo lo expuesto hasta el momento:

“a diferencia de lo que sucede con la falsedad en documento mercantil cuyo castigo como delito no exige causación de perjuicio alguno; la falsedad en documento privado requiere una vocación de perjudicar por lo que se solapa con la tipicidad de la estafa. En atención a ello, la jurisprudencia, tal y como argumenta el recurrente, considera que estamos ante un concurso de normas ( art. 8 CP ) y no de delitos ( art. 77 CP ).”

#### **1.4 Ámbito de competencia: el “principio de ubicuidad”**

Otra de las particularidades que pueden darse en relación al delito de estafa tiene que ver con su propio ámbito de competencia para ser instruido y juzgado por la autoridad judicial competente para tal fin.

El artículo 14.2 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal<sup>18</sup> podría darnos la clave para resolver una cuestión que, en principio, no debería plantear demasiadas dudas, asociando la competencia al lugar de comisión de los hechos: “para la instrucción de las causas, el Juez de Instrucción del partido en que el delito se hubiere cometido”, y decimos “podría” porque a pesar de que este criterio general funciona en la mayoría de los casos, la compleja naturaleza del delito de estafa (motivada, claro está, por sus diferentes elementos de tipo) han generado una casuística que trasciende los límites establecidos por el ya precitado artículo.

Es perfectamente posible que la ejecución del delito de estafa tenga lugar en diferentes lugares: sujeto activo y pasivo pueden tener un primer contacto en Coruña; firmar un contrato en Vigo (donde el engaño como tal ya se habrá materializado); sujeto pasivo hacer una entrega de

---

<sup>18</sup> Real Decreto de 14 de septiembre de 1882 por el cual se aprueba la Ley de Enjuiciamiento Criminal. Publicado en el BOE núm. 260 de 17 de septiembre 1882; en adelante lecrim.

dinero en la ciudad de Barcelona. Tendríamos, por tanto, tres posibles y diferentes lugares de comisión del delito. La duda surge entonces, en torno a cuál de estos lugares se impone a los restantes para determinar la competencia.

La solución frente a tal circunstancia la ofrece el Tribunal Supremo en un Acuerdo de Pleno<sup>19</sup>(Acuerdo de Pleno de la Sala General del Tribunal Supremo de 3 de febrero de 2005) donde parece amoldar a la perfección el esquema del delito de estafa a lo que el Alto Tribunal califica como “Principio de Ubicuidad” y que se explica del siguiente modo:

“El delito se comete en todas las jurisdicciones en las que se haya realizado algún elemento del tipo. En consecuencia, el juez de cualquier de ellas que primero haya iniciado las actuaciones procesales, será en principio competente para la instrucción de la causa.”

El Alto Tribunal considera, a través de este principio, que cualquier lugar en el que se hayan realizado algunos de los elementos del tipo determina la competencia para conocer la causa, “reduciendo” la misma a una cuestión, podríamos decir, de celeridad: el juez que primero haya iniciado las actuaciones procesales tendentes a la observancia del delito, será el que efectivamente adquiera la competencia. Debemos entender por “actuaciones procesales” (término, quizás, un tanto genérico en el ámbito procesal penal) a lo que la LeCRIM se refiere como “primeras diligencias” y define en su artículo 13:

“se consideran como primeras diligencias la de consignar las pruebas del delito que puedan desaparecer, la de recoger y poner en custodia cuanto conduzca a su comprobación y a la identificación del delincuente, la de detener, en su caso, a los presuntos responsables del delito, y la de proteger a los ofendidos o perjudicados por el mismo, a sus familiares o a otras personas, pudiendo acordarse a tal efecto las medidas cautelares”

Al igual que en puntos anteriores, resulta pertinente hacer referencia a otra Sentencia<sup>20</sup> del Tribunal Supremo en la que se aplica este principio de ubicuidad. En ella, además de hacer mención de forma expresa al acuerdo de 3 de febrero de 2005, el Alto Tribunal abunda más en su aplicación práctica en caso de delitos que no se hayan consumado:

---

<sup>19</sup> La regulación del principio de ubicuidad se establece en el primer asunto del acuerdo.

<sup>20</sup> STS de 15 de julio de 2016 (ECLI: ES:TS:2016:3581)

“En los casos de tentativa o preparación el lugar de comisión sera tanto el lugar donde se realice la preparación o donde se de comienzo a la ejecución, como el lugar en el que, según la representación del hecho del autor, debía producirse el resultado o el agotamiento del delito (...) el lugar de comisión debe estar determinado no solo por la ejecución de la acción o el de la producción del resultado, sino también por el lugar en el que el autor piensa atacar el orden jurídico nacional”

Por tanto, y según esto, no tiene importancia práctica para observar el principio de ubicuidad que el delito se haya consumado o no, ya que en caso de que la ejecución haya sido en grado de tentativa, cualquier actuación tendente a obtener el resultado deseado por parte del sujeto activo valdrá para determinar la competencia.

Por último, y antes de acabar con este apartado, queremos, a modo de matización, dejar claras dos cuestiones. La primera y más evidente es que el principio de ubicuidad no se aplica de forma exclusiva al delito de estafa, sino de forma general a cualquier delito cuyos elementos de tipo se desarrollen en diferentes lugares. Y segundo, por extensión a lo dicho anteriormente, el ya mencionado artículo 14.2 de la LECrim (criterios de competencia) puede ser de aplicación en caso de que todos los elementos de tipo de la estafa se desarrollen en un único lugar.

### **1.5. Elementos que pueden desvirtuar el delito de estafa: engaño bastante y medio comisivo “burdo”**

Durante el desarrollo de los puntos precedentes de este trabajo hemos insistido en la importancia de que el engaño, como elemento de tipo dentro del delito de estafa, tenga la consideración de “idóneo y bastante” para generar error en la víctima, y es que del mismo modo que el engaño funciona como elemento fundamental para determinar el “éxito” del sujeto activo sobre el pasivo, carecer de esas mismas nociones puede suponer, en el plano práctico, desvirtuar la figura de la estafa con consecuencias no deseadas para la propia víctima.

El punto de partida lo obtenemos en una Sentencia del Tribunal Supremo<sup>21</sup> en la que se realiza un análisis brillante del delito de estafa. Primero, por comparar el mismo con otras figuras delictivas (en este caso concreto de robo y hurto) que supongan un ataque contra la propiedad por “una remoción de los obstáculos con que el sujeto pasivo o perjudicado defiende lo que le pertenece o posee y generalmente la gravedad de la conducta es tanto mayor cuanto más intensa es la energía

---

21 STS de 29 de octubre de 1998 (ECLI:ES:TS:1998:6318)



desplegada por el sujeto activo para vencer aquellos obstáculos”, pero que poco o nada tiene que ver con la especial naturaleza del delito de estafa, y es que, como ya hemos anticipando anteriormente, lo “curioso” (desde un punto de vista penal) de este delito es que exige del sujeto pasivo una acción o actitud concreta que permita el posterior acto de disposición patrimonial, todo ello precedido, por supuesto, del ya citado engaño, no bastando por tanto la acción única del sujeto activo.

El Alto Tribunal se refiere a esta última circunstancia en los siguientes términos: “en el delito de estafa, por el contrario, en que el desplazamiento patrimonial es materialmente realizado por la acción del sujeto pasivo, la barrera que se ha de quebrar es perceptible aunque de naturaleza psíquica, y consiste en la inicial desconfianza que, en mayor o menor grado, inspira el extraño en cuyas manos se pone lo que nos pertenece.” Aquí ya se nos introduce la idea de “autoprotección”, como un elemento de desconfianza, sospecha o recelo frente a los actos del sujeto activo, y que efectivamente se reduce a una acepción casi diríamos “psicológica”; esto es: la realidad que se le presenta al sujeto pasivo y que éste debe analizar en su propio fuero interno. Todo ello supone que no vale cualquier engaño, sino sólo aquel “que resulta tan convincente que puede romper aquella barrera de la desconfianza”. Otra sentencia del Tribunal Supremo<sup>22</sup> también analiza el delito de estafa en el sentido de lo que debemos entender por engaño, al no establecer el propio CP una definición clara en torno al mismo: “no define el Código Penal qué deba entenderse por engaño, pero por tal debemos entender usualmente la acción y el efecto de hacer creer a alguien, algo que no es verdad, y de forma análoga el Diccionario de la Real Academia estima por tal "falta de verdad en lo que se dice, hace, cree, piensa o discurre", y por engañar "dar a la mentira apariencia de verdad”.

A partir de aquí, el Alto Tribunal nos lleva a lo que califica como “juicio de idoneidad”, esto es: el efecto que provoca el engaño y que debe ser analizado a través de una doble vía: la primera referida a la propia verosimilitud del recurso utilizado por el sujeto activo “maquinación sea capaz de producir error por adoptar una cierta verosimilitud o apariencia de verdad suficiente para producir error en cualquier persona de conocimientos y habilidades usuales” y la segunda en relación a la capacidad de análisis del sujeto pasivo teniendo en cuenta sus propias características (intelectuales, cognitivas) para “procesar” ese engaño “subjetivamente deba estimarse bastante a la vista de las concretas circunstancias y condiciones personales del sujeto engañado en una valoración totalmente individualizada”. Todo ello supone, a modo de conclusión por parte del Alto Tribunal, que cada caso deba ser analizado según esta doble vía, esto es: la articulación del engaño

---

22 STS de 4 de febrero de 2002 (ECLI:ES:TS:2002:653)

y su capacidad para generar un error y la propia capacidad del sujeto pasivo para defenderse del mismo.

