

UNIVERSIDAD DE LAS PALMAS DE GRAN CANARIA

DEPARTAMENTO DE CIENCIAS JURÍDICAS BÁSICAS



TESIS DOCTORAL

**LOS FRAUDES COLECTIVOS EN LAS RELACIONES DE
CONSUMO: (ANÁLISIS DEL TIPO ESPECIALMENTE CUALIFICADO
DE ESTAFA DEL CÓDIGO PENAL ESPAÑOL)**

FERNANDO CARLOS NAVARRO CARDOSO

Las Palmas de Gran Canaria, 1995

59/1994-95

**UNIVERSIDAD DE LAS PALMAS DE GRAN CANARIA
UNIDAD DE TERCER CICLO Y POSTGRADO**

Reunido el día de la fecha, el Tribunal nombrado por el Excmo. Sr. Rector Magfco. de esta Universidad, la aspirante expuso esta TESIS DOCTORAL.

Terminada la lectura y contestadas por el Doctorando las objeciones formuladas por los señores jueces del Tribunal, éste calificó dicho trabajo con la nota de APTO "CUM LAUDE" Las Palmas de G. C., a 19 de septiembre de 1995. *(por unanimidad)*
El Presidente: Dr. D. Luis Arroyo Zapatero,

El Secretario: Dr. D. Manuel Jaén Vallejo,

El Vocal: Dr. D. Jose Suay Rincón,

La Vocal: Dr^a D^a Mercedes García Arán,

El Vocal: Dr. D. José Ramón Serrano-Piedecasas Fernández,

El Doctorando: D. Fernando Navarro Cardoso,

UNIVERSIDAD DE LAS PALMAS DE GRAN CANARIA

DOCTORADO EN DERECHO

DEPARTAMENTO DE CIENCIAS JURIDICAS
PROGRAMA

TITULO DE LA TESIS

LOS FRAUDES COLECTIVOS EN LAS RELACIONES DE CONSUMO

(análisis del tipo especialmente cualificado de estafa
del Código Penal español)

Tesis Doctoral presentada por D. Fernando Navarro Cardoso

Dirigida por el Dr. D. Ignacio Berdugo Gómez de la Torre

El Director,

El Doctorando,

(firma)

Las Palmas de Gran Canaria, a _____ de _____ junio _____ de 199 5

Indice

ÍNDICE	pág.	1
INTRODUCCIÓN	pág.	9

CAPÍTULO I.- BIEN JURÍDICO PROTEGIDO

1) Introduucción	pág.	17
2) Posicionamiento sobre la Teoría del bien jurídico	pág.	19
3) El patrimonio como bien jurídico protegido	pág.	34
3.1) Planteamiento: el interés patrimonial	pág.	34
3.2) Propiedad versus patrimonio	pág.	36
3.3) Patrimonio como universalidad o como suma de elementos	pág.	40
3.4) Concepto de patrimonio	pág.	49
3.5) Conclusiones	pág.	57
4) La seguridad del tráfico económico-jurídico como bien jurídico protegido	pág.	59
4.1) Introduucción	pág.	59
4.1.1) Estado de la cuestión en la doctrina y en la jurisprudencia	pág.	66
4.1.1.1) Posturas a favor de la pluriofensividad	pág.	66
4.1.1.2) Posturas en contra: argumentos y réplicas	pág.	72
4.2) La seguridad del tráfico económico-jurídico: análisis	pág.	76
4.2.1) Planteamiento: la necesidad de tutela específica de los intereses de los consumidores	pág.	76
4.2.2) Excurso: tutela integral versus tutela diferenciada de los distintos intereses de los consumidores	pág.	88
4.2.3) La intervención del Derecho penal	pág.	92
4.2.3.1) Introduucción	pág.	92
4.2.3.2) Consecuencias jurídicas del mandato contitucional	pág.	95
4.2.3.3) Fundamentación de la intervención penal	pág.	101

Indice

4.2.4) Concreta identificación del interés a tutelar	pág. 110
4.2.5) Cuestión formal de la denominación	pág. 114
4.2.5.1) Introducción y planteamiento	pág. 114
4.2.5.2) Posibles opciones	pág. 124
4.2.5.3) Toma de postura: la seguridad del tráfico económico-jurídico	pág. 129
4.2.6) Adecuación a una estructura teórica: Teoría de los intereses colectivos	pág. 131
4.3) El tipo básico de estafa: conducta pluriofensiva, delito monoofensivo	pág. 143
4.4) El tipo especialmente cualificado de estafa: conducta pluriofensiva, delito pluriofensivo	pág. 146
4.4.1) Excurso: fundamentos de los números 1º y 8º del artículo 529	pág. 146
4.4.2) Examen	pág. 153
4.4.2.1) Introducción	pág. 153
4.4.2.2) La posición de la doctrina: comentarios y consecuencias. La juridificación del interés colectivo	pág. 154
4.4.2.3) El momento de la juridificación: un problema interpretativo	pág. 165
4.4.2.4) Capacidad de una norma para tutelar intereses individuales y colectivos	pág. 180
4.4.3) Ubicación sistemática: delito patrimonial versus delito socioeconómico	pág. 183

