



**UNIVERSITAT
JAUME·I**

Trabajo de Fin de Máster

**LOS DELITOS DE ESTAFA INFORMÁTICA Y
BLANQUEO DE CAPITALS: UNA APLICACIÓN
PRÁCTICA**

Presentado por:

Laura M. Cepeda González

Tutor/a:

Antonio Fernández Hernández

Máster Universitario en Abogacía

Curso académico 2019/20

Fecha de defensa: Enero 2020

RESUMEN

Mediante el presente trabajo se realiza un estudio y análisis de los elementos del delito de estafa informática y del delito de blanqueo de capitales a la luz de un caso práctico, tomando la postura del Ministerio Fiscal y realizando un escrito de acusación. Todo ello teniendo en cuenta los problemas interpretativos, concursales y doctrinales que se plantean.

PALABRAS CLAVE

Ciberdelincuencia, estafa informática, cajeros automáticos, manipulación informática, artificio semejante, criptomonedas, bitcoins, blanqueo de capitales, grupo criminal, organización criminal.

ÍNDICE

I. INTRODUCCIÓN	2
II. CASO PRÁCTICO	3
1. RELATO DE LOS HECHOS.....	3
2. CALIFICACIÓN JURÍDICA.....	4
2.1 Calificación jurídica del acto de apoderamiento.....	4
2.1.1 Delito de estafa informática.....	4
2.1.2 Figura agravada y delito continuado.....	9
2.2 Calificación jurídica de la conducta de conversión del dinero en bitcoins.....	11
2.2.1 Delito de blanqueo de capitales.....	11
2.2.2 Principal referencial al uso de los Bitcoins.....	13
2.2.3 Problema del Autoencubrimiento o autoblanqueo.....	15
2.3 Calificación jurídica de la pertenencia a una organización o grupo criminal.....	17
2.3.1 Organización criminal.....	17
2.3.2 Grupo Criminal.....	19
3. AUTORÍA Y PARTICIPACIÓN.....	22
4. CIRCUNSTANCIAS MODIFICATIVAS DE LA RESPONSABILIDAD PENAL.....	23
5. PENA.....	23
III. CONCLUSIONES	25
IV. BIBLIOGRAFÍA	29
V. ANEXOS	33
1. Escrito de acusación Ministerio Fiscal.....	33

I. INTRODUCCIÓN

En el mundo globalizado en el que estamos se ha producido un paulatino desarrollo de la cooperación internacional, así como un aumento de las medidas de control adoptadas por los Estados para combatir la criminalidad y las lagunas normativas. En este contexto los delincuentes se han ido adaptando con rapidez a las nuevas situaciones, desarrollando técnicas cada vez más complejas para eludir las consecuencias penales.

Así, en los últimos años hemos escuchado hablar del uso frecuente de las criptomonedas y, tras investigar, hemos podido comprobar la falta de regulación legal y cómo actualmente se encuentran latentes determinados procesos de investigación relacionados con las criptomonedas, los bitcoins y su vinculación con los delitos de estafa y blanqueo de capitales.

En este entorno surgió la idea de hacer un estudio y análisis de los elementos del delito de estafa informática y del delito de blanqueo de capitales a la luz de un caso práctico, tomando la postura del Ministerio Fiscal y realizando un escrito de acusación.

Por ello, en el primer epígrafe expondremos el relato de los hechos para, a continuación, proceder a realizar una calificación jurídica en la que desglosaremos las diferentes problemáticas que nos surgen tanto con el delito de estafa como con el delito de blanqueo de capitales y la pertenencia a organización o grupo criminal.

En los últimos epígrafes analizaremos la autoría y participación, las circunstancias modificativas de la responsabilidad y finalizaremos con la solicitud de la pena a imponer.

En definitiva, lo que se persigue con este estudio es dar a conocer el desarrollo que ha ido teniendo la tecnología, los problemas que pueden existir con el delito de estafa y la interpretación de sus elementos, las nuevas formas y medios de blanquear dinero, el uso frecuente de las criptomonedas y la vinculación con estos delitos. Por último, finalizaremos este estudio señalando las principales medidas que podrían adoptarse para combatir la criminalidad.

I. CASO PRÁCTICO

Abierto el proceso de instrucción, el Juez de Instrucción nº1 de Castellón notifica al Ministerio Fiscal para que se pronuncie como parte en el proceso. De la investigación efectuada se desprenden los siguientes hechos probados.

1. RELATO DE LOS HECHOS

Los procesados DENIS K., mayor de edad, nacido el día 01.01.1971 en Alemania, con pasaporte alemán número K-987699I, sin antecedentes penales, MAX A., mayor de edad, nacido el 30.05.1986 en Polonia, con pasaporte polaco número AA098712, sin antecedentes penales y DIMA H. mayor de edad, nacido el día 24.10.1992 en Alemania, con pasaporte alemán número K-45678967, sin antecedentes penales.

El 6 de mayo de 2018, sobre las 10:00 horas, el cajero automático del Banco Santander situado en Avenida Cardenal Costa, núm. 11, 12004, Castellón de la Plana, fue programado para dispensar billetes de forma aleatoria. La suma total que el cajero facilitó fue de 300.000 euros. Tales hechos fueron presenciados por Doña Dolores P., Doña Amanda B. y Doña Paula A. Esta última fue quien alertó a la policía para que acudiera el lugar de los hechos.

Tras las investigaciones llevadas a cabo por agentes del Cuerpo Nacional de Policía se ha averiguado que, con ánimo de lucro, desde la dirección IP del ordenador de DENIS K., se enviaban emails maliciosos desde Alemania a los trabajadores de diferentes entidades bancarias. Estos emails contenían un archivo adjunto. Dicho archivo estaba infectado por un «*malware*» o virus que al abrirlo, infectaba el ordenador con un código malicioso que permitía el control de forma remota del ordenador.

Gracias a ello, D. MAX A. podía acceder a la red interna de las entidades bancarias y tomar el control de forma remota de los cajeros situados en España para programarlos con el objetivo de dispensar dinero a una hora determinada y poner en disposición del dinero a DIMA H., quien, en el momento en que los

cajeros lo dispensaban, se encontraba esperando en el lugar y el momento acordados para recoger los billetes expulsados.

Posteriormente, DIMA H., con el dinero de los cajeros automáticos, procedía a la compra de bitcoins y los enviaba a través de monederos virtuales, quedando así a disposición de DENIS K. y MAX A., quienes procedían a realizar un entramado de operaciones financieras para dificultar el rastro del dinero, ocasionando con todo ello un perjuicio económico a la entidad bancaria, quien se veía desposeída de su dinero.

De la investigación realizada se desprende que durante los últimos tres años han actuado varias veces utilizando el mismo *modus operandi*, siendo la cuantía total defraudada de diez millones de euros.

Finalmente el 30 de mayo de 2019 la Guardia Civil procedió a la detención de DENIS K., MAX A., y DIMA H., cuando se encontraban en el domicilio de DENIS K. sito en Av. Casalduch núm. 40, piso 3º B, CP 12002, Castellón.

Todos ellos se encuentran en situación de prisión provisional desde el día 1 de septiembre de 2019 por los hechos expuestos.

Notificado el Ministerio Fiscal de tales hechos procede a presentar escrito de acusación, tal y como consta en el anexo uno. Los motivos en los que se sustenta el contenido de tal escrito son los siguientes:

2. CALIFICACIÓN JURÍDICA

Los hechos descritos con anterioridad se pueden dividir en tres bloques diferentes. En el primer bloque analizaremos el acto de apoderamiento del dinero, la forma en la que se realiza y su calificación jurídica. En el segundo bloque profundizaremos en la conversión de ese dinero obtenido en bitcoins. Y en el tercero, el hecho que calificaremos será la pertenencia a una organización o grupo criminal.

2.1. CALIFICACIÓN JURÍDICA DEL ACTO DE APODERAMIENTO

2.1.1. DELITO DE ESTAFA INFORMÁTICA

El delito de estafa se encuentra regulado en los artículos 248 al 251 bis del Código Penal (en adelante CP).

El artículo 248.1 CP tipifica el tipo básico de estafa y sus elementos y el artículo 248.2 CP tipifica la llamada estafa informática, en la que nos centraremos más adelante.

La doctrina¹ ha definido copiosamente los elementos caracterizadores del delito de estafa común. Por lo tanto, para que una conducta sea subsumible en el delito de estafa común es necesario que se den los siguientes elementos del tipo: engaño, error, acto de disposición patrimonial, perjuicio propio o ajeno, ánimo de lucro y el nexo causal o relación de causalidad entre todos ellos².

Todos estos elementos configuran el tipo básico de la estafa, pero el problema surgió cuando se actuaba sobre una máquina, ya que no podían ser castigadas como estafa todas aquellas conductas en las que faltaba un sujeto persona física que sufriera el engaño o cuando faltaban los elementos de engaño o error³.

El argumento que se mantenía es que las máquinas no podían ser engañadas, ya que solo pueden serlo las personas, teniendo que existir una unión psicológica entre el sujeto pasivo y el activo. Asimismo, a las máquinas tampoco se les puede inducir a error⁴. En el caso ante el que nos encontramos solo interviene el defraudador sin que exista una persona física a la que se

¹ RIVES SEVA, A.P., *El delito de estafa en la jurisprudencia del Tribunal Supremo*, Vlex, Barcelona, 2013, pp. 8-104.