A priori, es una argumentación que parece lógica, pero nos puede llevar a concebir situaciones absurdas donde la víctima tenga que establecer un deber de protección constante según el contexto en el que se encuentre, lo que en cierto modo supone un plus de protección o impunidad para el sujeto activo en relación a las acciones u omisiones de la víctima, como si ésta fuese la auténtica y última responsable del perjuicio económico sufrido. Y lo cierto es que la jurisprudencia del Tribunal Supremo se ha mostrado particularmente dura (quizás en exceso) frente al deber de autoprotección de la víctima, con axiomas jurídicos tales como “que no puede acogerse a la protección penal que invoca quien en las relaciones del tráfico jurídico-económico no guarda la diligencia que le era exigida en atención al puesto que ocupaba el contexto en que se produce el engaño” (mencionado en la última sentencia analizada) o un “clásico” de la doctrina jurisprudencial del que se ha valido el Alto Tribunal<sup>23</sup> donde se define, de una forma particularmente gráfica, la naturaleza de un engaño burdo en relación a una víctima poco perspicaz que adolece de “una absoluta falta de perspicacia, una estúpida credulidad o una extraordinaria indolencia para enterarse de las cosas, puede llegar a ser causa de que la defraudación, más que un producto de engaño, deba considerarse tanto efecto de censurable abandono, como falta de la debida diligencia” para acto seguido volver a hacer mención a la inoperancia del derecho penal frente a la falta de autoprotección de la víctima “el derecho penal no debería constituirse en un instrumento de protección patrimonial de aquéllos que no se protegen a sí mismos.”

Desconcierta una postura tan restringida sobre cuándo debe operar el Derecho Penal en el supuesto de que nos encontremos ante lo que el Tribunal Supremo considera una “estafa o engaño burdo”, porque si bien es cierto que esta categoría se aplica sobre todo en el ámbito profesional en relación a aquellos profesionales que no respetan protocolos de seguridad o actuación básicos (por lo que tendría más sentido la argumentación de una diligencia mínima por parte de la víctima) no deja de ser una interpretación que establece como nexo del acto de disposición patrimonial la falta de autoprotección de la víctima en vez de incardinarlo hacia el engaño y posterior error, lo que desvirtúa el propio delito de estafa y lo deja sin efecto.

Al final, con la doctrina del “estafa o engaño burdo” se reduce la idoneidad en la observancia de un delito a una cuestión de “calidad”, calidad en el sentido de evaluar cuán

---

23 STS de 11 de julio de 2005 (ES:TS:2005:4655)

complejo, trabajado o articulado es el medio utilizado por el sujeto activo para generar un error en la víctima. En realidad, podemos someter a una valoración de calidad prácticamente cualquier delito del CP. Así, por ejemplo, un robo puede ser fruto de un uso de fuerza en las cosas sutil y prácticamente imperceptible a simple vista, o, por el contrario, como resultado de un destrozo superlativo, incluso exagerado, pero del que se obtiene el mismo resultado: acceder y sustraer un bien o bienes concretos; igualmente, un delito societario puede llevarse a cabo con tácticas de gestión fraudulenta de forma y manera que para los propios socios/administradores o la autoridad judicial pertinente resulte complicado seguir el rastro de esas actuaciones fraudulentas y dar con los principales responsables o, sin embargo, realizar una actuación burda y chapucera fácilmente detectable pero que, en definitiva, también concluye en el mismo resultado: actuar en perjuicio de la sociedad. Si establecemos una comparación entre una estafa realizada de forma brillante para generar error en la víctima en la que cualquier mecanismo de autoprotección resultaría insuficiente, y otra donde el engaño resultase tan estúpido y básico que una mínima precaución pudiese frustrarlo, la comparación como tal se reduce al medio comisivo utilizado, que va desde el grado superlativo hasta el más ínfimo, y efectivamente entre ellos hay una notable variación; pero existe un elemento que permanece inmutable en ambos supuestos: el elemento subjetivo del delito, plasmado en el dolo por el cual se pretende obtener un enriquecimiento patrimonial.

Más allá de que el sujeto activo pretenda obtener éxito mediante medios poco convencionales o condenados al fracaso para una mente mínimamente perspicaz o atenta, lo que dirige sus actos es el ánimo de enriquecerse u obtener un beneficio a costa del perjuicio de la víctima, y ese dolo no debería obviarse, insistimos, por una simple noción de calidad en la ejecución del delito. Con la doctrina de “la estafa o engaño burdo” se castigan sólo las estafas más elaboradas. Se premia, en cierto modo, la estupidez (en términos jurídicos) del sujeto activo a la hora de articular el correspondiente engaño y se castiga igualmente la estupidez (de nuevo, en términos jurídicos) de la víctima en relación a su autoprotección, despenalizando el elemento subjetivo del delito.

Para insistir más en esta idea de “calidad”, parece que se establece una escala de valores de los elementos del tipo donde se otorga más valor al engaño que al ánimo de lucro, ya que si el primero no cumple con los requisitos de idoneidad (recordemos el doble juicio de valoración del engaño y de la capacidad de análisis del sujeto pasivo), el segundo quedará desprovisto de protección en el ámbito penal. Debemos recordar que la principal consecuencia de calificar, judicialmente, como burda una estafa, es que ésta no podrá apreciarse; se agota la vía penal,

independientemente de que después la víctima, si así lo decide, pueda intentarlo por la vía civil a través de acciones propias de esa jurisdicción, pero resulta un tanto descorazonador que un juez o tribunal, aun asumiendo que efectivamente el sujeto activo tuvo la intención de generar un daño en la víctima, e incluso que éste haya surtido el efecto deseado, no genere una responsabilidad penal porque el medio comisivo empleado era fácilmente evitable.

Por fortuna, parece que en la actualidad el criterio para apreciar la estafa burda se ha moderado, y a modo de ejemplo, la ya mencionada sentencia de 17 de febrero de 2015 (y esta será la última que se haga mención a la misma). En esta última sentencia el Alto Tribunal comienza dando un pequeño toque de atención a lo expuesto anteriormente, delimitando enormemente el alcance de la autoprotección o autotutela al afirmar que “la autotutela no puede llevar a imponer al ciudadano e implementar en la sociedad actitudes de extremada y sistemática suspicacia o sospecha en la que solo la acreditación exhaustiva de cada extremo sería escenario apropiado para un negocio o una transacción”, porque esta forma de concebir la autotutela nos llevaría a esa situación absurda ya mencionada anteriormente de tener que estar en constante alerta, que el mismo Tribunal Supremo ejemplifica: “habría que partir, según eso, de la presunción de que cualquier comerciante o negociante es por principio un eventual defraudador frente al que hay que mantener despiertas las alertas que sólo se podrán relajar una vez comprobada y acreditada su buena fe” evidentemente, desde el más elemental sentido común no se podría aceptar una realidad donde cualquier relación contractual-mercantil quede subordinada al constante deber de autotutela de las partes, ya que estaríamos transformando la presunción de buena fe contractual en un elemento de paranoia donde nada se puede dejar al azar, lo que perjudicaría enormemente el tráfico civil-mercantil con negativas consecuencias para la sociedad de consumo.

El Tribunal Supremo va más allá e incide, precisamente, en el doble juicio de idoneidad, partiendo de la premisa aceptada hasta el momento y que resume de la siguiente forma:

“Por eso se ha podido decir que la constatación de la idoneidad general es un proceso normativo que valora tanto la intensidad del engaño, como las causas, a la hora de establecer la vencibilidad del engaño por parte de la víctima” pero, al mismo tiempo, se plantea el alcance real de la autotutela por parte de la víctima: “la cuestión de cuándo es exigible un comportamiento tendente a la evitación del error depende de cada caso, de acuerdo con las pautas sociales en la situación concreta y en función de las relaciones entre el sujeto activo y el perjudicado”

La solución del Alto Tribunal, a efectos de valorar cada caso concreto, consiste en analizar el campo en que se haya realizado la operación; se considera pues, que en un contexto determinado se deduce o subyace un mecanismo de defensa particular:

“con todo existe un margen en que le está permitido a la víctima un relajamiento de sus deberes de protección (...) El ámbito del riesgo permitido dependerá de lo que sea adecuado en el sector en el que opere, y entre otras circunstancias, de la importancia de las prestaciones que se obliga cada parte, las relaciones que concurren entre las partes contratadas, las circunstancias personales del sujeto pasivo y la capacidad para autoprotgerse y la facilidad del recurso a las medidas de autoprotección”

A decir verdad, el Tribunal Supremo sigue manteniendo la doctrina de la estafa o engaño burdo, y lo justifica en base a la idea del carácter subsidiario del derecho penal; esto es: la primera y primordial vía de defensa es la autoprotección o autotutela por parte de la víctima, y una vez superada esta vía, podrá actuar la norma penal siempre y cuando esa misma autotutela haya operado de forma correcta: “si la utilización de los mecanismos de autoprotección que son exigibles al sujeto pasivo son suficientes para vencer el engaño, éste es insuficiente (no bastante) producir el perjuicio patrimonial en el sentido del tipo de la estafa”.

Pero ello no es óbice para que, aún asumiendo esta realidad ya asentada como doctrina jurisprudencial, el Alto Tribunal proceda a delimitar el deber de protección o autotutela de la víctima:

“ahora bien, una cosa es la exclusión del delito de estafa en supuestos de "engaño burdo", o de "absoluta falta de perspicacia, estúpida credulidad o extraordinaria indolencia", y otra, que se pretenda desplazar sobre la víctima de estos delitos la responsabilidad del engaño , exigiendo un modelo de autoprotección o autotutela que no esta definido en el tipo ni se reclama en otras infracciones patrimoniales.”

A partir de aquí el Tribunal Supremo recurre no sólo a la literalidad del CP, ya que efectivamente echando un vistazo rápido al artículo 248.1, del mismo es imposible extraer un deber mínimo de protección exigido a la víctima o una tutela reducida a aquellos sujetos pasivos con un nivel de perspicacia por encima de la medida, sino también a la propia lógica que se deriva de cualquier delito, como ya apuntamos anteriormente al plantear ejemplos sobre un robo y delitos

societarios;

"un robo sigue siendo un robo aunque la víctima se haya comportado despreocupadamente con sus cosas (...) La exclusión de la suficiencia del engaño a partir de la relajación del sujeto engañado no deja de encerrar importantes problemas. Llevando al extremo la idea de desprotección y, en definitiva, de no merecimiento de la tutela penal que reivindica la víctima de cualquier despojo, podríamos afirmar que aquel a quien se hurta su cartera porque descuidadamente le asoma en el bolsillo de su pantalón trasero, aquel que confiadamente se pasea en horas nocturnas en zona especialmente conflictiva o aquel que es objeto de una defraudación porque entrega una tarjeta bancaria para pago en un establecimiento de dudosa reputación, ha de soportar las consecuencias de una acción delictiva ante la que el sistema no le proporciona defensa."