CAPÍTULO II.- TIPO DEL INJUSTO (I): TIPO OBJETIVO

1) Posicionamiento sobre la Teoría del tipo del injusto	pág. 192
2) Análisis del tipo objetivo en la estafa especialmente cualificada	pág. 200
2.1) Planteamiento	pág. 200

Indice

2.2) Conducta típicamente antijurídica	pág. 203
2.2.1) Objeto sobre el que recae la conducta	pág. 203
2.2.1.1) Introducción	pág. 203
2.2.1.2) Conceptos de «cosa» y «bien»	pág. 206
2.2.1.3) Conceptos de «primera necesidad» y «reconocida utilidad social»	pág. 207
2.2.1.3.1) Interpretación tradicional	pág. 207
2.2.1.3.2) Interpretación alternativa	pág. 211
2.2.1.3.3) Toma de postura	pág. 212
A) Planteamiento	pág. 212
B) Ejemplos de posibles bienes de reconocida utilidad social	pág. 216
C) Criterios de determinación	pág. 223
D) Mecanismo de determinación	pág. 227
E) Conclusión	pág. 230
2.2.2) Análisis de la conducta típica	pág. 232
2.2.2.1) Introducción	pág. 232
2.2.2.2) La exigencia de engaño	pág. 235
2.2.2.3) La alteración: ¿forma de engaño o forma del perjuicio?	pág. 239
2.2.2.3.1) Introducción y estado de la cuestión	pág. 239
2.2.2.3.2) Toma de postura	pág. 244
A) Preliminares	pág. 244
B) Argumentos	pág. 250
C) Conclusión	pág. 255
2.2.2.4) Consecuencias de nuestra posición	pág. 256

Indice

2.2.2.4.1) Ampliación del tradicional ámbito de punición	pág. 256
2.2.2.4.2) Mayor tutela de los intereses de los consumidores	pág. 264
2.2.2.4.3) Otras consecuencias	pág. 267
2.2.2.5) Matizaciones en torno a la conducta engañosa en la «estafa contractual»	pág. 268
2.2.3) El juicio de idoneidad del engaño y el reconocimiento por el sujeto pasivo del objeto material	pág. 273
2.2.4) Análisis de determinados medios engañosos constitutivos de delito	pág. 281
2.2.4.1) Introducción	pág. 281
2.2.4.2) Las falsedades	pág. 285
2.2.4.2.1) Advertencias preliminares	pág. 285
2.2.4.2.2) Falsedades documentales	pág. 286
2.2.4.2.3) Falsedades de sellos y marcas	pág. 297
2.2.4.3) El delito alimentario nocivo	pág. 300
2.2.4.4) La publicidad engañosa	pág. 305
2.2.4.4.1) Cuestiones preliminares	pág. 305
2.2.4.4.2) Planteamiento	pág. 308
2.2.4.4.3) Observaciones desde el Derecho Penal	pág. 315
2.2.4.4.4) La publicidad engañosa como modalidad de publicidad ilícita	pág. 320
A) La exageración publicitaria	pág. 327
B) La publicidad encubierta	pág. 340
C) La publicidad de tono excluyente	pág. 343

Indice

D) La publicidad engañosa por omisión	pág. 345
E) Conclusión	pág. 349
2.2.4.4.5) Otras modalidades de publicidad ilícita	pág. 351
2.3) Resultados típicamente antijurídicos	pág. 352
2.3.1) Introducción	pág. 352
2.3.2) Actos de disposición perjudiciales. La alteración de la sustancia, cantidad o cantidad del bien de reconocida utilidad social como forma del perjuicio	pág. 357
2.3.2.1) Actos de disposición	pág. 357
2.3.2.2) Perjuicio	pág. 364
2.3.2.2.1) Características generales	pág. 364
2.3.2.2.2) Las formas contractuales	pág. 367
2.3.2.2.3) Concreta determinación del perjuicio y momento de producción	pág. 372
A) Determinaciones previas	pág. 372
B) Conclusión	pág. 380
2.3.2.2.4) Estafas sobre negocios sin causa o con causa ilícita	pág. 386
2.3.2.2.5) Determinación del perjuicio en supuestos de inexistencia de la contraprestación	pág. 388
2.3.2.3) Análisis de los conceptos «sustancia», «cantidad» y «calidad»	pág. 390
2.3.2.4) Concreción del perjuicio en diferentes campos económicos	pág. 394
2.3.2.4.1) Estafas inmobiliarias	pág. 394
A) Modificación en la calidad	pág. 394
B) Variaciones en la cantidad	pág. 398

Indice

C) Alteraciones en la sustancia: supuestos concretos	pág. 399
2.3.2.4.2) Estafas alimentarias	pág. 423
2.3.2.4.3) Estafas en el contrato de seguro	pág. 434
2.3.2.4.4) Estafas en las «ventas por catálogo»	pág. 440
2.3.3) Afectación de la seguridad del tráfico económico-jurídico	pág. 445
2.3.3.1) Planteamiento	pág. 445
2.3.3.2) Argumentos y réplicas en contra del criterio de la lesión	pág. 447
2.3.3.3) Observaciones sobre la técnica del peligro abstracto	pág. 451
2.3.3.4) El criterio de la posible lesión	pág. 455
2.4) Consumación y tipos de imperfecta ejecución	pág. 460
2.4.1) Introducción	pág. 460
2.4.2) Determinación del momento consumativo	pág. 462
2.4.2.1) La consumación en las estafas contractuales	pág. 463
2.4.2.2) Irrelevancia de la obtención de beneficio	pág. 465
2.4.3) Tipos de imperfecta ejecución	pág. 470
2.5) Elementos accidentales: análisis del artículo 529.7º	pág. 472
2.5.1) Introducción	pág. 472
2.5.2) Concepto de «especial gravedad»	pág. 473
2.5.3) Concepto de «valor de la defraudación»	pág. 474
2.5.4) Diferencia con el artículo 529.5º	pág. 488
2.5.5) Conclusión	pág. 490