JUANES PECES, A., (coord), LÓPEZ BORJA DE QUIROGA, J., VILLEGAS GARCÍA, M.A. y ENCINAR DEL POZO, M.A., *Código Penal comentado, con jurisprudencia sistematizada y concordancias*, Colección Tribunal Supremo, Lefebvre, Madrid, 2014, pp. 1462 y ss.

² El delito de estafa es un delito patrimonial que consiste en que una persona con ánimo de lucro, mediante engaño antecedente bastante, provoca un error esencial (conocimiento equivocado de la realidad) en el sujeto pasivo, que lo induce a realizar un acto de disposición patrimonial en perjuicio propio o ajeno. Y entre todos los elementos debe existir una relación de causalidad.

³ STS de 2 de febrero 2002 citada en BAJO FERNÁNDEZ, M., *Los delitos de estafa en el Código Penal*, Centro de Estudios Ramón Areces, Madrid, 2004. pp.33 y 34.

⁴ El error es un conocimiento viciado de la realidad. El engaño ha de desencadenar, originar o producir un error esencial en el sujeto pasivo el cual es "desconocedor o con conocimiento deformado e inexacto de la realidad por causa de la mendacidad, fabulación o artificio del agente, lo que le lleva a actuar bajo una falsa presuposición, a emitir una manifestación de voluntad partiendo de un motivo viciado, por cuya virtud se produce el traspaso patrimonial". Además, se considera que los aparatos eléctricos no tienen errores como los exigidos por el tipo tradicional. Cabe señalar que los aparatos eléctricos se comportan según el programa que lo gobierna y, en principio, sin error. BAJO FERNÁNDEZ, M., *Los delitos de estafa...*, cit. pp.31 y 46.

dirija la maniobra engañosa, puesto que la maniobra se dirige en este caso, a un cajero automático.

Así, se daban conductas cuya dinámica comisiva no encajaba en la modalidad típica del delito de estafa. Todo ello generó la necesidad de regular de una manera específica el problema de la criminalidad informática.

En su momento, al legislador, se le presentaron dos vías: la primera era crear una ley especial que regulara todo el régimen jurídico del sistema informático y la segunda consistía en modificar dentro del Código Penal los tipos penales para completarlos y adaptarlos a las especificidades que presenta el delito informático.

El legislador optó por la segunda opción en el año 1995 y adaptó las tradicionales estructuras jurídico-penales y los tipos de la parte especial del Código Penal para subsanar el problema de la criminalidad informática⁵. Así creó un nuevo tipo de estafa: la llamada estafa informática, regulada en el artículo 248.2 CP.

Antes de la reforma, algunas conductas parecidas, como el apoderamiento de dinero en cajeros automáticos mediante la utilización de tarjetas ajenas obtenidas mediante sustracción y uso indebido del PIN, eran sancionadas a través de la figura del robo con fuerza en las cosas por uso de llave falsa, en el que la tarjeta recibía la consideración de llave falsa⁶.

Posteriormente se empezaron a dictar sentencias, antes incluso de producirse la reforma de 2010, en las que esa misma conducta se castigaba como delito de estafa informática⁷. Exponente de ello son las SSTS 369/2007, de 9 de mayo y 663/2009, de 30 de mayo, Sala de lo Penal, Sección 1^ª.

⁵ CHOCLÁN MOLTALVO, J.A., *El delito de estafa*, Bosch, Barcelona, 2000, pp. 287-292.

⁶ En ésta línea se pronunció la STS 1658/1998, de 22 de diciembre, que consideró que la extracción de dinero de un cajero era robo con fuerza en las cosas si se operaba con tarjeta sustraída ilícitamente, la cual se equiparaba a una llave falsa.

Así mismo, FERNÁNDEZ TERUELO, J.G., *Ciberdelitos. Los delitos cometidos a través de internet*, Constitutio Criminalis Carolina, 2007 pp. 44 - 47, cita la SAP Sevilla de 10 de marzo de 2004 como ejemplo de sentencia que resolvía castigando como robo con fuerza en las cosas por uso de llave falsa, la extracción del dinero de cajero automático mediante la tarjeta de crédito previamente sustraída a su legítimo titular.

⁷ RIVES SEVA, A.P., *El delito de estafa...*, cit. pp. 135-143.

⁸ De dichas sentencias se desprende que “la actual redacción del artículo 248.2 CP permite incluir en la tipicidad de la estafa aquellos casos que mediante una manipulación informática o artificio semejante se efectúa una transferencia no consentida de activos en perjuicio de un tercero admitiendo diversas modalidades, bien mediante la creación de órdenes de pago o de transferencias, bien a través de manipulaciones de entrada o salida de datos, en virtud de los que la máquina actúa en su función mecánica propia”.

Por lo tanto, en el caso que nos ocupa no consideramos que la conducta de apoderamiento sea un delito de robo con fuerza⁹ o un delito de descubrimiento y revelación de secretos¹⁰. En este caso procedemos a calificar el acto de apoderamiento del dinero como estafa informática porque se dan los siguientes elementos diferenciadores del tipo penal:

El ánimo de lucro. La doctrina¹¹ afirma que debe entenderse como la finalidad de obtener una ventaja patrimonial. En este caso el lucro es directo y tiene un sentido económico. Así, el lucro obtenido se corresponde con los incrementos patrimoniales habidos en el patrimonio de los sujetos a consecuencia de la incorporación del dinero.

El perjuicio propio o ajeno causado. Por perjuicio debe entenderse la disminución del patrimonio del sujeto pasivo o de un tercero. El perjuicio causado corresponde a la esfera de la responsabilidad civil derivada del delito y puede coincidir con el valor de lo defraudado o ser mayor o, inclusive, menor¹².

El nexa causal¹³. Es necesario que entre los actos realizados y los elementos típicos del delito de estafa informática haya una relación de causalidad. En este caso, todas las acciones llevadas a cabo por los sujetos son realizadas con la finalidad de disponer del patrimonio ajeno, mediando ánimo de lucro y, como consecuencia de todo ello, causan un perjuicio a la entidad bancaria.

⁹ En caso de uso técnicamente correcto del cajero puede decirse que la entrega del dinero ha sido de forma voluntaria. Esto choca con la acción descrita en el artículo 237 CP que tipifica el delito de robo con fuerza en las cosas, consistente en emplear la fuerza para acceder al lugar donde se encuentran las cosas objeto de apoderamiento, resultando que quien emplea la tarjeta en un cajero automático no accede al interior de algo, sino que, por el contrario, el dinero es expedido por el cajero hacia el exterior de forma voluntaria.

Por lo tanto, si la tarjeta se usa de forma técnicamente correcta y el cajero da el dinero de forma voluntaria, no cabría hablar en este caso de robo con fuerza, sino que se plantea la opción de que este supuesto quede subsumido en el delito de estafa del artículo 248.2 CP.

En el caso descrito en el relato de hechos no se utiliza una llave para acceder al cajero, sino que se ha utilizado un *malware*, por lo que quedaría subsumida tal conducta dentro de la estafa informática del artículo 248.2 CP, puesto que se da un supuesto parecido al descrito con anterioridad, en el que el cajero da el dinero de forma voluntaria, pero no se utilizan llaves, se utiliza un programa informático que cabría dentro de la descripción de “artificio semejante”, por lo que no cabe hablar de robo con fuerza en las cosas.

¹⁰ En los hechos no consta acreditado que la información a la cual han tenido acceso, se haya revelado, cedido o facilitado a terceros. Por ello, no podemos subsumir esta conducta dentro del delito de descubrimiento o revelación de secretos del artículo 197 y siguientes del CP.

¹¹ RIVES SEVA, A.P., *El delito de estafa...*, cit. p. 77.

¹² BAJO FERNÁNDEZ, M., *Los delitos de estafa...*, cit. p. 49.

¹³ BAJO FERNÁNDEZ, M., *Los delitos de estafa...*, cit. p.56.

Por lo tanto, en el delito de estafa informática existen, al igual que en el tipo básico de estafa, algunos elementos comunes, como la relación de causalidad, el perjuicio ajeno o el ánimo de lucro. Este último debido a que “quién defrauda actúa guiado por el afán de enriquecerse económicamente y en perjuicio de tercero, ya que se produce un detrimento económico en el patrimonio de la otra persona”¹⁴.

Con el artículo 248.2 CP se introdujo el elemento de manipulación informática o artificio semejante. “Por lo que el elemento del engaño, propio de la relación personal, es sustituido, como medio comisivo defraudatorio, por la manipulación informática o artificio semejante. 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 aquellos que permite su programación, o por la introducción de datos falsos. Así (...) el delito de estafa informática solo tiene lugar cuando el *modus operandi* para el desapoderamiento patrimonial de la víctima lo es a través de manifestaciones del sistema informático”¹⁵. En este caso a través del envío de emails que contenían un *malware* mediante el cual podían obtener el control de forma remota de los cajeros automáticos.

En cuanto a la expresión introducida de transferencia no consentida de activos patrimoniales, la acción de manipulación debe tener como consecuencia la transferencia no consentida de activos patrimoniales, con la consiguiente disminución del patrimonio de un tercero. “Definido el efecto de la acción como transferencia, no como disposición, ya que cabe que aquella sea realizada por una máquina sin la intervención de persona humana”¹⁶. En este caso la transferencia no consentida del dinero que realiza la máquina, lo hace expulsando los billetes sin el consentimiento de los bancos, quienes son los sujetos pasivos de la acción de desapoderamiento.