Si exigimos el requisito de autotutela para un tipo penal como la estafa que realmente no lo recoge en su redacción del CP, ¿por qué no exigirlo también a otros delitos? Desde luego, para poder apreciar un delito de hurto como el que utiliza a modo de ejemplo el Tribunal Supremo, no se plantean tantos problemas teóricos sobre si la norma penal debe actuar o no, pero la especial naturaleza de la estafa, en el sentido de que exige una colaboración de la víctima motivada por la actuación del sujeto activo, ha descargado en la primera un nivel de responsabilidad que trasciende lo lógico y proporcional, pero que el Tribunal Supremo, en un alarde de cordura, ha delimitado de forma notable: "por ello, dejando al margen supuestos de insuficiencia o inidoneidad del engaño, en términos objetivos y subjetivos, o de adecuación social de la conducta imputada, la aplicación del delito de estafa no puede quedar excluida mediante la culpabilización de la víctima con abusivas exigencias de autoprotección".

Con ello, y a modo de conclusión para cerrar este bloque, debe quedar claro que la doctrina de la "estafa burda" no se ha eliminado por completo. El propio Tribunal Supremo recuerda en la sentencia analizada que el perjudicado debe "estar más precavido en este delito que en otros, de forma que la tutela de la víctima tenga diversos niveles de protección" a modo de reminiscencia de que en el tráfico contractual/comercial deben guardarse unas precauciones mínimas y lógicas según el contexto.

## 2. EL DELITO DE ESTAFA EN SU MODALIDAD INFORMÁTICA

### 2.1 Análisis de los elementos de tipo del Art. 248.2

La segunda parte de este trabajo se centra en la considerada como estafa informática, regulada en el artículo 248.2 letra a. del CP. Nos centraremos principalmente en esta letra (a) ya que las restantes se focalizan en la distribución o desarrollo de programas informáticos destinados a la comisión de estafas (b) y en el uso de tarjetas de crédito, débito o cheques de viaje para provocar un perjuicio económico (c), que se aleja más de la tipología de estafa que pretendemos analizar; se trata, por tanto, no sólo de hacer un repaso a los diferentes elementos de tipo que integran esta modalidad (al igual que en la primera parte del trabajo) sino también de establecer paralelismos entre la figura clásica e informática; concluir (o al menos intentar) si la diferencia entre ambas figuras está justificada como para que aparezcan reguladas de forma autónoma.

Así pues, el artículo 248.2 letra (a) nos dice lo siguiente:

“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.”

El elemento de tipo “crítico” en ese artículo es a lo que el legislador se refiere como “manipulación informática” y que en realidad obedece a la necesidad de incluir una figura que abarque la aparición de la informática (o más concretamente, de internet) como tecnología utilizada como medio comisivo. El punto de partida, por un lado, en una Decisión Marco del Consejo de la Unión Europea<sup>24</sup> del año 2001. En el apartado tercero de consideraciones generales el Consejo se refiere “a la gravedad y el recrudecimiento de ciertas formas de fraude en relación con medios de pago distintos del efectivo requieren soluciones globales”, mientras que en su artículo 3 encomienda a cada estado miembro “adoptar las medidas necesarias para garantizar que las siguientes conductas sean delitos penales”, más concretamente, “la introducción, alteración, borrado o supresión indebidas de datos informáticos especialmente datos de identidad o la interferencia indebida en el funcionamiento de un programa o sistema informáticos”. Debemos tener en cuenta que, en el año 2001, internet ya estaba asentado en un gran número de domicilios; dejaba de ser una tecnología de

---

<sup>24</sup> Decisión marco del Consejo, de 28 de mayo de 2001, sobre la lucha contra el fraude y la falsificación de medios de pago distintos del efectivo (2001/413/JAI)

uso marginal para adquirir un carácter casi universal, con una progresión que iría creciendo año a año gracias a la llegada de sistemas como el ADSL, por lo que el legislador europeo pretendía anticiparse, acertadamente, a un nuevo escenario donde una tecnología puntera también ofrecía nuevas modalidades delictivas.

Por otro lado, con la publicación de un nuevo Convenio<sup>25</sup>, el legislador europeo confirmaba, en el preámbulo, sus “temores” respecto al impacto de internet al manifestar preocupación “por el riesgo de que las redes informáticas y la información electrónica sean utilizadas igualmente para cometer delitos” y cuyo artículo 8 viene a ser una clara declaración de intenciones sobre cómo deben afrontar los Estados miembro esta nueva amenaza; el llamado “fraude informático” sirve de título para este artículo que obliga a las partes a adoptar “las medidas legislativas o de otro tipo que resulten necesarias para tipificar como delito en su derecho interno los actos deliberados e ilegítimos que causen un perjuicio patrimonial” y que el propio convenio clasifica como aquellos actos que supongan “la introducción, alteración, borrado o supresión de datos informáticos (...) con intención dolosa o delictiva, de obtener de forma ilegítima un beneficio económico para uno mismo o para otra persona”. Con esta definición, el legislador europeo ya ofrece un primer acercamiento a lo que entendemos como una “manipulación informática” como aquella acción destinada a introducir o alterar datos informáticos con una finalidad delictiva. Huelga decir que a partir de aquí todos los estados miembro adaptan, en el caso de que no lo hayan hecho ya, esta nueva modalidad delictiva a su ordenamiento. Así por ejemplo se puede optar por una ley especial, esto es, un cuerpo legislativo completo dedicado a una materia concreta como en el caso de Francia<sup>26</sup>; introducir un nuevo tipo penal dentro del Código Penal existente como se ha hecho en España; o un sistema mixto, que mezcle ambos recursos como en el caso de Alemania<sup>27</sup>.

La redacción del artículo 248.2 no es tan precisa como la propia del artículo 8 del Convenio de Budapest, haciendo referencia a un “artificio semejante” que, desde nuestro punto de vista, atenta contra el principio de taxatividad que debería imperar en cualquier delito descrito en nuestro CP, acercándolo más al “concepto jurídico indeterminado”. Se pretende, por tanto, además de intentar ofrecer una definición más correcta de todos estos términos (y con ello, facilitar su comprensión), confrontar el tipo penal del 248.2 con el del 248.1; la estafa informática frente a la clásica: establecer paralelismos entre una y otra figura partiendo de la premisa, lógica, de que al ser

25 Convenio de Budapest de 23 de noviembre de 2001, sobre la ciberdelincuencia

26 Ley num. 88-19 de 5 de enero de 1988 sobre el fraude informático (Francia ya contaba, por tanto, con una regulación propia anterior al Convenio de Budapest)

27 Segunda Ley contra la Criminalidad Económica de 15 de mayo de 1986, la cual contempla, entre su articulado, un apartado dedicado a la Estafa Informática



ambas calificadas como estafas, presumiblemente tendrán elementos comunes.

El Tribunal Supremo analiza estas dos modalidades en una sentencia<sup>28</sup> particularmente útil, en la que ofrece un análisis sucinto de los elementos de tipo:

“Como en la estafa debe existir un ánimo de lucro; debe existir la manipulación informática o artificio semejante que es la modalidad comisiva mediante la que torticeramente se hace que la máquina actúe; y también un acto de disposición económica en perjuicio de tercero que se concreta en una transferencia no consentida. Subsiste la defraudación y el engaño, propio de la relación personal, es sustituido como medio comisivo defraudatorio por la manipulación informática o artificio semejante en el que lo relevante es que la máquina, informática o mecánica, actúe a impulsos de una actuación ilegítima que bien puede consistir en la alteración de los elementos físicos, de aquéllos que permite su programación, o por la introducción de datos falsos.”

El Alto Tribunal acerca el ánimo de lucro (la intención de generar un perjuicio en el sujeto pasivo) de la estafa clásica, a la manipulación informática del artículo 248.2; la alteración de una “máquina” (no se hace distinción entre hardware o software) para que actúe mediante determinados parámetros al introducir una serie de datos. Es importante dejar claro que, como veremos más adelante, el Tribunal Supremo considera el concepto de “máquina” como un elemento neutro, carente de cualquier tipo de capacidad de decisión y que se rige por las instrucciones, datos o parámetros que un tercero introduzca; es más un medio que un fin en sí mismo, y ello va a tener una importancia capital para entender las diferencias entre una y otra figura.

Pero más importante aún es que se suprime, por completo, un elemento tipo tan importante como el engaño dentro de la estafa clásica; éste no existe como tal y es sustituido, de nuevo, por la manipulación informática como “super-elemento tipo” de la estafa informática. Esto implica que a efectos de poder observar un delito del artículo 248.2 el engaño como tal no se requiere, ya que supone que la precitada manipulación informática evita que el sujeto activo deba recurrir a lo que el Tribunal Supremo define como “relación personal” y que aquí se ha definido como una interacción previa donde el sujeto activo busca la colaboración del sujeto pasivo una vez este último actúa fruto del engaño y posterior error. También engloba dentro de la estafa informática cualquier modificación de hardware (alteración de elementos físicos) que permita generar un perjuicio económico a un tercero. Debemos afirmar a este respecto, que mantenemos dudas en torno la tesis

---

28 STS de 17 de diciembre de 2008 (ECLI: ES:TS:2008:6984)

que relaciona el 248.2 con cualquier tipo de manipulación informática (sea de hardware o de software) ya que se está perdiendo el elemento principal que diferencia a la estafa de otros delitos: la interacción previa que permite la colaboración del sujeto pasivo, sea directa o indirecta, y decimos “indirecta” porque ésta puede darse en el contexto de una comunicación virtual donde el sujeto pasivo actúe motivado por una información que parece real pero que no lo es en absoluto, y que tiene en la figura del “phishing”<sup>29</sup> su ejemplo más paradigmático. Por tanto, reducir la estafa a una simple manipulación/alteración de un hardware o un programa es, en sí mismo, una contradicción, ya que convierte al sujeto pasivo en un mero convidado de piedra o “espectador”. No importan sus acciones u omisiones. Por tanto, una manipulación informática en los términos que define el Tribunal Supremo que no requiera la actuación del sujeto pasivo no es (o no debería ser) una estafa.