Indice

CAPÍTULO III.- TIPO DEL INJUSTO (II): SUJETOS

1) Introducción	pág. 493
2) Sujeto activo y autor	pág. 496
2.1) Sujeto activo	pág. 496
2.2) Autor	pág. 497
2.2.1) Observaciones sobre la responsabilidad de las personas jurídicas	pág. 497
2.2.2) La autoría en el tipo especialmente cualificado de estafa	pág. 500
2.2.3) Conclusión	pág. 507
2.3) Problemas concretos en sede de autoría . . .	pág. 509
2.3.1) Planteamiento	pág. 509
2.3.2) Supuesto de autoría mediata	pág. 510
2.3.3) Supuesto de coautoría ejecutiva . . .	pág. 513
3) Sujeto pasivo del delito y sujeto de la acción . . .	pág. 521
3.1) Consideraciones previas	pág. 521
3.2) Sujetos pasivos	pág. 526
3.2.1) Planteamiento	pág. 526
3.2.2) La colectividad como sujeto pasivo. Referencias al concepto de «consumidores»	pág. 528
3.2.3) Los múltiples perjudicados como sujetos pasivos: análisis del artículo 529.8º	pág. 533
3.2.3.1) Distinción «sujeto pasivo»- «perjudicado»	pág. 534
3.2.3.2) Concepto de «múltiples» . . .	pág. 536
3.2.3.3) Distinción artículos 69 bis - 529.8º	pág. 542
3.2.3.3.1) Estado de la cuestión en la doctrina y en la jurisprudencia	pág. 543
A) La aplicación única del artículo 69 bis	pág. 543

Indice

B) El principio de especialidad	pág. 544
C) El principio de alternatividad	pág. 546
D) Ultima tendencia jurisprudencial	pág. 548
3.2.3.3.2) Solución alternativa: toma de postura	pág. 550
3.2.3.4) Conclusiones	pág. 557

CAPÍTULO IV.- TIPO DEL INJUSTO (III): TIPO SUBJETIVO

1) Introducción	pág. 560
2) El dolo	pág. 562
2.1) Exclusión de la imprudencia	pág. 562
2.2) Contenido del dolo	pág. 573
2.3) Error de tipo	pág. 582
2.3.1) Planteamiento teórico	pág. 582
2.3.2) Traslado al ámbito del tipo especialmente cualificado de estafa	pág. 588
3) El ánimo de lucro	pág. 590

CAPÍTULO V.- CONCLUSIONES

Conclusiones	pág. 608
Propuesta de lege ferenda	pág. 648
BIBLIOGRAFÍA	pág. 650
ÍNDICE CRONOLÓGICO DE JURISPRUDENCIA	pág. 716

INTRODUCCIÓN

Introducción

Uno de los principales elementos que definen hoy la contratación de bienes y servicios por parte de los consumidores y usuarios es su carácter masivo; esto es, la adquisiciones de bienes y prestaciones de servicios en masa. De resultas, las defraudaciones que se produzcan en el ámbito de las relaciones de consumo nos sitúan ante los denominados «fraudes colectivos».

Cuando tienen lugar esos fraudes colectivos en el seno de las relaciones de consumo, se afecta, ante todo, al patrimonio de los consumidores en concreto perjudicados. Pero pronto se advierte que puede que no sólo se produzca una lesión patrimonial, sino que junto a ésta se afecte algo más. Así, la información empírica que se maneja pone en evidencia que los fraudes en el ámbito del consumo pueden tener otro resultado que trasciende del meramente patrimonial, y que atañe al conjunto de los consumidores y usuarios, a saber: la confianza en el tráfico económico-jurídico; sobre todo, si se tiene en cuenta que la mayoría de los consumidores piensan que son la «parte débil» en las relaciones de consumo, impresión esa que se constata tanto desde la doctrina (penal y mercantil) como desde la jurisprudencia.

Introducción

Una de las principales metas que ha guiado la evolución de las relaciones económicas ha sido, sin lugar a dudas, la consecución de una fluidez en el mercado, siendo un claro ejemplo los medios de pago; pero para que exista fluidez en el tráfico, éste tiene que ser seguro, de suerte que los que en él intervienen actúen confiados en la buena marcha de las relaciones económico-jurídicas.