La STS de 21 de diciembre de 2004 (RJ 2004/8552) establece que “para colmar la acción típica de la estafa informática será suficiente la presencia de dos requisitos: el primero, que el autor carezca de autorización para usar el

¹⁴ FERNÁNDEZ TERUELO, J.G., *Derecho penal e internet. Especial consideración de los delitos que afectan a jóvenes y adolescentes*, Lex Nova, Valladolid, 2011, p. 49.

¹⁵ STS 3666/2018 de 26 de octubre de 2018, N° de Recurso: 2894/2017, pp. 9 y 10.

¹⁶ CHOCLÁN MOLTALVO, J.A., *El delito de estafa*, cit. p. 304.

medio informático y el segundo, que produzca “efectos semejantes a la estafa común”.

En esta línea, la STS num. 369/2007, de 9 de mayo, establece que “cuando la conducta que desapodera a otro de forma no consentida de su patrimonio, se realiza mediante manipulaciones del sistema informático, bien del equipo, bien del programa, se incurre en la tipicidad del artículo 248.2 CP”.

Por lo tanto, en el caso en el que nos encontramos, sería posible hablar de estafa informática, ya que el Sr. DENIS K., con ánimo de lucro enviaba emails maliciosos desde Alemania a los trabajadores de diferentes entidades bancarias, que contenían un archivo adjunto infectado por un virus que, al abrirlo, quedaba el ordenador infectado por un código malicioso que permitía el control de forma remota del ordenador¹⁷.

Posteriormente el Sr. MAX A. accedía a la red interna de las entidades bancarias y tomaba el control de forma remota de los cajeros situados en España para programarlos con el objetivo de dispensar el dinero a una hora determinada y poner en disposición del dinero a DIMA H., quien, en el momento en que los cajeros dispensaban el dinero se encontraba en el lugar y el momento acordado para recoger los billetes que el cajero expulsaba.

Por lo tanto, dicha conducta es subsumible en el delito de estafa informática del artículo 248.2 CP en relación con el artículo 250.2 CP puesto que la cuantía defraudada que inició todo el procedimiento de investigación fue de 300.000 euros.

2.1.2 FIGURA AGRAVADA Y DELITO CONTINUADO

Quedando ya englobada la conducta de apoderamiento dentro de la estafa informática del artículo 248.2 CP, hemos de analizar las agravaciones que pueden darse.

Así, el artículo 249 CP establece una agravación cuando la cuantía de lo defraudado sea de más de 400 euros. En esta misma línea el artículo 250.1.5º CP establece una agravación cuando el valor de la defraudación supere los

¹⁷ DAVARA RODRÍGUEZ, M.A. (coord.), DAVARA FERNANDEZ DE MARCOS, E. Y DAVARA FERNÁNDEZ DE MARCOS, L., *Delitos informáticos*, ed. Aranzadi, Pamplona, 2017, pp. 25-44.

50.000 euros. Y, por último, el artículo 250.2 CP contiene una hiperagravación cuando el valor de lo defraudado supere los 250.000 euros.

En este caso se aplica la hiperagravación del artículo 250.2 CP, puesto que la cuantía defraudada que inició la investigación de los hechos asciende a 300.000 euros, siendo superior a los 250.000 euros que marca el artículo 250.2 CP.

Al no saber exactamente el número de estafas informáticas realizadas que se produjeron y el lapsus de tiempo entre unas y otras, no podemos castigarlas como un concurso real de delitos del artículo 76 CP¹⁸. Sabemos que se producen una pluralidad de acciones durante tres años en diferentes espacios temporales que individualmente son delitos independientes pero no sabemos cuántas.

Por ello consideramos que existe un delito continuado del artículo 74.1 CP, porque se dan una pluralidad de hechos diferenciales entre sí, realizados por los mismos sujetos activos, enjuiciados en un mismo procedimiento, realizados en ejecución de un plan preconcebido o aprovechando idéntica ocasión, violando un mismo precepto penal y utilizando el mismo *modus operandi*¹⁹.

Teniendo todo esto en cuenta podemos comprobar que se dan los requisitos o rasgos definitorios del delito continuado del artículo 74.1 CP.

Por otro lado, hemos de tener en consideración que al menos una de las defraudaciones es superior a los 250.000 euros. Así, la STS 605/2005, de 11 de mayo, establece que “no se vulnera el principio non bis in ídem cuando en al menos uno de los hechos concurre una circunstancia agravante, que deberá ser considerada como agravante de todo el delito continuado, aun cuando en otros hechos no haya concurrido la misma”.

“Ahora bien, caso distinto es que en ninguno de los hechos que integran el delito continuado concurra individualmente considerados la agravante. Por lo que si tomásemos la cuantía total, sumando las estafas individuales, para

¹⁸ No podemos castigarlo como concurso real de delitos al no conocer el número exacto de estafas informáticas que se realizaron y, como consecuencia tampoco podemos individualizar las penas y posteriormente sumarlas, para poder castigar en concurso real.

¹⁹ LUZÓN CASANOVAS, M., «Algunos aspectos del delito continuado», en Revista de Jurisprudencia, número 2, el 15 de diciembre de 2014, pp. 3 -10. Disponible en <https://asesoriajuridica.umh.es/files/2015/03/Revista-El-Derecho-n%C3%BAmero-2-diciembre-2014.pdf>.

alcanzar la aplicación de la agravante, estaríamos infringiendo el principio mencionado porque el importe total de la defraudación lo estaríamos utilizando a la vez para calificar los hechos como delito continuado y como delito de estafa agravada. En estos casos se aplicará la regla penológica del artículo 74.2 CP, aplicable a las infracciones continuadas contra el patrimonio, que ya tiene en cuenta para la imposición de la pena el perjuicio total causado”²⁰.

En este caso procedemos a calificar el acto de apoderamiento como un delito continuado de estafa informática del artículo 248.2 y 250.2 en relación al artículo 74.1 CP, pudiendo solicitarse la pena de prisión de cuatro a ocho años y multa de 12 a 24 meses, en su mitad superior, pudiendo llegar hasta la mitad inferior de la pena superior en grado.

2.2. CALIFICACIÓN JURÍDICA DE LA CONDUCTA DE CONVERSIÓN DEL DINERO EN BITCOINS

2.2.1. DELITO DE BLANQUEO DE CAPITALS

El Grupo de Acción Financiera Internacional (GAFI), en su informe de 1990 sobre “Tipologías del blanqueo de capitales”, exponía un modelo tipo del ciclo de blanqueo de capitales estructurado en tres etapas fundamentales, la colocación, el enmascaramiento y la integración²¹. Conceptualmente las etapas descritas están claramente diferenciadas, aunque en la práctica la mayoría de veces no es tan sencillo.

²⁰ RIVES SEVA, A.P., *El delito de estafa...*, cit., p. 172.

²¹ En la fase de colocación los delincuentes tratan de cambiar la ubicación del dinero y la introducen al sistema financiero legal, ya sea mediante diferentes bancos, cajeros automáticos, cajas de ahorro, casas de cambio, casinos, servicios postales... Es la fase en la que resulta más fácil detectar las operaciones de blanqueo de capitales. Normalmente fraccionan la cantidad total a blanquear en pequeñas sumas que no llamen la atención de las autoridades ni generen la obligación de declarar. En la fase de enmascaramiento el dinero ilícito ya se encuentra en el sistema financiero legal y tratan de poner distancia con su origen para dificultar su rastreo y desvincularlo de su titular, siendo ésta la fase más compleja. Suelen utilizar sociedades pantalla, testaferros y paraísos fiscales. La última fase es la de integración, en esta fase el dinero vuelve a su blanqueador con la apariencia de haber sido conseguido legalmente. Normalmente se realiza a través de negocios o inversiones con los registros contables y tributarios que justifiquen la legalidad del capital.

GÁLVEZ BRAVO, R., *Los modus operandi en las operaciones de blanqueo de capitales*, Bosch, Barcelona, 2014, pp. 33-36.

En los hechos descritos podemos ver cómo se dan estas dos primeras fases del delito de blanqueo de capitales. Se desprende que DIMA H., esperaba a que los cajeros automáticos expulsaran el dinero el día y hora señalados. Posteriormente, con ese dinero procedía a la compra de bitcoins y los enviaba a través de billeteras electrónicas o monederos virtuales, quedando así a disposición de DENIS K. y MAX A., quienes procedían a realizar un entramado de operaciones financieras para dificultar el rastro del dinero, ocasionando con todo ello un perjuicio económico a la entidad bancaria.

En este caso se dan todos los elementos del tipo para que la conducta quede subsumida dentro del delito de blanqueo de capitales del artículo 301.1 CP. En definitiva, este artículo castiga al que adquiera, posea, utilice, convierta o transmita bienes, sabiendo que estos tienen su origen en una actividad delictiva, cometida por él o por cualquiera tercera persona o realice cualquier otro acto para ocultar o encubrir su origen ilícito, o para ayudar a la persona que haya participado en la infracción o infracciones a eludir las consecuencias de sus actos.

La finalidad que tiene el artículo 301.1 CP es reprimir cualquier obtención de beneficios generados por la comisión de un delito, lo que le confiere independencia y autonomía en relación con el delito antecedente²².