Prosigue el Alto Tribunal con su análisis del 248.2 en relación al 248.1 y en este caso en relación al “error”:

“El tipo penal del art. 248.2 CP . "tiene la función de cubrir un ámbito al que no alcanzaba la definición de la estafa introducida en la reforma de 1983. La nueva figura tiene la finalidad de proteger el patrimonio contra acciones que no responden al esquema típico del art. 248.1 CP . pues no se dirigen contra un sujeto que pueda ser inducido a error. En efecto, los aparatos electrónicos no tienen errores como los exigidos por el tipo tradicional de la estafa, es decir, en el sentido de una representación falsa de la realidad. El aparato se comporta según el programa que lo gobierna”

Es evidente que si no existe (en principio) el engaño como elemento de tipo, la principal consecuencia es que tampoco lo hará el error en el sentido del 248.1. De nuevo, se recurre al concepto de máquina (aquí con el término de aparato electrónico) como un agente neutro dentro de la tipología de la estafa informática que “no puede ser inducido al error”. De aquí se desliza otro “axioma jurídico” por el cual “no se puede engañar a una máquina” lo que no admite discusión alguna, pero como ya hemos dicho, la máquina como tal es un medio más que un fin en sí mismo, y lo que debe preocupar al legislador es la forma de obtener los datos que después se introducirán en la misma, y es aquí donde si pueden darse los elementos más clásicos y típicos de engaño y posterior error. En los mismos términos encontramos diferentes sentencias. La primera<sup>30</sup> reduce al sujeto pasivo a un simple “titular del patrimonio perjudicado”, como una forma indirecta de afirmar

---

29 Debe saber el lector que a lo largo de este trabajo se hablará con más detalle sobre el Phishing y sus diferentes modalidades

30 STS de 21 de diciembre de 2004 (ECLI: ES:TS:2004:8324)

que ya no importa su participación en la ejecución del delito como en la estafa clásica; mientras que la segunda<sup>31</sup>, el Tribunal Supremo se hace eco de una interpretación doctrinal alternativa de lo que debemos entender como engaño y error en relación a una máquina: “aunque los datos se proporcionan a la máquina, ésta opera como está programada y por ello, usando los datos adecuados, la persona que no está habilitada para hacerlo, engaña a quien programó la máquina”, una interpretación interesante aunque complicada de llevar a la práctica, ya que convertiría al sujeto pasivo del engaño al programador/ingeniero responsable del sistema informático, lo que en un proceso judicial implicaría no pocas dificultades para justificar la legitimación activa. No obstante, el Tribunal Supremo prosigue con un ejemplo por el cual considera que un sujeto que hace uso de una tarjeta sustraída a su legítimo titular, con conocimiento del número secreto de la misma y que realiza una orden de pago desde un cajero, está actuando realmente como si fuese el legítimo titular de la misma; el “engaño” como tal se produce porque, en realidad, cualquier sistema informático destinado a gestionar dinero o realizar pagos tiene la obligación (programada) de cerciorarse de que quien interactúa con el mismo es el legítimo titular, de ahí que se creen códigos, claves o passwords para asegurar esta posibilidad. Cuando alguien que no es el legítimo titular introduce una clave en el sistema “produce el mismo resultado que si el engaño se hubiera proyectado sobre personas y no sobre máquinas”. Desde nuestro punto de vista, aunque es una interpretación no exenta de razón, más que “engañar” en el sentido estricto del término, lo que hace el sujeto activo en estos casos es superar o evitar una medida de seguridad del programa informático, lo que lo acerca más a la noción de robo que a la de estafa.

Ahora bien, lo curioso de esta última sentencia es que el debate doctrinal/jurisprudencial que plantea sobre la naturaleza del engaño o el error no va encaminado realmente sobre la estafa informática del 248.2, sino sobre la diferencia entre la modalidad clásica de estafa y el delito de robo con uso de fuerza en las cosas cuando lo que se utiliza como medio comisivo es una tarjeta de crédito/débito. Fue un problema que se solventó, como afirma el Tribunal Supremo, con el anteproyecto de reforma del 2006 del CP que introduce la letra (c) al apartado 2 del artículo 248, por lo que a partir de ese momento cualquier operación fraudulenta con tarjetas de crédito se calificará como estafa. Por ello, aunque sea de forma indirecta, el Alto Tribunal ha aproximado el concepto de engaño y posterior error al ámbito de la manipulación informática. Con todo, y a pesar de este nuevo (y prometedor) punto de vista, consideramos que nos seguimos alejando de la tipología básica de estafa que exige la interacción previa entre sujeto activo y pasivo y la colaboración de este último, aunque con la anterior tesis reproducida por el Alto Tribunal, quien

---

31 STS de 9 de mayo de 2007 (ES:TS:2007:3258)

asume la función de interactuar y cooperar es la propia máquina.

Pero, aun con esta aproximación, la postura del Tribunal Supremo en la actualidad no se ha movido ni un ápice respecto a lo expuesto anteriormente, sirva como ejemplo una sentencia del año 2014<sup>32</sup> que se muestra particularmente tajante al considerar que “el engaño ya no es un elemento básico ni es imprescindible su presencia” ya que la manipulación informática “actúa con automatismo en perjuicio de un tercero y no se exige el engaño personal”, si bien es cierto que, al afirmar que no resulta imprescindible, ello no impide que el engaño pueda aparecer como tal en el ámbito del 248.2, lo que añade, si cabe, más incertidumbre sobre el auténtico alcance de este delito en relación con su modalidad clásica.

Sobre el término “artificio semejante”, el Tribunal Supremo lo define en otra Sentencia<sup>33</sup> de la siguiente manera:

“La cuestión de cuáles son los artificios semejantes debe ser determinada por la aptitud del medio informático empleado para producir el daño patrimonial. En este sentido es equivalente, a los efectos del contenido de la ilicitud, que el autor modifique materialmente el programa informático indebidamente o que lo utilice sin la debida autorización o en forma contraria al deber”.

Parece que sigue un criterio de idoneidad en relación al resultado; esto es: cualquier medio que, al ser utilizado por el sujeto activo, genere el mismo resultado de transferencia no consentida. En realidad, la sensación es que estamos ante una analogía camuflada por el legislador que genera más dudas que certezas y por el que se pretende abarcar cualquier sistema (hardware, software) que permita ejecutar la manipulación informática.

Por último, y en torno a lo que el Art. 248.2 define como “transferencia no consentida de cualquier activo patrimonial”, existe una diferencia fundamental respecto al desplazamiento patrimonial del 248.1 y que a la larga, se convertirá, en el elemento de tipo que marque la autonomía de un tipo penal respecto al otro. Como ya se ha dicho en apartados anteriores, el desplazamiento patrimonial de la estafa clásica implica que, fruto del engaño y el error, la víctima colabore con el sujeto activo y permita el acceso a su patrimonio; se convierte en un cooperador accidental. Pero en la estafa informática ese acceso consentido no existe y éste se logra gracias a la

---

32 STS de 2 de diciembre de 2014 (ECLI:ES:TS:2014:5632)

33 STS de 26 de octubre de 2018 (ECLI:ES:TS:2018:3666)

manipulación informática, de ahí que la ley hable de “transferencia” y no de “acto de disposición”. De hecho, las víctimas de una estafa informática no suelen ser conscientes del perjuicio económico sufrido hasta después de que éste tenga lugar, mientras que en la modalidad clásica la víctima es partícipe de la transmisión o acceso a su patrimonio, percatándose tiempo después de que la realidad pretendida por el sujeto activo no es tal. En el apartado de este trabajo dedicado al “Phishing” se profundizará más en este acto de transmisión no consentida y su relación con el Art. 248.1.

## **2.2. Análisis de la figura del “mulero” y su importancia como criterio de competencia**

Una de las enormes particularidades de la estafa informática es la aparición de un tercer sujeto que se revela como pieza clave para asegurar el éxito del sujeto activo: los llamados muleros<sup>34</sup>. La función del mulero (en un claro paralelismo en relación a su homónimo del tráfico de drogas) es la de almacenar y transmitir el dinero fruto de la manipulación informática (y la consiguiente transmisión no consentida) al patrimonio del sujeto activo, quedándose a cambio el mulero con un porcentaje de esa cantidad o comisión.

Este hecho, a través de un análisis superficial convierte, efectivamente, al mulero en un cooperador, o incluso, cooperador necesario en la ejecución del delito, pero la práctica demuestra que la calificación de este concreto acto no es tan sencilla. Debemos ser conscientes de que, como mantiene el Profesor Ariel Devia González, estamos ante una conducta “que existe con posterioridad a la consumación de la defraudación patrimonial” (Emundo Ariel Devia González, 2017), y que por tanto, puede asociarse a otras figuras delictivas distintas a las del Art. 248.2. El Tribunal Supremo, consciente de esta problemática, ofrece una solución en otra sentencia<sup>35</sup> que merece ser analizada. Así pues, al estar, insistimos, ante una conducta posterior a la consumación, puede asociarse perfectamente con el artículo 298 del CP, delito de receptación<sup>36</sup>, ya que atribuye al sujeto activo el beneficio de una actividad delictiva sin que haya participado ni como autor ni como cómplice por ayudar, precisamente, al autor o autores materiales del delito; o, incluso, a un delito de blanqueo de capitales, ya que como mantiene el Tribunal Supremo, la conducta puede subsumirse

---

34 Término asociado en la jerga policial al tráfico de drogas. El mulero es la persona encargada de transportar la droga entre territorios.