Cuando se producen fraudes en los que resultan perjudicados consumidores y usuarios, éstos pierden la confianza y, como consecuencia, las relaciones que tienen lugar en el seno del mercado pierden fluidez, entre otros motivos, porque cada operación a realizar será sometida a un control exhaustivo. Existen múltiples ejemplos al respecto, aunque parece indubitado que, en el marco de las relaciones de consumo, el paradigma lo constituye el fraude inmobiliario: debido a las múltiples defraudaciones que se han producido en este sector, toda persona que va a adquirir una vivienda comprueba concienzudamente todos y cada uno de los pasos que llevan a la adquisición final del inmueble. Si a pesar de ese minucioso examen se producen defraudaciones, teniendo en cuenta el carácter masivo antecitado de las relaciones de consumo, tal vez podría inferirse que el interés que resulta afectado no es sólo el patrimonial individual de

Introducción

los engañados, sino también el interés de todos los partícipes en el mercado en un tráfico económico-jurídico seguro.

Ante esas defraudaciones, la pregunta a contestar es si el tipo de estafa del Derecho Penal español es un mecanismo válido de protección de los «intereses económicos y sociales de los consumidores» a los que nos hemos referido (interés patrimonial individual e interés colectivo en la seguridad del tráfico económico-jurídico).

---X---

Tras la reforma del delito de estafa por la Ley Orgánica 8/1983, de 25 de julio, de Reforma Urgente y Parcial del Código Penal, junto al tipo básico (artículo 528) se establecieron unos tipos cualificados (artículo 529). Pero el legislador fue más allá, estableciendo unos «tipos muy cualificados» (inciso final del párrafo segundo del artículo 528 en relación con los números 1º ó 7º y 8º del artículo 529). Pues bien, el 529.1º se refiere a la estafa que recae sobre cosas de primera necesidad, viviendas u otros bienes de reconocida utilidad social, y el 529.8º agrava las estafas en las

Introducción

que resulten múltiples perjudicados. A partir de ahí, se trata de determinar si esa especial cualificación puede tener virtualidad para comprender las estafas masivas a los consumidores cuando la adquisición por ellos realizada sea una cosa o bien comprendido en las categorías precitadas.

Para tal fin se lleva a cabo, en primer lugar (Capítulo I), un análisis de los intereses en juego en las relaciones de consumo. A continuación (Capítulo II) se analizan los elementos del tipo objetivo -conducta, objeto, resultado, consumación y elementos accidentales-, haciendo un estudio aparte (Capítulo III) de los sujetos. Seguidamente se analiza el tipo subjetivo (Capítulo IV), finalizando (Capítulo V) con una recapitulación de las diferentes conclusiones y tomas de postura a las que se ha llegado en cada uno de los aspectos tratados en la investigación, conclusiones que sirven para apoyar una formulación final de *lege ferenda*.

---X---

Dado que el objeto de estudio son las estafas colectivas en el ámbito de las relaciones de consumo y que recaen sobre determinados bienes, debe indicarse que

Introducción

la tutela de los intereses de los consumidores y usuarios debe ser, en todo caso, un «haz de luz» de todo el ordenamiento Jurídico, sin olvidar, en ningún momento, que las pretensiones del Derecho Penal deben ser modestas, por así decir, de acuerdo con los principios que actúan como límites del Ius Puniendi en un Estado social y democrático de Derecho. Por ese motivo, siempre debe abogarse por la existencia de mecanismos de tutela anteriores al Derecho Penal.

No obstante lo anterior, no se puede pretender entender todo el Derecho Penal a la luz de las relaciones de consumo, pues no son éstas las únicas relaciones que mantienen los individuos.

En otro orden de cosas, esta investigación hay que ponerla en relación con la existencia de un "moderno Derecho Penal" caracterizado por atender a intereses dignos de tutela penal distintos de los tradicionales. De alguna forma, puede establecerse un cierto paralelismo con los derechos humanos de tercera generación; esto es, identificados y proclamados una serie de derechos básicos, le toca el turno a nuevas necesidades o expectativas que, igualmente, merecen un amparo jurídico

Introducción

(caso del derecho al medio ambiente, de los derechos de los consumidores, etc.).

Ahora bien, no puede acabar la reflexión hecha sin una advertencia relativa al peligro que se corre de convertir al Derecho penal en un derecho simbólico o, dicho de otra forma, debe observarse la posibilidad de olvidar el principio de intervención mínima, convirtiendo de esta manera al Derecho Penal en un Derecho de policía, en una mera prolongación del Derecho Administrativo sancionador.

NOTA.- Dado que ya se encontraba en imprenta esta investigación, no se ha podido tener en cuenta la obra de HASSEMER, W., MUÑOZ CONDE, F., *La responsabilidad por el producto en derecho penal*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1995.

CAPÍTULO I.- BIEN JURÍDICO PROTEGIDO

1) INTRODUCCIÓN

El análisis de un tipo penal debe iniciarse por el bien jurídico protegido, pues es éste el que fundamenta el tipo del injusto del delito. En nuestro caso, dado el carácter de la investigación, parece oportuno comenzar por una toma de postura en torno a la Teoría del bien jurídico, si bien de forma sintética, motivo por el que no se harán referencias históricas que, por otro lado, son hoy, por así decir, "casa común" de toda teoría moderna sobre el objeto jurídico.

En la medida en que el tipo-marco es el delito de estafa y tanto la doctrina como la jurisprudencia es prácticamente unánime al respecto, se analiza en segundo lugar el bien jurídico patrimonio, haciendo referencia a todas aquellas cuestiones que se tratan ya de forma clásica, lo cual, sin embargo, no permite obviar su tratamiento -caso del entendimiento del patrimonio como universalidad o como suma de elementos o el concepto de patrimonio-.