“Así el tipo del artículo 301 CP requiere que los bienes supuestamente blanqueados procedan de una actividad delictiva previa. La presunción de inocencia requiere probar que los bienes supuestamente blanqueados proceden de una actividad delictiva previa, no siendo necesaria una sentencia condenatoria por el delito previo, ya que se considera bastante con acreditar simplemente la presencia antecedente de una actividad delictiva de modo genérico que permita, en atención a las circunstancias del caso concreto, la exclusión de otros posibles orígenes sin que sea necesaria ni la demostración plena de un acto delictivo específico generador de bienes ni de los concretos partícipes en el mismo”²³.

Por lo tanto, para poder condenar por un delito de blanqueo es necesario que quede acreditado ante el juez competente que los bienes proceden de algún delito y no es necesario que exista una sentencia condenatoria, ya que

²² JUANES PECES, A., *Código Penal comentado...*, cit., p. 1714.

²³ GÓMEZ TOMILLO, M., *Comentarios al Código Penal*, Lex Nova, Valladolid, 2010, p. 301.

en el proceso por blanqueo de capitales el juez penal deberá pronunciarse sobre la existencia o no de delito²⁴.

En cuanto al conocimiento sobre la procedencia ilícita de los bienes que debe tener el sujeto activo, no se exige que el conocimiento del delito previo sea preciso o exacto, “sino que basta con la conciencia de la anormalidad de la operación a realizar y la razonable indiferencia de que procede de un delito grave. Por lo tanto el único dolo exigible al autor y que debe objetivar la Sala sentenciadora es la existencia de datos o indicios bastantes para poder afirmar que el autor tenía conocimiento de la procedencia de los bienes de un delito grave”²⁵.

En cuanto al elemento de la conversión es necesario que haya una relación entre el objeto material y la acción típica. Por lo que los comportamientos conversores han de recaer directamente sobre el bien procedente de un delito como es el caso²⁶.

2.2.2 PRINCIPAL REFERENCIA AL USO DE LOS BITCOINS

En cuanto a la conversión del dinero obtenido en bitcoins, hemos de destacar que, como consecuencia del aumento de las medidas de control adoptadas por los Estados para combatir el blanqueo de capitales, los blanqueadores se han ido adaptando con rapidez a las nuevas situaciones y han ido desarrollando nuevas técnicas cada vez más complejas para tratar de eludirlas. Por lo que cuanto más novedosas son las técnicas utilizadas mayores posibilidades tienen de pasar inadvertidos ante los órganos de persecución penal y de beneficiarse de lagunas de punibilidad²⁷. “Esta mayor complejidad viene facilitada por la internacionalización del fenómeno que permite mover los bienes de unos países a otros y diseñar complicados mecanismos de encubrimiento de su origen de muy difícil detección por las autoridades”²⁸.

²⁴ BLANCO CORDERO, I., *El delito de blanqueo de capitales*, (3ª edición), Aranzadi, Navarra, 2012, pp. 246-273.

²⁵ JUANES PECES, A., *Código Penal comentado...*, cit., pp. 1714 - 1719.

²⁶ BLANCO CORDERO, I., *El delito de blanqueo de capitales...*, cit., pp. 456 - 457.

²⁷ BERMEJO, M.G., *Prevención y castigo del blanqueo de capitales. Un análisis jurídico-económico*, Marcial Pons, Madrid, 2015, pp. 125 - 126.

²⁸ BLANCO CORDERO, I., *El delito de blanqueo de capitales*, cit., p. 61.

Lo característico en este caso es que el dinero en metálico que ha sido ilícitamente obtenido es convertido o transformado en otros bienes que facilitan su manejo. En este caso en bitcoins depositados en carteras electrónicas que dificultan el descubrimiento de su ilícita procedencia²⁹.

Los bitcoins son criptomonedas también llamadas monedas virtuales³⁰, las cuales se crean electrónicamente, están al margen de los bancos centrales y no responden a ningún país o institución. Actualmente no son monedas de curso legal ya que carecen de regulación legal en España y son objeto de preocupación por parte de la GAFI por el potencial riesgo que presentan en relación con el blanqueo de capitales³¹.

El Tribunal de Justicia de la Unión Europea, en su sentencia del 22 de octubre de 2015 (asunto C-264/2014), señaló que no es dinero legal, pero que se trata de un medio de pago contractual que puede “constituir operaciones financieras si han sido aceptadas por las partes como medio alternativo a los medios de pago”. En esta misma línea el Banco Central Europeo señaló que “es dinero electrónico no regulado emitido y controlado por quienes lo crean y habitualmente usado y aceptado como unidad de pago para el intercambio de bienes y servicios”. Por lo tanto, es un dinero no regulado que actúa como una divisa³² y, mientras no se haga una regulación legal seguirá considerándose como dinero privado u objeto económicamente evaluable.

La sentencia número 326/2019 de 20 de junio de 2019, de la Sala de lo penal del Tribunal Supremo ha sido la primera sentencia dictada en España pronunciándose acerca de los bitcoins, así señala que los bitcoins pueden ser utilizados como un activo inmaterial de contraprestación o de intercambio de

²⁹ VIDALES RODRÍGUEZ, C., *Los delitos de recepción y legitimación de capitales en el código penal de 1995*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1997, p. 98.

³⁰ La Quinta Directiva de la Unión Europea 2018/843/UE del Parlamento Europeo y del consejo de 30 de mayo de 2018, en vigor desde el 9 de julio de 2018, define las monedas virtuales como “representación digital de valor no emitida ni garantizada por un banco central no por una autoridad pública, no necesariamente asociada a una moneda establecida legalmente, que no posee el estatuto jurídico de moneda o dinero, pero que es aceptada por personas físicas o jurídicas como medio de cambio y que puede transferirse, almacenarse y negociarse por medios electrónicos” así mismo también señala sus características y ha aumentado la lista de sujetos obligados a reportar las operaciones sospechosas que deben tener más control en lo que respecta al blanqueo de capitales.

³¹ <http://www.fatf-gafi.org/publications/methodsandtrends/documents/virtual-currency-definitions-aml-cft-risk.html> citado en BERMEJO, M.G., *Prevención y castigo del blanqueo de capitales...*, cit., p.127.

³² NAVAS NAVARRO, S., «Un mercado financiero floreciente: El del dinero virtual no regulado (Especial atención a los bitcoins)», en *Revista CESCO de Derecho de Consumo* N° 13/2015, <https://revista.uclm.es/index.php/cesco/article/view/717>, pp. 87 - 89.

cualquier transacción bilateral y no son algo material ni tienen a día de hoy la consideración legal de dinero.

Aparte de que no existe regulación legal ni intermediarios, el principal motivo por el que los blanqueadores acuden a las criptomonedas es por la forma anónima en la que se usa, dado que cada transacción que se realiza puede y suele implicar varias direcciones bitcoin que realizan el pago y reciben el cobro. Así, la misma arquitectura del sistema dificulta el relacionar una dirección de envío con los bitcoins transferidos a una dirección de recepción determinada para una cierta transacción. Además, no es posible atribuir números de serie a un bitcoin determinado, lo cual dificulta igualmente la trazabilidad de los movimientos de aquél dentro de la red bitcoin y los datos accesibles a los usuarios no permiten conocer los límites de una cartera o billetera determinada y asociarlas a un usuario concreto³³.

Por estos motivos, DIMA H. procedía a la compra de bitcoins y los enviaba a través de billeteras electrónicas o monederos virtuales, quedando a disposición de DENIS K. y MAX A., quienes realizaban un entramado de operaciones financieras para así dificultar el rastro del dinero.

2.2.3. PROBLEMA DEL AUTOENCUBRIMIENTO O AUTOBLANQUEO

En el delito de encubrimiento (artículo 451 CP) y de receptación (artículo 298 CP) expresamente se excluye del ámbito de posibles sujetos activos a quienes hayan intervenido como autores o cómplices en el delito previamente cometido. Por el contrario, en el delito de blanqueo de capitales se omite toda referencia a esta cuestión³⁴. Y en los delitos de tráfico de drogas hasta el año 2006 predominó el criterio de la absolución en los supuestos de autoblanqueo, fundamentando en que se trataba de actos copenados que tenían que ser absorbidos por el principio de consunción³⁵ en el delito previo. En otras

³³ PÉREZ LÓPEZ, X., «Las criptomonedas: consideraciones generales y empleo de las criptomonedas como instrumentos de blanqueo de capitales en la Unión Europea y en España», en UNED Revista de derecho penal y criminología, 3ª Época, nº18 (julio de 2017) http://e-spacio.uned.es/fez/eserv/bibliuned:revistaDerechoPenalyCriminologia-2017-18-7030/Perez_Lopez.pdf, p. 143, Última vez consultada el 1 de noviembre de 2019.

³⁴ VIDALES RODRÍGUEZ, C., *Los delitos de recepción y...*, cit., pp. 110 -111.

³⁵ Artículo 8.3 CP.

ocasiones se alegaba la vulneración del principio de *ne bis in ídem* y en algún caso se atendió también al criterio de interpretación gramatical restrictiva del artículo 301 en favor del reo³⁶.