35 STS de 25 de octubre de 2012 (ECLI:ES:TS:2012:8284)

36 La redacción original se refiere a “el que con ánimo de lucro y con conocimiento de la comisión de un delito contra el patrimonio o el orden socioeconómico, en el que no haya intervenido ni como autor ni como cómplice, ayude a los responsables a aprovecharse de los efectos del mismo, o reciba, adquiera u oculte tales efectos”

“a colocar en el extranjero aquellos fondos, permaneciendo ajeno a la confabulación que hace posible la entrega de las claves para el acceso a las cuentas del sujeto engañado”. Frente a esta dicotomía de delitos, la solución del Alto Tribunal pasa por “analizar en qué medida el dolo de ese tercero que hace posible el rendimiento del capital evadido, capta los elementos del tipo objetivo del delito de estafa”. Ello obliga a analizar las circunstancias del caso concreto, y establecer hasta qué punto es importante la participación del mulero en la ejecución del delito. En la mayoría de casos el autor material de la manipulación informática necesitará un recurso o logística extra que le permita acceder al dinero defraudado, rol que asume el mulero y lo convierte en un “depositario momentáneo”, por lo que toda esta participación y/o colaboración entre sujeto activo y mulero integra, *de facto*, el delito de estafa. Con todo, no debemos dejar de lado el análisis de la conducta del mulero y si ésta puede resultar dolosa o no, circunstancia que trataremos en el siguiente punto de este trabajo.

Superado este tramo donde hemos tratado de explicar la figura del mulero y su función en la ejecución del delito de estafa informática, procede ir un paso más allá y establecer un paralelismo con el ya tratado “principio de ubicuidad”, gracias al cual todos los lugares en los que se hubiesen dado los elementos de tipo de la estafa clásica serán susceptibles de investigación por parte de la autoridad judicial. Se trataba, por tanto, de un criterio de competencia aplicable a la estafa por su particular complejidad, aunque no de forma exclusiva. Sin embargo, la estafa informática posee, cuando participa el mulero, su propio criterio de competencia y, esta vez exclusivo.

A este respecto, un auto (ATS de 19 de febrero de 2014; ECLI:ES:TS:2014:2032A) del Tribunal Supremo nos servirá para entender este criterio exclusivo de competencia, ya que analiza las diferentes posibilidades entre los distintos emplazamientos vinculados al delito (un supuesto de Phishing), consistentes en: lugar de emisión de los correos; lugar de actuación y residencia de la intermediaria (mulera); lugar de residencia de las víctimas del delito y domicilio de la entidad bancaria donde tienen abiertas sus cuentas corrientes y, por último, lugar de emisión de la orden de transferencia. Sobre el lugar de emisión de los correos, el Alto Tribunal los considera irrelevantes teniendo en cuenta su incierto origen, ya que la mayoría proceden de países extranjeros, o son enviados mediante el uso de bots<sup>37</sup>. Sobre el lugar de residencia tanto de la víctima como de la entidad bancaria en la que ésta tiene abiertas sus cuentas (sitas en Lugo), tampoco son relevantes, ya que al operar desde la red, no importa donde se encuentren físicamente situadas la víctima o la concreta sucursal bancaria donde se abrió la precitada cuenta; en relación al lugar de emisión de la

---

<sup>37</sup> Un bot es un programa informático que tiene asignada una tarea que repite de forma constante y automatizada

orden de transferencia, el tribunal también la rechaza, principalmente por motivos operativos, ya que éste no suele coincidir ni con el domicilio de las cuentas corrientes de la víctima ni con la del mulero. Lo considera importante, eso sí, a efectos de la investigación. Por último, nos queda el lugar de actuación y residencia de la intermediaria, sito en Granollers. El Supremo lo considera como el único lugar trascendente para iniciar la investigación por dos motivos. El primero porque es el lugar en el que tienen lugar varias de las conductas que permiten la ejecución de la estafa, tales como la extracción material del dinero defraudado y su posterior reenvío (restando la comisión de la mulera) a destinos en el extranjero. Y segundo porque es el único lugar donde la investigación policial puede tener algún efecto al operar la misma desde el ordenador, terminal o equipo con el que la mulera ha realizado las conductas antes descritas. Impera, por tanto, un criterio pragmático: la figura del mulero puede atraer la competencia a su lugar de residencia, ya que es sitio más propicio para que la investigación prospere. Por último, citar otro auto (ATS de 7 de marzo de 2013; ECLI:ES:TS:2013:2497A) donde se insiste en este exclusivo criterio de competencia al afirmar que:

“el lugar de emisión de los correos por parte de la empresa contratante y el lugar de residencia del titular de la cuenta bancaria víctima del delito, son datos que resultan irrelevantes a los efectos de la instrucción de la causa. Siendo datos trascendentes el lugar de actuación y de residencia del intermediario, al ser donde se reciben las transferencias y se extrae materialmente el dinero del circuito bancario para su envío a destinos en el extranjero”

### **2.3. Análisis de la conducta del mulero y la llamada “ignorancia deliberada”**

La participación del mulero en la ejecución de la estafa informática tiene una importancia capital; este cooperador necesario es el que sustrae el dinero fruto de la defraudación y luego lo distribuye a las cuentas indicadas por el responsable/es de la manipulación informática. Su actuación, al margen de la propia estafa, es ya de por sí delictiva al poder asociarse a delitos mencionados anteriormente (como el caso de la receptación), no obstante, y como ya hemos introducido en el punto anterior, no basta con la ejecución de este tipo de conductas, sino que como dice el magistrado Marchena en la Sentencia ya citada de octubre de 2012 “resultará indispensable que quede suficientemente acreditada su participación dolosa en el delito cuya secuencia inicial ejecuta un tercero, pero a la que coopera de forma decisiva”, ello implica hacer un análisis minucioso de la conducta del mulero en el contexto del delito que se ha llevado a cabo, teniendo en cuenta varios criterios que van desde el comportamiento delictivo o post-delictivo; conocimiento de los hechos o nivel de participación o colaboración con los autores materiales de la manipulación

informática.

En esta misma sentencia se hace referencia a otro auto (ATS de 27 de octubre de 2011; ECLI:ES:TS2011:10591A) por el cual considera como hecho probado la participación dolosa del mulero en el ámbito del 248.2 por dos motivos principales. El primero por la connivencia o colaboración de éste con los autores de la manipulación informática, que fue más allá de la simple comunicación sobre el ingreso de dinero en la cuenta del mulero y las instrucciones posteriores para distribuirlo en otros depósitos; fue una auténtica cooperación delictiva, lo que delataba al mulero como conocedor de unos hechos ilícitos. El segundo motivo tiene que ver con la propia formación profesional y/o cultural del intermediario. Según aduce el tribunal, el acusado fue titular de varias empresas con contrastada actividad mercantil, por lo que sus conocimientos de procesos informáticos en relación a la forma de ejecutar pagos o cobros le presumía un conocimiento por encima de la media en torno a una actividad ya de por sí sospechosa. En realidad, es un motivo que el Tribunal Supremo asocia al nivel intelectual de cada individuo o el sentido común para valorar una circunstancia, cuando menos, extraña. El Alto Tribunal confirma la condena en los siguientes términos: “la conducta voluntariamente llevada a cabo en modo alguno puede valorarse por quien la lleva a cabo en la forma en que el recurrente lo hizo como lícita, sino al contrario ”.

Del mismo modo, la Sentencia también citada anteriormente de diciembre de 2014 confirma la condena a otro mulero basándose, principalmente, en haber aportado las cuentas (cuentas, en plural) que sirvieron para depositar el dinero defraudado y, además, tener pleno conocimiento de la actividad delictiva, lo que le permitía ser consciente “del alcance de su intervención”

Ahora bien, no todos los casos en los que participe el mulero terminan, automáticamente, en condena para el mismo (ello implicaría no analizar las circunstancias del caso concreto) y existe casuística sorprendente al respecto. Sirva como ejemplo de ello otra Sentencia del Tribunal Supremo<sup>38</sup> en el que un mulero, licenciado en filosofía, fue eximido de cualquier tipo de responsabilidad. La argumentación que justifica esta decisión se basa en que, a pesar de que efectivamente al acusado se le presume un nivel cultural elevado al tener una licenciatura universitaria, esa condición no implica necesariamente la “exigencia de indagar sobre datos que puedan revelar la naturaleza ilícita de la operación en que interviene”. Realmente no queda claro si esa asociación tiene que ver con la naturaleza de la licenciatura en filosofía o por el criterio general de poseer una carrera universitaria, pero la conclusión es que, a pesar de que la Audiencia

---

38 STS de 3 de diciembre de 2012 (ECLI:ES:TS:2012:8316)



inicialmente consideró exigible un nivel de sospecha intenso a favor del mulero, el Alto Tribunal descarta ese argumento y califica la actuación de no indagar “sobre legalidad de la propuesta recibida” dentro del terreno de la imprudencia. En realidad, parece como si se hiciera uso de la doctrina de la estafa burda, transgrediéndola y aplicándola a un presunto cooperador de un delito de estafa informática; si en ella se tenía en cuenta la capacidad de autoprotección de la víctima en relación a la “calidad del engaño”, aquí se valora esa misma capacidad de autoprotección del mulero para entender, o al menos sospechar, de que la oferta que se le ofrece pueda ser constitutiva de una actividad delictiva.

Antes de cerrar otro bloque, queríamos destacar y hacer mención a una construcción doctrinal no exenta de polémica en nuestro ordenamiento: la llamada “ignorancia deliberada”. Teniendo su origen en la jurisprudencia norteamericana<sup>39</sup>, quien suscribe estas palabras reconoce la dificultad de explicar, de una forma comprensible, lo que implica este término, pero se puede decir que se aplica a aquellos sujetos que, debiendo conocer una determinada circunstancia, se escudan en su total desconocimiento o, efectivamente, “ignorancia” en torno a la misma. La ignorancia deliberada presupone un comportamiento negligente, deliberadamente negligente, por el cual el sujeto, más que ignorar, evitar tener conocimiento.