Es también una clásica discusión en la doctrina la posible existencia, junto con el interés patrimonial individual, de otro interés afectado en el delito de

Capítulo I.- Bien jurídico protegido

estafa, si bien éste de carácter colectivo. Una reciente investigación exhaustiva de tal delito* constata la presencia de esa expectativa o interés no individual, por así decir, y su afectación por la conducta típica.

Esa constatación nos obliga, tras una exposición del estado de la cuestión en la doctrina y en la jurisprudencia, a adentrarnos sin titubeos en este tema, concluyéndose que efectivamente existe otro interés distinto al patrimonial que resulta afectado; es decir, verificamos el carácter pluriofensivo de la conducta engañosa.

Cosa distinta es que el delito sea igualmente pluriofensivo. La investigación precitada se ciñe al tipo básico de estafa, si bien formula un conjunto de consecuencias que se extraen de la existencia de un segundo interés, y una de ellas apunta a la necesidad de toda una reconsideración del artículo 529, no quedando al margen el tipo especialmente cualificado que contiene el inciso final del párrafo segundo del artículo 528, en relación a los números 1º, 7º y 8º del precepto siguiente.

* Vid. GUTIÉRREZ FRANCÉS, M.L., *Fraude informático y estafa*, Centro de Publicaciones, Secretaría General Técnica, Ministerio de Justicia, Madrid, 1991.

A partir de ahí, nuestro estudio se centra, en primer lugar, en el tipo básico, para pasar a continuación al tipo especialmente cualificado. Este esquema, que ya no se repite posteriormente en el análisis del tipo del injusto (examen diferenciado del tipo básico y del tipo muy agravado), entendemos que es necesario, pues, obviamente, la situación varía significativamente según se constate que el tipo básico es o no un delito pluriofensivo.

2) POSICIONAMIENTO SOBRE LA TEORÍA DEL BIEN JURÍDICO

Ante todo, es necesario poner de manifiesto que no se pretende aquí desarrollar toda la evolución histórica del concepto de bien jurídico, ni de llevar a cabo una construcción novedosa. Se trata simplemente de destacar de forma sucinta aquella corriente a la que, por diversos motivos, nos adherimos¹ y, a partir de ahí, hacer unas breves reseñas finales sobre las funciones que desempeña el bien jurídico.

¹ Para un estudio completo sobre la Teoría del bien jurídico, vid. BUSTOS RAMÍREZ, J., *Manual de Derecho Penal. Parte General*, 4ª edic., aumentada corregida y puesta al día por H. Hormazábal Malarée, PPU, Barcelona, 1994; HORMAZABAL MALARÉE, H., *Bien jurídico y Estado social y democrático de Derecho*, PPU, Barcelona, 1991; POLAINO NAVARRETE, M., *El bien jurídico en el Derecho Penal*, Publicaciones de la Universidad de Sevilla, Sevilla, 1974.

Capítulo I.- Bien jurídico protegido

El punto de partida lo situamos en la función del Derecho Penal, a saber: la exclusiva protección de bienes jurídicos². En este punto encontramos hoy acuerdo en la doctrina. Ahora bien, ésta ya no es pacífica cuando trata de dar un concepto material de bien jurídico³; y las divergencias surgen porque adoptar una u otra posición tiene unas importantes consecuencias, pues la función que cumple el bien jurídico no se agota en ser simple criterio clasificador de la Parte Especial del Derecho Penal⁴.

Por los importantes elementos que aporta en orden a nuestro posicionamiento, situamos nuestra primera referencia en ROXIN, el cual destaca que el Estado no está legitimado para castigar ataques a valores morales, pues supone tratar a los individuos como "no ilustrados intelectualmente e inmaduros moralmente", cuando en realidad todos participan en el poder estatal en igualdad

² No obstante, no debemos olvidar que esa función se ejercita conforme a los principios de *ultima ratio* y carácter fragmentario del Derecho Penal.

³ Desde un punto de vista formal, el bien jurídico como tal es una cualidad creada por el Derecho (vid. MUÑOZ CONDE, F., GARCÍA ARÁN, M., *Derecho Penal. Parte General*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1993, p. 241).

⁴ Vid. *infra* al final de este epígrafe las funciones que desempeña el bien jurídico.

Capítulo I.- Bien jurídico protegido

de derechos⁵. De hecho, pone de manifiesto que existen otras instancias en mejor situación para acometer la tarea de la tutela moral⁶.

Por otro lado, en el Estado moderno ese poder reside en el pueblo, por lo que el ejercicio del mismo debe referirse a él, al pueblo, y no se puede pretender con dicho ejercicio "la realización de fines divinos"⁷.

Como consecuencia de todo lo anterior, para este autor el concepto de bien jurídico debe encaminarse de manera exclusiva a elementos que garanticen un orden pacífico externo⁸, y los concreta en un conjunto de «estados valiosos», además de unas actividades de prestación por el Estado necesarias para la existencia del individuo⁹.

⁵ ROXIN, C., «Sentido y límites de la pena estatal», *Problemas básicos de Derecho Penal*, trad. por D.M. Luzón Peña, Reus, Madrid, 1976, p. 21.