Para MAQUEDA ABREU³⁷, lo que se plantea en estos casos “en que el autor realiza una actividad delictiva para evitar su persecución penal por razón de un delito anterior, es una cuestión de ponderación y, por tanto, de límites a una posible justificación de su conducta”. Bajo esta perspectiva, podría invocarse el ejercicio de un derecho al autoencubrimiento o, al estado de necesidad si se entiende que la situación de conflicto de intereses que aquí se genera no ha sido intencionadamente provocada por el autor.

Posteriormente el criterio cambió, acentuándose con motivo del Pleno no jurisdiccional celebrado el 18 de julio de 2006, el cual afirmaba que el artículo 301 CP no excluía, en todo caso, el concurso real con el delito antecedente³⁸.

VIDALES RODRÍGUEZ³⁹ comparte la postura de RODRIGUEZ MOURULLO⁴⁰ y afirma que en todos aquellos casos “en los que el sujeto que ha cometido un delito grave realiza con posterioridad una conducta incardinable en otro tipo penal con el fin de dar una apariencia de legalidad al bien que ilícitamente ha obtenido, habrá de recurrirse a la vía del concurso de infracciones entre el delito principal y el cometido ulteriormente”.

Pero, y aquí viene lo importante, “si el dinero procedente de la comisión de un delito grave se sustituye por cualquier otro bien, esta conversión quedará copenada en el delito principal, aunque esta transformación suponga la ocultación del verdadero origen del bien y, por tanto, de la comisión del delito previamente cometido”. Sin embargo, si para la consecución de este propósito se recurre, por ejemplo, a trasladar el dinero a uno de los paraísos fiscales que garantizan el secreto bancario, el desvalor de la conducta principal no absorbe el daño que se ocasiona a otros bienes jurídicos.

³⁶ Siguiendo este línea absolutoria está la sentencia 637/2010, de 28 de junio, en la que se enjuiciaba un delito de tráfico de drogas y un delito de blanqueo de capitales.

³⁷ MAQUEDA ABREU, M.L., *Exigibilidad y derecho a no declares culpable*, en Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales, 1981, p. 42, citado por VIDALES RODRÍGUEZ, C., en *Los delitos de recepción y...*, cit., p. 111.

³⁸ JUANES PECES, A., *Código Penal comentado...*, cit., pp. 1727 y ss.

³⁹ VIDALES RODRÍGUEZ, C., *Los delitos de recepción y...*, cit., p. 111.

⁴⁰ RODRÍGUEZ MOURULLO, G., *Comentarios al Código Penal*. Tomo I., Barcelona 1972, p. 912 citado por VIDALES RODRÍGUEZ, C., en *Los delitos de recepción y...*, cit., p. 111.

Por otro lado BLANCO CORDERO⁴¹ mantiene la postura que compartimos en este caso, al considerar que no se puede castigar al autor del delito previo que posee los bienes por dicho delito y además el de blanqueo de capitales en su modalidad de posesión, ya que lo contrario supondría castigar por ambos delitos en concurso real⁴². Cuestión distinta es que comience a mover los bienes, porque la transmisión posterior o la conversión sí que constituye blanqueo de capitales en el momento en que el autor obtenga la posesión sobre ellos.

Consideramos que en este caso se debe castigar en concurso real el delito de estafa informática y el delito de blanqueo de capitales, puesto que tras obtener el dinero de los cajeros automáticos se procede a la conversión de ese dinero en otros bienes (dinero virtual) que finalmente llega a las billeteras electrónicas de los autores de tales delitos quienes proceden a realizar operaciones financieras para dificultar el rastro del dinero.

2.3 CALIFICACIÓN JURÍDICA DE LA PERTENENCIA A UNA ORGANIZACIÓN O GRUPO CRIMINAL

Lo primero que hemos de tener claro es el concepto y diferencias entre organización y grupo criminal para saber qué tipo penal es aplicable a este caso en concreto.

2.3.1 ORGANIZACIÓN CRIMINAL

En cuanto a la organización criminal, el artículo 570 bis CP señala que es “la agrupación formada por más de dos personas con carácter estable o por tiempo indefinido, que de manera concertada y coordinada se repartan diversas tareas o funciones con el fin de cometer delitos, así como de llevar a cabo la perpetración reiterada de faltas”.

De la redacción del artículo 570 bis se desprenden los elementos o notas definitorias del delito de pertenencia a una organización criminal. El

⁴¹ BLANCO CORDERO, I., *El delito de blanqueo de capitales*, cit., pp. 482 - 483.

⁴² Señala como ejemplo el castigo en concurso real del sujeto que roba jamones y luego los guarda en su casa o al funcionario que acepta un soborno y lo guarda o al asesino que acepta un precio y es castigado por asesinato y por blanqueo cuando recibe el dinero pactado.

primer elemento, tal y como señala FARALDO CABANA⁴³, es la fungibilidad o intercambiabilidad de los miembros y es necesario que la organización esté integrada por un mínimo de tres personas, no siendo suficiente con dos⁴⁴.

El segundo es el carácter estable o por tiempo indefinido. Así, “es esencial la nota de permanencia y estabilidad en el concepto de organización, de modo que la unión no ha de ser esporádica, sino que ha de tener duración en el tiempo y debe estar vinculada por lazos estables” o permanentes⁴⁵.

El tercero es “la actuación concertada y coordinada con distribución de tareas y reparto de roles o funciones entre sus distintos componentes. El concierto o coordinación entre los integrantes de la organización supone una cierta estructura organizativa adecuada para la comisión de los fines propuestos, de modo que la relación entre sus miembros y la distribución de funciones estará vinculada a un esquema preestablecido, “en el que hay un sometimiento a las decisiones que emanan del centro de poder, esto permite fundamentar el convencimiento de que las órdenes serán cumplidas, además es necesario que haya un sistema de coordinación dentro de cada uno de los niveles jerárquicos, con división de funciones”⁴⁶. Por lo que “tal estructura organizativa representa una peligrosidad superior a la que supondría la actuación individual o la actuación conjunta no coordinada, pues el reparto predeterminado de tareas conlleva un incremento en la eficacia de la actuación conjunta y en las posibilidades de obstaculizar su persecución y lograr la impunidad”⁴⁷.

El cuarto elemento necesario es que la organización debe tener por objeto la actuación al margen del Ordenamiento jurídico o lo que es lo mismo, la comisión de delitos⁴⁸.

⁴³ FARALDO CABANA, P., *Asociaciones ilícitas y organizaciones criminales en el código penal español*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2012, pp. 67 y ss.

⁴⁴ JUANES PECES, A., *Código Penal comentado...*, cit., pp.2748 - 2749.

⁴⁵ FIGUEROA NAVARRO, C., «Circular 2/2011, sobre la reforma del Código Penal por Ley Orgánica 5/2010 en relación con las organizaciones y grupos criminales», en *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, VOL. LXIV, 2011, pp. 397-524.

Disponible en: <https://2019.vlex.com/#/search/jurisdiction:ES/organizaciones+y+grupos+criminales/WW/vid/417360038>

⁴⁶ FARALDO CABANA, P., *Asociaciones ilícitas y organizaciones criminales...*, cit., pp. 65 - 66.

⁴⁷ FIGUEROA NAVARRO, C., «Circular 2/2011, sobre...», cit., p. 457.

⁴⁸ FARALDO CABANA, P., *Asociaciones ilícitas y organizaciones criminales...*, cit., p. 74.

Por último, para ZUÑIGA RODRIGUEZ⁴⁹ otra de las características esenciales de las organizaciones criminales son los códigos de conducta comunes. Este elemento es clave, pues dada su actividad clandestina, requiere de un férreo control de cumplimiento de estos códigos. Se trata de códigos de actuación, de relaciones entre los miembros, de relaciones con el mundo exterior, de resolución de los conflictos internos, de los derechos y de los deberes de los integrantes de la organización. Incluso existen ritos de iniciación para el ingreso en la organización y reglas no escritas de cumplimiento como la ley del silencio, la lealtad y la solidaridad entre sus miembros.

Finalmente, el artículo 570 bis establece tres circunstancias agravantes: que la organización este formada por un elevado número de personas, que disponga de armas o instrumentos peligrosos o que disponga de medios tecnológicos avanzados de comunicación o transporte que por sus características resulten especialmente aptos para facilitar la ejecución de los delitos o la impunidad de los culpables. Ninguna de estas tres circunstancias se da en el presente caso, por eso no entraremos a explicarlas.

2.3.2 GRUPO CRIMINAL

Por otro lado, el artículo 570 ter define el grupo criminal como “la unión de más de dos personas que, sin reunir alguna o algunas de las características de la organización criminal definida en el artículo anterior, tenga por finalidad o por objeto la perpetración concertada de delitos o la comisión concertada y reiterada de faltas”.

El concepto de grupo criminal se define, por tanto, como una figura de carácter residual frente a la definición de organización criminal⁵⁰. Así, el grupo criminal se asemeja a la organización en el sentido de que está integrado por la unión de un mínimo de tres personas y tiene por finalidad la perpetración concertada de delitos o reiterada de faltas. De modo que basta la no concurrencia de uno de los elementos estructurales del tipo de organización delictiva para que nos encontremos ante un grupo criminal⁵¹.

⁴⁹ ZUÑIGA RODRIGUEZ, L., *Criminalidad organizada y sistema de derecho penal. Contribución a la determinación del injusto penal*, Comares, Granada, 2009, p.130.