Mencionar esta doctrina no es fruto de la casualidad, y es que habiendo analizado de forma extensa la figura del mulero y su comportamiento en la ejecución de la estafa informática, puede existir la tentación de aplicar la doctrina de la “ignorancia deliberada” a aquellos que puedan alegar desconocimiento en torno a la finalidad delictiva de sus actos. Pero esta posibilidad se diluye por una razón muy simple: la ignorancia deliberada no puede ni debe tener encaje en nuestro ordenamiento. El Tribunal Supremo no admite dudas al respecto, postura que se plasma en otra sentencia<sup>40</sup> reciente que conviene mencionar. Así pues, el inicio de la argumentación que excluye esta doctrina comienza con una barrera difícilmente superable por la “difícil compatibilidad de tal método con las exigencias de la garantía constitucional de presunción de inocencia” y es que, efectivamente, encajar esta doctrina en nuestro ordenamiento supondría transformar la presunción de inocencia en una presunción de culpabilidad, lo que ya de por sí debería ser más que suficiente para descartarla. Más aún; la ignorancia deliberada actúa como elemento constitutivo de dolo, es decir, su articulación implicaría aceptar que el acusado obró conociendo los elementos objetivos del dolo, lo que supone “eliminar sin más las exigencias probatorias” de cualquier proceso penal. Si en

---

39 El término original es “willful blindness”

40 STS de 24 de mayo de 2017 (ECLI:ES:TS:2017:1885)

nuestro ordenamiento la presunción de inocencia se presume y ésta debe ser desacreditada por la acusación, con la ignorancia deliberada sería la defensa la que tendría que desacreditar una suerte de presunción de dolo.

Claro está que, al margen de que esta figura doctrinal no tenga encaje en nuestro ordenamiento, existen recursos que permiten castigar (jurídicamente hablando) la ignorancia de un sujeto frente a una circunstancia que no le es favorable, pero que no implique ignorar las garantías constitucionales más básicas. Desde el artículo 6.1 del CC<sup>41</sup> a modo de cajón de sastre, hasta la propia fase de juicio, donde el tribunal podrá valorar y contrastar la postura de un sujeto en relación a unos hechos; igualmente, la ignorancia como tal también tiene su cobertura en un sentido positivo, sirvan como ejemplo las figuras de los errores de tipo y prohibición del CP<sup>42</sup>.

## **2.4. El Phishing como ejemplo paradigmático de la estafa informática y otras variantes**

El Phishing<sup>43</sup> es, sin duda, la práctica que mejor define la estafa regulada en el artículo 248.2 del CP. El Phishing supone, en palabras del Profesor Faustino Gudín “una suplantación de identidad que persigue apropiarse de datos confidenciales de usuarios” (Faustino Gudín Rodríguez-Margariños, 2008), una acepción que se adapta perfectamente a lo que el autor del delito pretende al hacer uso de esta técnica: “pescar” datos personales de la víctima, que van desde información financiera como tarjetas de crédito o cuentas bancarias, hasta claves o passwords para acceder a perfiles personales, y una vez que estos datos se encuentran en su poder, generar un perjuicio económico.

Como hemos definido en el título de este epígrafe, el Phishing es un “ejemplo paradigmático” de lo que deberíamos entender como una estafa informática, porque además de incluir la manipulación informática como medio para obtener un beneficio económico, en realidad también incluye algunos de los elementos de la estafa clásica. La idea que se ha tratado de defender a lo largo de este trabajo es que las similitudes entre el artículo 248.1 y 248.2 son más evidentes de lo que la jurisprudencia del Tribunal Supremo (y también el legislador europeo) han dado a entender. En palabras del profesor Javato Martín: “la estafa informática sigue manteniendo los elementos de la estafa clásica, es decir, que en realidad se trata de una mera adaptación legislativa a las necesidades que incorpora la estafa informática” (Antonio M<sup>a</sup> Javato Martín, 2008)

---

41 “La ignorancia de las leyes no excusa de su cumplimiento”

42 Artículos 14.1 y 14.3 del CP respectivamente.

43 El término en inglés se refiere a la acción de pescar

Por tanto, vamos a analizar las fases del Phishing según los elementos de tipo tanto de la estafa clásica como de la informática. Esto nos ayudará a entender la forma de operar de esta técnica delictiva y asociar su ejecución al encaje penal del 248.1 y 248.2.

Una primera fase sería, por tanto, el engaño. Un engaño “bastante e idóneo” para generar un error en la víctima, y siguiendo con la jerga propio del término “phishing” (pesca), la efectividad del engaño es directamente proporcional al anzuelo creado por el sujeto activo; se trata de hacer creer a la víctima, normalmente mediante correos electrónicos, que está tratando con empresas de diversos campos (ocio, electrónica, banca) para que aporte datos sensibles con la excusa de que se han producido movimientos de dinero extraños en su cuenta y/o perfil, o bien éste último ha sido bloqueado por razones de seguridad.

El procedimiento además es progresivo. Inicialmente sólo se piden datos que de por sí no entrañan ningún peligro, tales como nombre y apellidos completos o dirección, pero en los últimos tramos se solicita el número de tarjeta bancaria o claves de acceso. El Phishing ha ganado en complejidad y elaboración con el paso de los años. Los primeros intentos de estafa eran rudimentarios y fácilmente detectables: se utilizaban programas de traducción que derivaban en mensajes plagados de faltas de ortografía y errores gramaticales, por lo que la potencial víctima los descartaba rápidamente.

Es evidente que el rango o posibilidades del engaño se reduce mucho más en comparación con la estafa clásica, donde el trato personal entre autor y víctima ofrece múltiples posibilidades de actuación; en el Phishing el esfuerzo radica en ofrecer una imagen que imite a la perfección el estilo gráfico de la empresa a la que se pretende suplantar, y en comparación con los inicios rudimentarios y burdos, en la actualidad los receptores de los mensajes fraudulentos no tienen tantos indicios para sospechar, o al menos, que sean perceptibles a simple vista; se utiliza el mismo estilo gráfico, logotipos y anagramas e incluso la tipografía de la empresa suplantada, tanto en el mensaje inicial como en la web a la que después se redirecciona a la víctima para que aporte los datos.

A pesar de ello, las posibilidades de defensa y autoprotección de la víctima siguen presentes, aunque muy asociadas al conocimiento en torno al mundo de internet, o en palabras de la profesora Ramón Fernández: “personas confiadas con las que se suele utilizar persuasión para que faciliten datos” (Francisca Ramón Fernández, 2015). Existen claves que permiten descubrir la intención

fraudulenta de los mensajes, tales como la dirección de correo que remite el mensaje, por utilizar direcciones comunes y no personalizadas (hotmail, gmail, yahoo); la dirección URL a la que después se redirecciona, sin ninguna referencia que permita asociarla a la empresa imitada; y también tácticas que requieren acciones concretas por parte de la víctima. Una de las más efectivas es introducir en los campos que lo soliciten datos falsos. Si el sistema los acepta nos encontraremos frente a una web fraudulenta, ya que el sistema en sí no verifica ninguna información (que es la intención que se pretende transmitir al sujeto pasivo) sino que recopila datos.

Es evidente, a nuestro juicio, que el tipo de engaño que aquí estamos relatando no difiere en exceso de la estafa clásica. No existe, es cierto, una interacción real entre sujeto activo y víctima, pero sí una interacción indirecta: el medio para comunicarse en este caso se representa a través del correo que el primero hace llegar al segundo, y que requiere una respuesta de este último para el intercambio de información. Una vez la víctima tiene la creencia, equivocada, de que debe aportar una serie de datos para solventar un problema, la colaboración o cooperación involuntaria se cumple y, por extensión, el engaño surte el efecto deseado. Con esta premisa no resulta complicado entender que, a través de esa creencia equivocada de la víctima, también se plasma el error que permite aportar los datos requeridos por el sujeto activo.

Superadas estas dos fases de engaño y error, la siguiente fase se representa por medio del elemento de tipo propio del 248.2, esto es, la manipulación informática: introducción de datos por parte del sujeto activo que permite, por un lado, superar las barreras de seguridad del sistema (al pedir claves o passwords) y, en última instancia, facilitar la transmisión no consentida de patrimonio. Es precisamente en esta última fase, transmisión no consentida, donde debemos pararnos especialmente, ya que es donde radica la diferencia fundamental de esta modalidad de estafa respecto a la clásica, y que va más allá de la simple aparición de la manipulación informática.

En la modalidad clásica de estafa el acto de disposición patrimonial (a través del cual el sujeto pasivo aporta voluntariamente sus bienes) se produce fruto del error en la víctima, mientras que en la modalidad informática, la transmisión no consentida (el sujeto pasivo es desprovisto de su patrimonio sin que medie consentimiento) es producto de la manipulación informática, siendo el error el elemento de tipo que la precede. Con ello, la manipulación informática se suma a la tipología conocida de engaño y error, y facilita el perjuicio patrimonial final, pero en ningún caso sustituye o absorbe a los dos primeros; sencillamente se suma a éstos. Una vez se logra la

transmisión no consentida, aparece la figura ya tratada del mulero, que habitualmente mediante falsas ofertas de trabajo<sup>44</sup>, recibe el dinero sustraído que posteriormente distribuye en las cuentas o depósitos indicados por el sujeto activo.

No se debe confundir, eso sí, la forma de operar del Phishing como “ejemplo paradigmático” de estafa informática, con una estafa clásica “revestida” de medios informáticos y la tecnología de internet. Así, por ejemplo, si un sujeto accede a una página que imita de forma fraudulenta a una empresa de venta online, y opta por comprar uno o varios artículos que, por supuesto, nunca recibirá en su domicilio, nos encontraríamos frente a una estafa clásica cuyo medio comisivo se identifica con la informática o internet, pero que no se adapta a la tipología del Art. 248.2 ya que, lo que motiva la transmisión patrimonial (en este caso, consentida), es el error y no la manipulación informática; la propia víctima transmite, voluntariamente, sus bienes.