⁶ *Ibidem*, p. 23.

⁷ *Ibidem*, pp. 20 y 21.

⁸ ROXIN, C., «Frank von Liszt y la concepción político-criminal del Proyecto Alternativo», *Problemas básicos de Derecho Penal*, cit., p. 45.

⁹ Estas actividades de prestación son consecuencia de la concepción del Estado como social.

Capítulo I.- Bien jurídico protegido

Aún cuando ROXIN aporta, como ya dijimos, importantes elementos que nos permiten acercarnos a nuestro modo de concebir el bien jurídico (rechazo a la tutela de valores morales¹⁰, exaltación del estado democrático¹¹), su formulación adolece, precisamente, de lo que se ha venido siendo una constante crítica en diversos posicionamientos en la teoría del bien jurídico, a saber: no determina, desde un punto de vista material, qué es el bien jurídico.

AMELUNG¹² vuelve a situar la discusión en el terreno adecuado. Hace girar sus planteamientos en torno a la idea de la «dañosidad social», en concreto, en lo

¹⁰ Como destaca TERRADILLOS BASOCO, J., «La satisfacción de necesidades como criterio de determinación del objeto de tutela jurídico-penal», *Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense*, nº 63, 1981, p. 132, "los hechos deben valorarse jurídicamente por su efecto social no por su concordancia o contraposición a una determinada ética". Vid. también GÓMEZ BENÍTEZ, J.M., «Sobre la teoría del "bien jurídico"», *Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense*, nº 69, 1983.

¹¹ En un sistema democrático como el nuestro, de alguna forma tiene que articularse la participación ciudadana en los procesos de definición que afectan a la propia colectividad. Por tanto, no es válido que en la determinación de los supuestos en que el Estado despliega su medio de control social más coactivo no intervenga dicha colectividad, ya que si el legislador es libre para determinar sin limitaciones lo que debe ser objeto de tutela penal, pueden producirse abusos del Derecho (cfr. FERRÉ OLIVÉ, J.C., *El delito contable*, Praxis, Barcelona, 1988, pp. 33 y 34). Es lo que MUÑOZ CONDE, F., *Introducción al Derecho Penal*, Bosch, Barcelona, 1975, p. 49, denomina «perversión del Derecho Penal», esto es, que se protegen no intereses de la mayoría sino de los grupos de poder.

¹² Vid. MIR PUIG, S., *Introducción a las bases del Derecho Penal*, Bosch, Barcelona, 1976, pp. 134 y 135.

Capítulo I.- Bien jurídico protegido

funcional o disfuncional para el sistema social, prescindiendo del bien jurídico.

Efectivamente, en el planteamiento de este autor subyace un rechazo a la moral. Como destaca MIR PUIG, "lo que legitima la intervención coactiva que supone el Derecho no es la realización por la fuerza de cometidos religiosos ni morales sobre la tierra, sino la creación y mantenimiento de un determinado sistema social en beneficio de los individuos que lo integran"¹³.

Ahora bien, aún cuando esta construcción contiene aspectos positivos (rechazo de la moral y prevalencia de lo social), presenta unas carencias que, en síntesis, son:

- En primer lugar, lo funcional o disfuncional es necesario ponerlo en relación con un sistema concreto, pues lo funcional para uno puede ser disfuncional para otro¹⁴.

¹³ *Ibidem*, p. 135.

¹⁴ "Por ejemplo, la penalización del matrimonio interracial es funcional para un sistema social racista pero choca frontalmente con la función de límite que pretende garantizar el contenido del bien jurídico" [en BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, I., ARROYO ZAPATERO, L., *Manual de Derecho Penal. Parte General*, (I. Instrumentos y principios básicos del Derecho Penal), Praxis, Barcelona, 1994, p. 10].

Capítulo I.- Bien jurídico protegido

- En segundo lugar, poner el acento en lo funcional respecto al sistema encierra el peligro de subordinar las necesidades del individuo a las de la colectividad, olvidando, como nos lo recuerda BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE¹⁵, que nuestro sistema social es de carácter personalista, "de orientación por tanto al individuo"¹⁶.

Estos planteamientos son tomados y desarrollados en Alemania por CALLIES y en España por MIR PUIG, en el sentido de entender que aportan unos criterios de base correctos, si bien estiman necesario y conveniente introducir el concepto de bien jurídico¹⁷, con el fin de corregir las carencias puestas de manifiesto anteriormente¹⁸.

¹⁵ BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, I., «Reflexiones sobre la problemática del bien jurídico», *Hacia el Derecho Penal del Nuevo Milenio*, Instituto Nacional de Ciencias Penales, México, D.F., 1991, p. 137.

¹⁶ "Máxime en el marco de un Estado social y democrático de Derecho que adopta «la dignidad de la persona y los derechos inviolables que son inherentes» como fundamento del orden político y de la paz social, artículo 10.1 de la Constitución" (en BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, I., ARROYO ZAPATERO, L., *Manual de Derecho Penal. Parte General*, cit., p. 10). Vid., igualmente, HASSEMER, W., MUÑOZ CONDE, F., *Introducción a la Criminología y al Derecho Penal*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1989, pp. 108 y ss.

¹⁷ Vid. MIR PUIG, S., *Introducción a las bases del Derecho Penal*, cit., p. 127.