⁵⁰ JUANES PECES, A., *Código Penal comentado...*, cit., p. 2760.

⁵¹ FIGUEROA NAVARRO, C., «Circular 2/2011, sobre...», cit., p. 463 - 464.

La STS nº 950/2013 señala que “El grupo criminal puede permanecer estable cierto tiempo en función del tipo de infracción criminal a que oriente su actividad delictiva (para la comisión de uno o varios delitos o la comisión reiterada de faltas), pero carece de una estructuración organizativa perfectamente definida”.

Siguiendo esta línea hemos de destacar que la diferencia más notable radica en el nivel de complejidad de la estructura organizada. Así pues, en el caso del grupo criminal estamos ante una estructura generalmente de menor complejidad que la organización criminal, siendo una figura intermediaria entre la codelincuencia⁵² y la organización criminal.

Por otro lado, la STS nº1035/2013, de 9 de enero de 2014, “rechaza la existencia de una organización criminal argumentando que “no se aprecia en cambio que se esté ante un grupo de personas que se encuentre configurado mediante una estructura de notable complejidad y con una distribución específica de funciones que permita hablar de una auténtica organización delictiva, y mucho menos si atendemos también a los medios específicos con los que cuenta (...) La estructura de las nuevas infracciones responde a un esquema similar en ambos casos, organizaciones y grupos, si bien por un lado las penas son más graves en el caso de las organizaciones, cuya estructura más compleja responde al deliberado propósito de constituir una amenaza cualitativa y cuantitativamente mayor para la seguridad y el orden jurídico, y por otra parte su distinta naturaleza exige algunas diferencias en la descripción de las acciones típicas.

Finaliza diciendo que “(...) la propia exposición de motivos de la ley recoge como nota aplicable a la organización una estructura más compleja que la atribuible al grupo criminal, desplazando aquella a este cuando así conste.

Finalmente, para que se aprecie que existe una organización criminal no basta cualquier estructura distributiva de funciones entre sus miembros, que podría encontrarse en cualquier unión o agrupación de varias personas para la comisión de delitos, sino que es preciso apreciar un reparto de responsabilidades y tareas entre sus miembros con la suficiente consistencia y

⁵² STS 577/2014, 12 de Julio de 2014 establece que la codelincuencia se apreciaría en los casos de agrupaciones o uniones de solo dos personas, o cuando estando integradas por más de dos personas, se hubieran formado fortuitamente para la comisión inmediata de un delito.

rigidez, incluso temporal, para superar las posibilidades delictivas y los consiguientes riesgos para los bienes jurídicos apreciables en los casos de codelinuencia o, incluso, de grupos criminales”.

La STS 1035/2013 señala que “(...) resulta claro que esta Sala no suele aplicar el subtipo agravado de organización en los supuestos en los que, aun concurriendo cierta estructura organizativa, esta por su propia enjundia y complejidad no permite llevar a la práctica operaciones (...) que alcancen una notable envergadura”.

Por lo tanto, en el grupo criminal “no es exigible la existencia de relaciones de jerarquía y sumisión perfectamente definidas, ni una estricta división de funciones entre los que dirigen y planifican y los que ejecutan, sin perjuicio de que pueda existir una distribución de roles o papeles entre sus miembros para facilitar la perpetración de la infracción criminal”⁵³.

“Debe destacarse que la tipificación autónoma del grupo criminal va a permitir diferenciar el fenómeno de estructuras organizativas complejas, como puede ser un cártel que opera internacionalmente traficando con drogas o una red dedicada a la trata de seres humanos, pues ambos supuestos no presentan la misma antijuricidad y va a permitir guardar la debida proporcionalidad punitiva como respuesta a los hechos a los que se aplican tales tipos delictivos. En este sentido, los Sres. Fiscales cuidarán de aplicar el tipo delictivo de grupo criminal previsto en el artículo 570 ter cuando tras la valoración de los hechos y las circunstancias concurrentes se constate efectivamente su existencia, en aras de obtener una adecuada y proporcionada sanción penal de tales comportamientos delictivos”⁵⁴.

Vista la definición de organización y grupo criminal y sus principales características, en el presente caso nos encontramos ante un grupo criminal, puesto que pese a que se dan algunos de los elementos de la organización criminal como puede ser la integración de tres personas o la finalidad delictiva para conseguir un beneficio económico, no existen otros como códigos de conducta comunes, jerarquía, sumisión y tampoco hay una estructura de compleja notoriedad que permitan aplicar la pena del delito de pertenencia a organización criminal.

⁵³ JUANES PECES, A., *Código Penal comentado...*, cit., p. 2753.

⁵⁴ FIGUEROA NAVARRO, C., «Circular 2/2011, sobre...», cit., p. 464.

Por último, señalar que si fuera una organización criminal en el delito de blanqueo de capitales la pena que se tendría que imponer es la relativa al artículo 302 del Código Penal, pero como se trata de un grupo criminal, no procede hablar de su aplicación en este caso.

3. AUTORÍA Y PARTICIPACIÓN

De conformidad con los artículos 27 y 28 del Código Penal el Sr. DENIS K., el Sr. MAX A., y el Sr. DIMA H. son penalmente responsables en concepto de autores de un delito de pertenencia a un grupo criminal en concurso real como coautores de un delito continuado de estafa informática y de blanqueo de capitales. Siguiendo la estructura realizada con anterioridad procedemos a analizar la autoría y participación de los delitos en los que han incurrido.

En cuanto al delito continuado de estafa informática consideramos que los tres acusados son coautores puesto que existía un acuerdo previo y un plan preconcebido entre los acusados para proceder a la comisión de los delitos siendo todos ellos responsables en el mismo grado.

En cuanto al delito de blanqueo de capitales, es el Sr. DIMA H. quien procedía a la compra de los bitcoins pero posteriormente los enviaba a las carteras electrónicas de los Sres. DENIS K. y MAX A. quienes no solo poseían los bitcoins sino que eran quienes se encargaban de realizar el entramado de operaciones financieras y transferencias para dificultar el rastro del dinero y no ser descubiertos. Es por ello que los Sres. DENIS K. y MAX A. son coautores de un delito de blanqueo de capitales porque no solo poseían el dinero sino que participaban en el enmascaramiento.

Por otro lado, en cuanto al delito de pertenencia a grupo criminal no existe un concurso medial con los delitos anteriormente descritos puesto que numerosas sentencias consideran debe castigarse como concurso real la

pertenencia al grupo u organización criminal y los ilícitos penales en ella cometidos⁵⁵.

En este sentido, la Circular 2/2011, de 2 de junio, sobre la reforma del Código Penal por Ley Orgánica 5/2010 en relación con las organizaciones y grupos criminales, señala que no plantea dificultades y que se apreciará un concurso real de delitos entre el tipo previsto en el artículo 570 ter y los concretos ilícitos penales ejecutados en el seno de la organización o grupo criminal o a través de las mismas habida cuenta que los tipos de organización y grupo criminal son autónomos respecto de los delitos para cuya comisión se han constituido.

Por lo tanto en este caso son responsables penalmente como autores de un delito de pertenencia a grupo criminal en concurso real como coautores de un delito continuado de estafa y un delito de blanqueo de capitales⁵⁶.

4. CIRCUNSTANCIAS MODIFICATIVAS DE LA RESPONSABILIDAD PENAL

En cuanto a las circunstancias modificativas de la responsabilidad penal, no se aprecia ninguna eximente, agravante o atenuante de los artículos 19, 20, 21 o 22 del Código Penal.

5. PENA

Teniendo en cuenta todas las circunstancias expuestas con anterioridad, la pena que se solicita para los tres acusados es la misma. Así, por ser autores de un delito continuado de estafa informática, se solicita una pena de prisión de ocho años.

⁵⁵ En este sentido véase la STS 2158/2013 del 8 de abril del 2014 y MÉNDEZ RODRÍGUEZ, C., «Los delitos de pertenencia a organización criminal y a grupo criminal y el delito de tráfico de drogas cometido por persona que pertenece a una organización delictiva. Crónica de un conflicto normativo anunciado y análisis jurisprudencial» en Estudios Penales y Criminológicos, vol. XXXIV, Salamanca, 2014, p. 528.

Disponible en <http://www.usc.es/revistas/index.php/epc/article/view/2081/2205> ISSN 2340-0080
Disponible en: <http://www.usc.es/revistas/index.php/epc/article/view/2081/2205> ISSN 2340-0080, última vez consultado: 24 noviembre 2019.

Hemos de tener en cuenta que el artículo 250.2 CP establece una pena de prisión de cuatro a ocho años y multa de doce a veinticuatro meses cuando el valor de la defraudación supere los 250.000 euros.

Así mismo el artículo 74.1 CP señala la pena que debe imponerse cuando existe un delito continuado. Establece que la pena señalada para la infracción más grave, se impondrá en su mitad superior, pudiendo llegar hasta la mitad inferior de la pena superior en grado. Esto quiere decir que la pena de prisión que puede imponerse es desde seis años y un día hasta diez años, puesto que la mitad inferior de la pena superior en grado es de ocho años y un día a diez años.