Si bien el Phishing es una de las figuras delictivas más recurrentes en nuestros días, posee algunas variantes que conviene mencionar:

- **A) Pharming.** Técnica que parte, para su puesta en marcha, de la manipulación de los protocolos DNS<sup>45</sup>, los cuales permiten la navegación en internet mediante el uso de palabras que, de otro modo, sólo sería posible a través de códigos alfanuméricos de difícil comprensión. El DNS asocia un nombre a una dirección IP facilitando la conexión con los usuarios. Como afirma el profesor Rey Huidobro, el Pharming es un “ataque puramente informático” (Luis Fernando Rey Huidobro, 2013) ya que necesita un software que, o bien infecte la forma con la que los equipos hacen uso de los protocolos DNS o, más grave aún, infecte el propio sitio web al que el usuario pretende acceder. Con ello el sujeto activo dirige a sus víctimas hacia webs fraudulentas con la misma finalidad que en el caso de Phishing: recopilar datos o información relevante. El engaño se representa con la creencia de que el usuario está accediendo a un sitio web lícito, sin que ni siquiera medie ningún tipo de mensaje o mail que pueda suscitar sospechas
  
- **B) Smishing.** Técnica virtualmente idéntica al Phishing pero que se vale, para su ejecución, del envío masivo de mensajes SMS o incluso de WhatsApp que contienen enlaces a webs fraudulentas donde la víctima introduce sus datos.

---

44 En la terminología original, estas falsas ofertas de trabajo reciben el nombre de “scam”

45 Acrónimo de “Domain Name System”

- **C) Vishing.** En este caso la recopilación de datos se realiza mediante la remisión, a través de correos o mensajes SMS, a un número de teléfono donde la víctima se pone en contacto con un falso representante de la empresa suplantada, el cual, informando de la existencia de un problema de índole económico (movimientos no consentidos por compras inexistentes) solicita la entrega de información confidencial. A decir verdad, en esta modalidad de Phishing, se mantiene el trato interpersonal entre sujeto activo y pasivo, salvo que se utilicen sistemas automatizados de comunicación.

### 3. CONCLUSIONES

**PRIMERA.** La estafa regulada en el artículo 248.1 del CP se compone de varios elementos de tipo; un engaño bastante e idóneo en el sentido de convencer a la víctima de una realidad inexistente y que admite una gran variedad de medios comisivos; el error que genera en la víctima esa misma convicción que, por último, le motiva a realizar un acto de disposición patrimonial a favor del autor o autores del delito. Como elemento subjetivo que justifica el dolo, encontramos el ánimo de lucro, ya sea a favor del propio autor o de un tercero.

**SEGUNDA.** Debido a esa gran variedad de medios comisivos que admite la estafa para generar un error en la víctima, es común utilizar documentos falsificados o, que sin estarlo, se les otorga un uso o unas facultades que no tienen *per se*.

Cuando se utilizan documentos públicos, oficiales o mercantiles (artículo 390 del CP) se ha establecido, mediante Acuerdo del Pleno del Tribunal Supremo de 2002, que debe imponerse el criterio del concurso medial de delitos; mientras que cuando se trate de documentos privados (artículo 395) se aplica el concurso de normas y no de delitos del CP (artículo 8 del CP), atendiendo muy especialmente al grado de ejecución de delito. Si éste resulta consumado, se entenderá como delito de estafa por el principio de consunción (figura delictiva más compleja); si resultase intentado, será un delito de falsedad en documento privado por el principio de la alternatividad (delito con mayor pena en abstracto). Esto es así porque el artículo 395 CP exige el ánimo de causar un perjuicio (al igual que la estafa), por lo que aplicar un concurso de delitos conllevaría infringir el principio *non bis in idem*.

**TERCERA.** La compleja naturaleza del delito de estafa puede trascender el criterio general de competencia del artículo 14.2 de la Lecrim (lugar de comisión de los hechos) al constar de varios elementos de tipo que pueden ejecutarse en diferentes lugares. Por ello, y a través de Acuerdo de Pleno de la Sala General del Tribunal Supremo de 3 de febrero de 2005, se considera que todos los lugares en los que se hayan llevado a cabo los elementos de tipo, otorgan la competencia para conocer los hechos, siendo el juez que primero haya iniciado las actuaciones procesales tendentes a la averiguación de los hechos el que *de facto* asuma esa competencia. Este criterio recibe el nombre de “Principio de Ubicuidad”.

**CUARTA.** El engaño bastante o idóneo, como elemento clave para generar un error en la víctima, puede llegar a despenalizar y desvirtuar la estafa en caso de que no contenga la suficiente entidad para superar las defensas o la llamada “autoprotección” de la víctima respecto al autor material de delito. A esta doctrina se la conoce como “estafa burda o engaño burdo” y supone el fin de la vía penal, teniendo la civil como último recurso.

Sin embargo, existen varios problemas de concepción en relación a la ya precitada doctrina. Primero, porque el propio CP, en su redacción del 248.1, no exige un criterio mínimo de autoprotección para el sujeto pasivo; y segundo porque ningún otro delito de nuestro ordenamiento exige un nivel de autotutela tan notable que, en caso de no cumplirse, pueda llegar a evitar la observancia de una posible responsabilidad penal.

Además, con la doctrina de la “estafa burda” se reduce el propio delito de estafa a una noción de calidad: se persiguen sólo aquellas estafas más elaboradas; se premia la estupidez (en términos jurídicos) del sujeto activo por sus métodos poco eficientes; y se castiga la estupidez (en términos jurídicos) del sujeto pasivo a la hora de hacer frente a ese engaño. Por último, parece que sólo se tiene en cuenta el engaño como elemento de tipo del delito, omitiendo el elemento subjetivo o dolo, basado en el ánimo de lucro. Aunque una estafa sea “burda” en relación al engaño, el elemento subjetivo permanece inmutable.

Si bien es cierto que en la actualidad se sigue aplicando, el Tribunal Supremo ha endurecido la aplicación de la estafa burda como una figura que pueda desvirtuar la vía penal, ya que no se debe trasladar a la víctima la responsabilidad del engaño. Con todo, lo cierto es que no tenemos un criterio objetivo que nos permita discernir una estafa con plenos efectos de una despenalizada por el elemento burdo.

**QUINTA.** El Art. 248.2 regula la estafa informática, e introduce la “manipulación informática” como elemento de tipo nuclear. Basándonos en el artículo 8 del Convenio de Budapest, el cual encomienda a los Estados miembros de la UE introducir las defraudaciones de tipo informático, podemos definir la manipulación informática como la “introducción, alteración, borrado o supresión” de datos para generar un perjuicio económico.

Junto a la manipulación informática aparece el término “artificio semejante”, que supone una suerte de analogía en relación a la manipulación informática y que podemos entender como



cualquier sistema idóneo para generar un perjuicio económico a través de la introducción de datos. El perjuicio económico, a diferencia del Art. 248.1, no se produce por un acto de disposición, sino por una transmisión no consentida; si en la estafa clásica el sujeto pasivo se convierte en partícipe accidental de la ejecución del delito, en la informática no es consciente de esa transmisión “no consentida” de su propio patrimonio.

Si bien la jurisprudencia considera que el elemento de tipo de “manipulación informática” absorbe el engaño y error de la estafa clásica, se defiende la idea de que estos dos elementos siguen presentes y únicamente anteceden a la manipulación. Tampoco se comparte el criterio que considera como “estafa” cualquier manipulación informática que, generando un perjuicio económico, prescindiera de la actuación directa o indirecta de la víctima. La estafa requiere un engaño o artificio que genere una convicción equivocada en el sujeto pasivo. Si estos elementos no se dan, no estaríamos frente a una estafa. Cabe mencionar que, en relación a esta última cuestión y antes del anteproyecto de reforma del CP de 2006, las manipulaciones directas sobre sistemas, tales como el uso en cajeros de tarjetas de crédito sustraídas a sus legítimos titulares, se consideraban robos con fuerza en las cosas y no estafas.

**SEXTA.** El Art. 248.2 introduce, para su ejecución, la figura del “mulero”. El mulero es aquella persona que tiene como objetivo retener en cuentas bancarias el dinero sustraído a las víctimas fruto de la manipulación informática, para después distribuirlo en depósitos o cuentas indicadas por el sujeto activo o autor de la manipulación, a cambio de un porcentaje o comisión.

La importancia del mulero va más allá de ser un sujeto clave para asegurar el beneficio económico de los autores: su lugar de residencia opera como auténtico criterio de competencia para el conocimiento del delito, y ello es así debido a que es el lugar donde se han llevado algunas de las conductas tendentes al éxito del mismo, y segundo porque, a efectos de investigación, es el sitio más idóneo para que ésta (investigación) pueda avanzar.

**SÉPTIMA.** La conducta del mulero, calificada como post-delictiva, puede ser tipificada como un delito de receptación o blanqueo de capitales, sin embargo, la jurisprudencia del Tribunal Supremo exige analizar cada caso concreto ya que, en ocasiones, la conducta del mulero carece del elemento subjetivo del dolo. Se tiene en cuenta, a estos efectos, su conocimiento en torno al fin ilícito de la actividad de la que es partícipe, así como su nivel de vinculación con el autor/es del delito.

Fruto de esta necesidad de analizar la conducta del mulero en relación a los hechos, se ha hecho mención a una doctrina surgida del derecho norteamericano y que recibe el nombre de “ignorancia deliberada”. La misma presupone la responsabilidad de aquel sujeto que, debiendo conocer una determinada circunstancia, se escuda en su total desconocimiento o ignorancia en torno a la misma. La ignorancia deliberada castiga un comportamiento deliberadamente negligente, por el cual el sujeto, más que ignorar, evitar tener conocimiento.

A pesar de lo interesante de su propuesta en clave jurídica, la ignorancia deliberada no tiene encaje en nuestro ordenamiento, ya que pervierte el principio de presunción de inocencia y lo convierte en una presunción de culpabilidad, prescindiendo de todas las garantías inherentes a un proceso judicial.

**OCTAVA.** El Phishing representa el ejemplo paradigmático de lo que es una estafa informática. Mediante mensajes de correo electrónico que suplantan la identidad de una empresa (normalmente entidades bancarias o de venta online), remiten a la víctima a otra dirección web en la que se le solicita la introducción de datos confidenciales, tales como números de tarjeta, claves o passwords para acceder a sus perfiles.