¹⁸ como síntesis de esas carencias, es sumamente gráfico BUSTOS RAMÍREZ, J., «Política criminal e injusto», *Control social y sistema penal*, PPU, Barcelona, 1987, p. 175, cuando sostiene que (continúa...)

Capítulo I.- Bien jurídico protegido

En síntesis, los bienes jurídicos los definen (desde una perspectiva político-criminal) como aquellas condiciones necesarias, según la observación empírica, de un correcto funcionamiento de los sistemas sociales. Ahora bien, como reconocen esa base personalista de los sistemas sociales a la que hacíamos mención más arriba¹⁹, establecen la necesidad de que dichas condiciones se traduzcan en concretas posibilidades de participación del individuo en los procesos de interacción y comunicación social.

A partir de este punto, MIR PUIG²⁰ estima que para determinar (también desde una perspectiva político-criminal) cuando un bien jurídico es merecedor de tutela penal (y se convierte, por tanto, en bien jurídico-penal), los criterios concretos son, por un lado, la «importancia social del bien» y, por otro, la «necesidad de protección penal».

¹⁸(...continuación)

"prescindir de él [del bien jurídico] es poner el ordenamiento jurídico en las nubes, fuera del alcance del pueblo, dejar entregado el ordenamiento jurídico a la arbitrariedad, pues no se podían conocer sus razones, y también dejar entregado al legislador a la arbitrariedad, pues no sabría como fundar las leyes".

¹⁹ O, al decir de MIR PUIG, S., ult. cit., p. 140, "para evitar una concepción poco respetuosa con el individuo".

²⁰ MIR PUIG, S., «Bien jurídico y bien jurídico-penal como límites del *Ius Puniendi*», *Estudios Penales y Criminológicos*, t. XIV, 1991, pp. 205 y ss.

Capítulo I.- Bien jurídico protegido

Los bienes importantes socialmente son aquellos fundamentales para la vida social. Para que sean fundamentales, el reconocimiento constitucional juega un papel destacado, pero no suficiente por sí solo. Por eso, exige este autor, además, una importancia tanto abstracta como concreta del bien; esto es, un concreto grado de afectación de dicho bien²¹.

Pero los bienes merecedores de tutela penal no sólo deben ser importantes socialmente, sino además -concluye- deben estar necesitados de protección penal; es decir, son aquellos respecto de los cuales no es suficiente la protección que se brinda desde el ámbito civil o administrativo.

Coincidimos en sus bases con este planteamiento, pues respecto del segundo de los requisitos (necesidad de protección penal), es evidente su exigencia con base en el principio de intervención mínima. En relación al primer criterio, nos mostramos conforme en la medida en que "se entiende que el Derecho Penal tiene que posibilitar la vida en comunidad a través de garantizar

21 "Es evidente que en buena parte de los casos los problemas de decisión de si procede o no la intervención penal dependen de que se estime suficiente o no la concreta entidad del bien afectado" (en MIR PUIG, S., ult. cit., p. 214).

Capítulo I.- Bien jurídico protegido

el funcionamiento y la evolución de un determinado sistema social"²².

Sin embargo, no coincidimos en su apreciación sobre el papel de la Constitución²³. Por el contrario, si entendemos, como es nuestro caso, que el bien jurídico debe ser buscado en el ámbito social, prescindiendo de toda referencia ética y de acuerdo con el criterio de la colectividad, el Texto constitucional resulta válido, pues como señalan BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE y ARROYO ZAPATERO, "la Constitución debe ser considerada desde un plano material como expresión consensuada de la voluntad de los miembros de una comunidad, como expresión jerarquizada de aquellos intereses que se estiman esenciales para el funcionamiento del sistema social"²⁴.

Llegados a este punto es necesario hacer una serie de matizaciones: en primer lugar, al hacer uso del Texto constitucional no debe olvidarse el carácter instrumental

²² BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, I., «Reflexiones sobre la problemática del bien jurídico», cit., p. 136.

²³ Vid. MIR PUIG, S., ult. cit., pp. 210 y 211.

²⁴ BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, I., ARROYO ZAPATERO, L., *Manual de Derecho Penal. Parte General*, cit., p. 10. En esta misma línea se encuentra SERRANO-PIEDecasas FERNÁNDEZ, J.R., *La estafa en el contrato de seguro*, PPU, Barcelona, 1991, p. 85.

del mismo y, como ha puesto de relieve el Tribunal Constitucional y la doctrina, su valor directamente normativo²⁵.

En segundo lugar, cuando se hace referencia a la Constitución, no hay que establecer "una mera relación formal entre la relación de bien jurídico y la denominada parte dogmática de la Constitución, sino una conexión material con el sistema social al que ésta aspira a servir de marco"²⁶, pues lo contrario supone una hipervaloración de la Constitución²⁷. Con esto se trata de evitar la crítica formulada a aquellos constitucionalistas que pretenden, sin más, trasladar un derecho subjetivo reconocido en la Constitución a la categoría de bien jurídico-penal²⁸. Sintéticamente, la

²⁵ Vid. por todos, GARCÍA DE ENTERRÍA, E., *La Constitución como norma y el Tribunal Constitucional*, 3ª edic., Civitas, Madrid, 1985, pp. 49 y ss. Cuando entra este autor en el análisis concreto del valor normativo, señala, expresamente, que "lo primero que hay que establecer con absoluta explicitud es que toda la Constitución tiene valor normativo inmediato y directo" -p. 63-.