Por otro lado, por ser coautores de un delito de blanqueo de capitales, el artículo 301.1 CP señala que “será castigado con la pena de prisión de seis meses a seis años y multa del tanto al triplo del valor de los bienes. En estos casos, los jueces o tribunales, atendiendo a la gravedad del hecho y a las circunstancias personales del delincuente, podrán imponer también a este la pena de inhabilitación especial para el ejercicio de su profesión o industria por tiempo de uno a tres años”.

Por lo tanto, por el delito de blanqueo de capitales solicitamos una pena de prisión de 4 años, una multa de nueve millones de euros.

Finalmente por el delito de pertenencia a grupo criminal, el artículo 570 ter b) CP, señala la pena de “seis meses a dos años de prisión cuando la finalidad del grupo sea cometer cualquier otro delito grave”. En el apartado primero castiga a quienes realicen en el seno de un grupo criminal delitos contra la vida o la integridad de las personas, la libertad, la libertad e indemnidad sexuales o la trata de seres humanos. En este caso como los delitos que realizan son el de estafa informática continuada y blanqueo de capitales, se castiga con una pena de seis meses a dos años. Por lo tanto la pena que solicitamos por el delito de blanqueo de capitales es de un año.

El artículo 570 quáter establece que “se impondrá a los responsables de las conductas descritas en los dos artículos anteriores, además de las penas en ellos previstas, la de inhabilitación especial para todas aquellas actividades económicas o negocios jurídicos relacionados con la actividad de la organización o grupo criminal o con su actuación en el seno de los mismos, por

un tiempo superior entre seis y veinte años al de la duración de la pena de privación de libertad impuesta en su caso, atendiendo proporcionalmente a la gravedad del delito, al número de los cometidos y a las circunstancias que concurren en el delincuente”. Por lo que solicitamos también una inhabilitación especial de diez años al de la duración de la pena de privación de libertad.

Al existir un concurso real de delitos procedemos a sumar las penas, por lo que solicitamos en total a cada uno de los acusados, una pena de prisión de trece años, una multa de nueve millones e inhabilitación especial para todas aquellas actividades económicas o negocios jurídicos relacionados con la actividad de la organización o grupo criminal o con su actuación en el seno de los mismos durante diez años al de la duración de la pena de privación de libertad.

III. CONCLUSIONES

Tras el estudio realizado se ha llegado a las siguientes conclusiones:

PRIMERA.-

El desarrollo constante de la tecnología y de su uso para realizar hechos potencialmente punibles obligó a los legisladores a tomar medidas para poder encajar determinadas conductas reprochables dentro de los tipos penales. Así, antes de la introducción del artículo 248.2 CP existía una discusión doctrinal acerca de si determinados actos constituían un delito de robo con fuerza o un delito de estafa y, con la introducción del artículo 248.2 CP, se ha dejado atrás esa discusión. Por lo que siempre que una estafa se realice con manipulaciones del sistema informático o artificios semejantes, se incurrirá en la tipicidad del artículo 248.2 CP. Salvo en los supuestos en los que se realice mediante uso de tarjeta de débito crédito o cheques de viaje.

SEGUNDA.-

En este caso hemos calificado el acto de apoderamiento como un delito continuado de estafa informática del artículo 248.2 y 250.2 en relación al artículo 74.1 CP. Hemos aplicado la hiperagravación del artículo 250.2 CP,

puesto que la cuantía defraudada de la estafa informática que inició la investigación de los hechos asciende a 300.000 euros, siendo superior a los 250.000 euros que marca el artículo 250.2 CP.

Al no saber exactamente el número de estafas informáticas realizadas que se produjeron y el lapsus de tiempo entre unas y otras, no podemos castigarlas como un concurso real de delitos del artículo 76 CP. Sabemos que se produce una pluralidad de acciones durante tres años en diferentes espacios temporales que individualmente son delitos independientes, pero no sabemos cuántas. Por ello en este caso consideramos que se dan todos los elementos caracterizadores del delito continuado de estafa informática del artículo 74.1 CP, ya que se realizan una pluralidad de hechos diferenciales entre sí, perpetrados por los mismos sujetos activos, enjuiciados en un mismo procedimiento, efectuados en ejecución de un plan preconcebido, violando un mismo precepto penal y utilizando el mismo “modus operandi”.

TERCERA.-

Por otro lado, hemos de tener en consideración que al menos una de las defraudaciones en el delito de estafa informática es superior a los 250.000 euros y no se vulnera el principio non bis in ídem cuando en al menos uno de los hechos concurre una circunstancia agravante, que deberá ser considerada como agravante de todo el delito continuado, aun cuando en otros hechos no haya concurrido la misma.

CUARTA.-

El artículo 301.1 CP, en el que se tipifica el blanqueo de capitales, tiene como finalidad reprimir cualquier obtención de beneficios generados por la comisión de un delito, lo que le confiere independencia y autonomía en relación con el delito antecedente.

Así, el tipo del artículo 301 CP requiere que, para poder condenar por un delito de blanqueo, quede acreditado ante el juez competente que los bienes proceden de algún delito y no es necesario que exista una sentencia condenatoria, ya que en el proceso por blanqueo de capitales el juez penal deberá pronunciarse sobre la existencia o no de delito.

QUINTA.-

En cuanto a los bitcoins, son criptomonedas, las cuales se crean electrónicamente. Están al margen de los bancos centrales, no responden a ningún país o institución, carecen de regulación legal y no es dinero legal. Pero podemos decir que se trata de un medio de pago contractual que puede constituir operaciones financieras si han sido aceptados por las partes como medio alternativo a los medios de pago.

SEXTA.-

El principal motivo por el que los blanqueadores acuden a las criptomonedas es porque no existe regulación legal ni intermediarios y se utiliza de forma anónima, dado que cada transacción que se realiza puede y suele implicar varias direcciones bitcoin. Así, la misma arquitectura del sistema dificulta el relacionar una dirección de envío con los bitcoins transferidos a una dirección de recepción determinada para una cierta transacción. Por otro lado, no es posible atribuir números de serie a un bitcoin determinado, lo cual dificulta igualmente la trazabilidad de los movimientos de aquél dentro de la red bitcoin y, por último, los datos accesibles a los usuarios no permiten conocer los límites de una cartera o billetera determinada y asociarlas a un usuario concreto.

SÉPTIMA.-

Consideramos necesario que los países se pongan de acuerdo para regular de manera inmediata el uso, tenencia y creación de las criptomonedas. Ya que su uso en los últimos años ha ido en aumento y actualmente diferentes bancos se han puesto de acuerdo para crear su propia criptomoneda. Por lo que los Estados deberían dejar de temer por perder el control total y absoluto del dinero legal, empezar a regularlo creando seguridad jurídica, facilitando la transparencia en las operaciones y beneficiándose con un porcentaje de cada operación.

OCTAVA.-

En cuanto al autoblanqueo consideramos que no se puede castigar al autor del delito previo que posee los bienes por dicho delito y por el delito de blanqueo de capitales en su modalidad de posesión, ya que supondría castigar por ambos delitos en concurso real y se vulneraría principio ne bis in idem. En este caso no castigamos la posesión de ese dinero, se castiga su conversión a bitcoins. Por ello se debe castigar en concurso real el delito de estafa informática y el delito de blanqueo de capitales, puesto que tras obtener el dinero de los cajeros automáticos se procede a la conversión de ese dinero en otros bienes (dinero virtual) que finalmente llega a las billeteras electrónicas de los autores de tales delitos quienes proceden a realizar operaciones financieras para dificultar el rastro del dinero.

NOVENA.-

Por último, vista la definición de organización y grupo criminal y sus principales características, consideramos necesario que se regule de manera más eficiente la diferencia entre la pertenencia a una organización criminal o a un grupo criminal, ya que la utilización del grupo criminal se utiliza de manera residual, creando confusión en la utilización de un tipo penal u otro. Así, en el presente caso nos encontramos ante un grupo criminal, puesto que pese a que se dan algunos de los elementos de la organización criminal, como puede ser la integración de tres personas o la finalidad delictiva para conseguir un beneficio económico, no existen otros como códigos de conducta comunes, jerarquía, sumisión y tampoco hay una estructura de compleja notoriedad que permitan aplicar la pena del delito de pertenencia a organización criminal.

IV. BIBLIOGRAFÍA

BAJO FERNÁNDEZ, M., *Los delitos de estafa en el Código Penal*, Centro de Estudios Ramón Areces, Madrid, 2004.

BERMEJO, M.G., *Prevención y castigo del blanqueo de capitales. Un análisis jurídico-económico*, Marcial Pons, Madrid, 2015.

BLANCO CORDERO, I., *El delito de blanqueo de capitales*, (3ª edición), Aranzadi, Navarra, 2012.

CHOCLÁN MOLTALVO, J.A., *El delito de estafa*, Bosch, Barcelona, 2000.

CHOCLÁN MOLTALVO, J.A., *La organización criminal. Tratamiento penal y procesal*, Dynkinson, Madrid, 2000.

DAVARA RODRÍGUEZ, M.A.,(coord.), DAVARA FERNANDEZ DE MARCOS, E. Y DAVARA FERNÁNDEZ DE MARCOS, L., *Delitos informáticos*, Aranzadi, Pamplona, 2017.

FARALDO CABANA, P., *Asociaciones ilícitas y organizaciones criminales en el código penal español*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2012.

FERNÁNDEZ TERUELO, J.G., *Ciberdelitos. Los delitos cometidos a través de internet*, Constitutio Criminalis Carolina, 2007.