Se defiende la idea de que el Phishing contiene los elementos de tipo de la estafa clásica más los propios de la informática. El engaño como tal se representa en el esfuerzo por parte de los autores de hacer creer a la víctima que está tratando con una empresa real; esta convicción genera un error que permite la introducción de datos confidenciales que, posteriormente, y mediante la manipulación informática, serán usados por los autores del delito para la transmisión patrimonial no consentida.

La principal diferencia respecto a la estafa del 248.1 tiene que ver con el perjuicio económico final. Mientras que en la modalidad clásica el acto de disposición patrimonial tiene su causa en el error generado en la víctima (el cual permite un acto de disposición patrimonial), en la modalidad informática es la manipulación informática (la introducción de los datos) la que permite la transmisión patrimonial no consentida. Por tanto, el esquema de engaño y error se repite en el 248.2, añadiendo la manipulación informática y, finalmente, la transmisión patrimonial no consentida.

Junto al Phishing existen otras modalidades como el Pharming, donde se manipulan los protocolos DNS que permiten la navegación en internet mediante la introducción de palabras, lo que faculta a redirigir a la víctima hacia webs fraudulentas; el Smishing que utiliza mensajes SMS o mensajes de WhatsApp que incluyen enlaces a webs fraudulentas y, por último, el Vishing, que utilizando el mismo recurso de mensajes SMS o de WhatsApp, remiten a números de teléfono donde un falso agente de una entidad bancaria o empresa de venta online, solicita claves para solventar un problema inexistente.

## 4. BIBLIOGRAFÍA Y LEGISLACIÓN

### BIBLIOGRAFÍA

- CONDE-PUMPIDO FERREIRO, C. 2001. *Estafas*. Valencia. Editorial Tirant lo Blanch.
- DEVIA GONZÁLEZ, E.A. 2017. *Delito informático: Estafa Informática del Artículo 248.2 del Código Penal*. Universidad de Sevilla. Tesis para la obtención del Grado de Doctor en Derecho. <https://idus.us.es/xmlui/bitstream/handle/11441/75625/Tesis%20Edmundo%20Devia%20Completa%20Final%2031%20Mayo%202017.pdf?sequence=1&isAllowed=y> [En línea] [Consulta 9 de enero de 2020]
- GUDIN RODRÍGUEZ-MAGARIÑOS, F. 2008. *Nuevos delitos informáticos: Phishing, Pharming, Hacking y Cracking*. SP/DOCT/3705. <http://web.icam.es/bucket/Faustino%20Gud%C3%ADn%20-%20Nuevos%20delitos%20inform%C3%A1ticos.pdf> [En línea] [Consulta 10 de enero de 2020]
- JAVATO MARTÍN, A.M. 2008. *Sobre estafa convencional, estafa informática y robo en el ámbito de los medios electrónicos de pago. El uso fraudulento de tarjetas y otros medios de pago. Recensión del libro de Ricardo M. Mata y Martín*. Revista electrónica de Ciencia Penal y Criminología. ISSN 1695-0194. <http://criminet.ugr.es/recpc/10/recpc10-r5.pdf> [En línea] [Consulta 11 de enero de 2020]
- LUZÓN CUESTA, J.M. 2015. *Compendio de Derecho Penal Parte especial*. Madrid: Editorial Dykinson SL.
- RAMÓN FERNÁNDEZ, F. Y OTROS. 2015. *Fraude electrónico. Su gestión penal y civil*. Valencia. Editorial Tirant lo Blanch.
- REY HUIDOBRO, L.F. 2013. *La estafa informática. Relevancia penal del Phishing y el Pharming*. Revista de derecho penal, procesal y penitenciario. ISSN 1697-5758, N° 101. <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=4209275> [En línea] [Consulta 15 de enero de 2020]
- SOLAZ SOLAZ, E. 2013. *La estafa procesal*. Valencia. Editorial Tirant lo Blanch.

-VIVES ANTON, T.S. Y OTROS. 2019. *Derecho Penal Parte Especial*. Valencia: Editorial Tirant lo Blanch

## LEGISLACIÓN

-Real Decreto de 14 de septiembre de 1882 por el que se aprueba la Ley de Enjuiciamiento Criminal. BOE núm. 260 <https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-1882-6036> [En línea]

-Real Decreto de 24 de julio de 1889 por el que se publica el Código Civil. Gaceta de Madrid núm. 206 (ELI: [https://www.boe.es/eli/es/rd/1889/07/24/\(1\)/con](https://www.boe.es/eli/es/rd/1889/07/24/(1)/con))

-Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal. BOE núm. 281 (ELI: <https://www.boe.es/eli/es/lo/1995/11/23/10/con> ).

-Ley 1/2000, de 7 de enero, por la que se publica la Ley de Enjuiciamiento Civil. BOE núm 7 (ELI: <https://www.boe.es/eli/es/l/2000/01/07/1/con>)

-Decisión marco del Consejo, de 28 de mayo de 2001, sobre la lucha contra el fraude y la falsificación de medios de pago distintos al efectivo. <https://op.europa.eu/es/publication-detail/-/publication/ea12bd64-beba-43e0-8eaf-e070480dc5c7/language-es> [En línea]

-Convenio de Budapest. Instrumento de Ratificación del Convenio sobre la Ciberdelincuencia, hecho en Budapest el 23 de noviembre de 2001. Boletín oficial del Estado, 17 de septiembre de 2010, nº 226, p. 50. [https://www.boe.es/diario\\_boe/txt.php?id=BOE-A-2010-14221](https://www.boe.es/diario_boe/txt.php?id=BOE-A-2010-14221) [En línea]

## 5. APÉNDICE JURISPRUDENCIAL

### SENTENCIAS

- España. Tribunal Supremo (Sala de lo Penal). Sentencia núm. 502/1990 de 28 de septiembre (ECLI:ES:TS:1992:7276)
- España. Tribunal Supremo (Sala de lo Penal). Sentencia núm. 1128/1997 de 27 de enero (ECLI:ES:TS:1998:427)
- España. Tribunal Supremo (Sala de lo Penal). Sentencia núm. 1186/1998 de 29 de octubre (ECLI:ES:TS:1998:6318)
- España. Tribunal Supremo (Sala de lo Penal). Sentencia núm. 256/2000 de 4 de febrero (ECLI:ES:TS:2002:653)
- España. Tribunal Supremo (Sala de lo Penal). Sentencia núm. 2156/2000 de 20 de septiembre (ECLI:ES:TS:2002:5980)
- España. Tribunal Supremo (Sala de lo Penal). Sentencia núm. 2615/2003 de 9 de diciembre (ECLI:ES:TS:2004:7967)
- España. Tribunal Supremo (Sala de lo Penal). Sentencia núm. 2199/2003 de 21 de diciembre (ECLI:ES:TS:2004:8324)
- España. Tribunal Supremo (Sala de lo Penal). Sentencia núm. 832/2004 de 11 de julio (ECLI:ES:TS:2005:4655)
- España. Tribunal Supremo (Sala de lo Penal). Sentencia núm. 2363/2004 de 24 de febrero (ECLI:ES:TS:2006:928)
- España. Tribunal Supremo (Sala de lo Penal). Sentencia núm. 11142/2006 de 9 de mayo (ECLI:ES:TS:2007:3258)
- España. Tribunal Supremo (Sala de lo Penal). Sentencia núm. 2249/2006 de 12 de junio (ECLI:ES:TS:2007:3935)
- España. Tribunal Supremo (Sala de lo Penal). Sentencia núm. 92/2008 de 17 de diciembre (ECLI:ES:TS:2008:6984)
- España. Tribunal Supremo (Sala de lo Penal). Sentencia núm. 2422/2011 de 25 de octubre (ECLI:ES:TS:2012:8284)
- España. Tribunal Supremo (Sala de lo Penal). Sentencia núm. 2429/2011 de 3 de diciembre (ECLI:ES:TS:2012:8316)
- España. Tribunal Supremo (Sala de lo Penal). Sentencia núm. 1391/2012 de 20 de marzo (ECLI:ES:TS:2013:1134)

- España. Tribunal Supremo (Sala de lo Penal). Sentencia núm. 664/2014 de 2 de diciembre (ECLI:ES:TS:2014:5632)
- España. Tribunal Supremo (Sala de lo Penal). Sentencia núm. 949/2014 de 26 de diciembre (ECLI:ES:TS:2014:5573)
- España. Tribunal Supremo (Sala de lo Penal). Sentencia núm. 1842/2014 de 17 de febrero (ECLI:ES:TS:2015:1387)
- España. Tribunal Supremo (Sala de lo Penal). Sentencia núm. 1312/2015 de 23 de febrero (ECLI:ES:TS:2016:632)
- España. Tribunal Supremo (Sala de lo Penal). Sentencia núm. 2259/2015 de 15 de julio (ECLI:ES:TS:2016:3581)
- España. Tribunal Supremo (Sala de lo Penal). Sentencia núm. 1729/2016 de 24 de mayo (ECLI:ES:TS:2017:1885)
- España. Tribunal Supremo (Sala de lo Penal). Sentencia núm. 2093/2017 de 25 de julio (ECLI:ES:TS:2018:3062)
- España. Tribunal Supremo (Sala de lo Penal). Sentencia núm. 2894/2017 de 26 de octubre (ECLI:ES:TS:2018:3666)

#### AUTOS

- España. Tribunal Supremo (Sala de lo Penal). Auto núm. 1309/2011 de 27 de octubre (ECLI:ES:TS:2011:10591A)
- España. Tribunal Supremo (Sala de lo Penal). Auto núm. 20381/2012 de 7 de marzo (ECLI:ES:TS:2013:2497A)
- España. Tribunal Supremo (Sala de lo Penal). Auto núm. 20768/2013 de 19 de febrero (ECLI:ES:TS:2014:2032A)

#### ACUERDOS

- España. Tribunal Supremo. Acuerdo Pleno Sala General del Tribunal Supremo de de 3 de febrero de 2005
- España. Tribunal Supremo. Acuerdo Pleno Sala Segunda del Tribunal Supremo del año 2002, actualizado en marzo de 2013.