FERNÁNDEZ TERUELO, J.G., *Derecho penal e internet. Especial consideración de los delitos que afectan a jóvenes y adolescentes*, Lex Nova, Valladolid, 2011.

FIGUEROA NAVARRO, C., «Circular 2/2011, sobre la reforma del Código Penal por Ley Orgánica 5/2010 en relación con las organizaciones y grupos

criminales», en Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales, VOL. LXIV, 2011, pp. 397-524.

Disponible en: <https://2019.vlex.com/#/search/jurisdiction:ES/organizaciones+y+grupos+criminales/WW/vid/417360038>

GÁLVEZ BRAVO, R., *Los modus operandi en las operaciones de blanqueo de capitales*, Bosch, Barcelona, 2014.

GÓMEZ TOMILLO, M., *Comentarios al Código Penal*, Lex Nova, Valladolid, 2010.

JUANES PECES, A., (coord), LÓPEZ BORJA DE QUIROGA, J., VILLEGAS GARCÍA, M.A. y ENCINAR DEL POZO, M.A., *Código Penal comentado, con jurisprudencia sistematizada y concordancias*, Colección Tribunal Supremo, Lefebvre, Madrid, 2014.

LUZÓN CASANOVAS, M., «Algunos aspectos del delito continuado», en Revista de Jurisprudencia, número 2, el 15 de diciembre de 2014, pp. 3-10.

Disponible en: <https://asesoriajuridica.umh.es/files/2015/03/Revista-El-Derecho-n%C3%BAmero-2-diciembre-2014.pdf>.

MÉNDEZ RODRÍGUEZ, C., «Los delitos de pertenencia a organización criminal y a grupo criminal y el delito de tráfico de drogas cometido por persona que pertenece a una organización delictiva. Crónica de un conflicto normativo anunciado y análisis jurisprudencial» en Estudios Penales y Criminológicos, vol. XXXIV, Salamanca, 2014.

Disponible en <http://www.usc.es/revistas/index.php/epc/article/view/2081/2205> ISSN 2340-0080

NAVAS NAVARRO, S., «Un mercado financiero floreciente: El del dinero virtual no regulado (Especial atención a los bitcoins)», en Revista CESCO de Derecho de Consumo N°13/2015.

Disponible en: <https://revista.uclm.es/index.php/cesco/article/view/717>

PACHECO JIMÉNEZ, M. N., «Criptodivisas: del bitcoin a MUFG. El potencial de la tecnología blockchain», en Revista CESCO de Derecho de Consumo N° 19/2016.

Disponible en: <https://revista.uclm.es/index.php/cesco/article/view/1180/952>

PASTOR MUÑOZ, N., *La Determinación del engaño típico en el delito de estafa*, Marcial Pons, Madrid, 2004.

PÉREZ LÓPEZ, X., «Las criptomonedas: consideraciones generales y empleo de las criptomonedas como instrumentos de blanqueo de capitales en la Unión Europea y en España», en UNED Revista de derecho penal y criminología, 3ª Época, nº18 (julio de 2017)

Disponible en: http://e-spacio.uned.es/fez/eserv/bibliuned:revistaDerechoPenalyCriminologia-2017-18-7030/Perez_Lopez.pdf

RAMÍREZ MORÁN, D., «Fundamentos de las divisas virtuales: bitcoin», en Instituto español de estudios estratégicos, Documento análisis 13/2014 del 19 de febrero de 2014.

Disponible en: http://www.ieee.es/Galerias/fichero/docs_analisis/2014/DIEEEA13-2014_FundamentosBitcoin_DRM.pdf

RIVES SEVA, A.P., *El delito de estafa en la jurisprudencia del Tribunal Supremo*, Vlex, Barcelona, 2013.

VIDALES RODRÍGUEZ, C., *Los delitos de recepción y legitimación de capitales en el código penal de 1995*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1997.

ZUÑIGA RODRIGUEZ, L., *Criminalidad organizada y sistema de derecho penal. Contribución a la determinación del injusto penal*, Comares, Granada, 2009.

V. ANEXOS

1. Escrito de acusación del Ministerio Fiscal

AL JUZGADO

El Fiscal, en el Procedimiento abreviado número 349/2019 del Juzgado de Instrucción nº uno de Castellón interesa la apertura del Juicio Oral ante el Juzgado de lo Penal y contra los acusados DENIS K., MAX A. y DIMA H., con carácter provisional, formula el presente escrito de acusación con las siguientes conclusiones:

ESCRITO DE ACUSACIÓN

Los acusados DENIS K., mayor de edad, nacido el día 01.01.1971, en Alemania con pasaporte alemán número K-987699I, sin antecedentes penales, MAX A., mayor de edad, nacido el 30.05.1986 en Polonia con pasaporte polaco número AA098712, sin antecedentes penales y DIMA H. mayor de edad, nacido el día 24.10.1992, en Alemania con pasaporte alemán número K-45678967, sin antecedentes penales.

El 6 de mayo de 2018, sobre las 10:00 horas, el cajero automático del Banco Santander situado en Avenida Cardenal Costa, 11, 12004, Castelló de la Plana, fue programado para dispensar billetes de forma aleatoria. La suma total que el cajero facilitó fue de 300.000 euros. Son testigos de los hechos Doña Dolores P., Doña Amanda B. y Doña Paula A. Esta última fue quien alertó a la policía para que acudiera el lugar de los hechos.

Tras las investigaciones llevadas a cabo por agentes del Cuerpo Nacional de Policía se ha averiguado que con ánimo de lucro desde la dirección IP del ordenador de DENIS K. se enviaban emails maliciosos desde Alemania a los trabajadores de diferentes entidades bancarias. Estos emails contenían un archivo adjunto. Dicho archivo estaba infectado por un «malware» o virus que, al abrirlo, quedaba el ordenador infectado por un código malicioso que permitía el control de forma remota del ordenador.

Gracias a ello, D. MAX A. podía acceder a la red interna de las entidades bancarias y tomar el control de forma remota de los cajeros situados en España para programarlos con el objetivo de dispensar dinero a una hora determinada y poner en disposición del dinero a DIMA H., quien, en el momento en que los cajeros lo dispensaban, se encontraba esperando en el lugar y el momento acordados para recoger los billetes expulsados.

Posteriormente, DIMA H., con el dinero de los cajeros automáticos, procedía a la compra de bitcoins y los enviaba a través de monederos virtuales, quedando así a disposición de DENIS K. y MAX A., quienes procedían a realizar un entramado de operaciones financieras para dificultar el rastro del dinero, ocasionando con todo ello un perjuicio económico a la entidad bancaria, quien se veía desposeída de su dinero.

De la investigación realizada se desprende que durante los últimos tres años han actuado varias veces utilizando el mismo modus operandi, siendo la cuantía total defraudada de diez millones de euros.

Finalmente el 30 de mayo de 2019 la Guardia Civil procedió a la detención de DENIS K., MAX A., y DIMA H., cuando se encontraban en el domicilio de DENIS K. sito en Av. Casalduch núm. 40, piso 3º B, CP 12002, Castellón.

Todos ellos se encuentran en situación de prisión provisional desde el día 1 de septiembre de 2019 por los hechos expuestos.

1. Los hechos relatados con constitutivos de:

Un delito de pertenencia a grupo criminal del artículo 570 ter CP en concurso real con un delito continuado de estafa informática en su modalidad agravada, previsto y penado en los artículos 248.2 en relación al 250.2 y 74.2 CP y un delito de blanqueo de capitales penado en el artículo 301.1 CP.

2. De dichos delitos son responsables los acusados en concepto de autores del delito de pertenencia a un grupo criminal y coautores del delito continuado de estafa informática y del delito de blanqueo de capitales. Artículo 28 del código penal.

3. No son de apreciar circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal.

4. Se interesa la imposición a cada uno de los acusados de las siguientes penas: una pena de prisión de trece años, una multa de nueve millones e inhabilitación especial para todas aquellas actividades económicas o negocios jurídicos relacionados con la actividad de la organización o grupo criminal o con su actuación en el seno de los mismos durante diez años al de la duración de la pena de privación de libertad y la inhabilitación del sufragio pasivo durante el tiempo de condena y costas.

5. Responsabilidad civil. El acusado/acusados serán además condenados a indemnizar al Banco Santander en la cantidad de 300.000 euros por los daños causados. Dichas cantidades devengaran el interés legal del dinero conforme al art. 576 de la LEC.

OTROSÍ DIGO: PROPOSICIÓN DE PRUEBAS PARA EL ACTO DEL JUICIO. Para el acto del Juicio Oral, el Ministerio Fiscal hace suyos los propuestos por cualquiera de las partes aún cuando fueren renunciados y propone los siguientes medios de prueba:

1º Interrogatorio de los acusados

2º Testifical de los siguientes testigos que deberán ser citados de oficio:

- Doña Dolores P. con D.N.I nº 29878909P

- Doña Amanda B. con D.N.I nº 09871236Y

- Doña Paula A. con N.I.E. nº X65435576Z

3º Pericial, previa citación de oficio del perito obrante a los F78 y 79, para el caso en que sea impugnado en tiempo y forma por las partes.

4º Documental, mediante lectura de los folios de las actuaciones y en concreto:

f.3 a 32 atestado

f. 78 y 79 tasación

El fiscal

En Castellón a 28 de Octubre de 2019