²⁶ BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, I., «Reflexiones sobre la problemática del bien jurídico», cit., p. 139.

²⁷ Aun cuando se reconozca la dificultad para determinar el contenido material preciso del bien jurídico (vid., en este sentido, FIANDACA, G., «Il bene giuridico come problema teorico e come criterio di politica criminali», *Rivista Italiana di Diritto e Procedura Penale*, 1982, p. 48).

²⁸ Vid. HORMAZABAL MALARÉE, H., *Bien jurídico y Estado social y democrático de Derecho*, cit., pp. 121 y ss., sobre todo a partir del estudio de la denominada «teoría constitucionalista estricta», entre cuyos representantes más significativos se encuentran BRICOLA, (continúa...)

«operación» consiste en identificar, y extraer posteriormente, el *sustrato material del derecho subjetivo o del interés legítimo* o, si se prefiere, su dimensión objetiva.

En último lugar, es importante destacar que "el sistema social acogido en nuestro Texto Fundamental es un sistema social abierto, al que se aspira a llegar. El sistema social de nuestra Constitución va por delante del sistema social real de nuestra sociedad"²⁹. Buena prueba es el mandato contenido en el artículo 9.2 de nuestra más Alta Norma, que obliga a los poderes públicos a remover todos aquellos obstáculos que impidan o dificulten el ejercicio real y efectivo de la libertad y la igualdad del individuo y de los grupos en que se integra.

"Es por ello que al resultado de la determinación empírica de lo que es necesario para el mantenimiento del sistema ha de aplicársele el criterio correctivo de si es

²⁸(...continuación)
F., «Teoria generale del reato», *Novissimo Digesto italiano*, t. XIX, 3ª edic., Utet, Torino, 1973, pp. 7 y ss., y MUSCO, E., *Bene giuridico e tutela dell'onore*, Giuffrè, Milano, 1974, pp. 124 y ss. Desarrolla esta teoría en España GONZÁLEZ RUS, J.J., *Bien jurídico y Constitución* (Bases para una teoría), Fundación Juan March, Madrid, 1983, pp. 29 y ss., fundamentalmente.

²⁹ BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, I., ARROYO ZAPATERO, L., *Manual de Derecho Penal. Parte General*, cit., p. 11.

necesario o no para que el sistema evolucione hacia las metas señaladas en la Constitución, pues es el sistema que en ella se recoge y no el que hoy vivimos el que corresponde a un Estado social y democrático de Derecho"³⁰. En esta línea hay que situar el razonamiento en TERRADILLOS BASOCO³¹ cuando destaca que los bienes jurídicos no deben ser considerados como una categoría dada, estática, impermeable a los procesos evolutivos que tienen lugar en el seno de la sociedad³². En síntesis, en la idea acabada de expresar es en donde se concreta ese carácter dinámico -crítico- que otras teorías señalan expresamente en su formulación³³.

³⁰ *Ibidem*.

³¹ Cfr. RUDOLPHI, H.J., «Die verschiedenen Aspekte des Rechtsgutsbegriffs», *Festschrift für R.M. Honig*, Göttingen, 1970, pp. 162 y ss. (citado por TERRADILLOS BASOCO, J., «La satisfacción de necesidades como criterio de determinación del objeto de tutela jurídico-penal», cit., p. 128).

³² En principio, el tipo penal es válido siempre y cuando se entienda el bien jurídico tutelado en sentido presente. Si no es así, porque en el tipo actual ya no encaja el contenido dado al bien jurídico, será preciso una modificación positiva del mismo, sea una reforma en sentido estricto, sea una supresión y nueva redacción.

³³ Cfr. BUSTOS RAMÍREZ, J., «Política criminal e injusto», cit., pp. 167 y 168; PEDRAZZI, C., *Inganno ed errore nei delitti contro il patrimonio*, Giuffrè, Milano, 1965, p. 287.

Es de advertir que el primero de los autores citados mantiene una postura antitética a la formulada por nosotros sobre el valor de la Constitución. Una visión sucinta de tal postura puede verse en BUSTOS RAMÍREZ, J., «Los bienes jurídicos colectivos», *Estudios de Derecho Penal en homenaje al Profesor Luis Jiménez de Asúa*, *Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense*, monográfico nº 11, 1986, pp. 155 y 156.

Capítulo I.- Bien jurídico protegido

Cabe poner de relieve que el papel esencial del Texto constitucional se observa claramente en los bienes jurídicos colectivos, "cuya existencia, significación y alcance sólo se alcanzan a comprender íntegramente desde un determinado orden constitucional de valores"³⁴.

En relación a la posible crítica que sostiene que estas teorías constitucionales hay que rechazarlas en aquellos supuestos en que no impere un Estado social y democrático de Derecho, debido a que por su formulación deben aceptar sin más el modelo de Estado existente, se olvida que cuando se den esas situaciones, no hay que rechazar tal concepto de bien jurídico, por no ser crítico, sino que lo que hay que rechazar es el Estado mismo, ese Estado totalitario que no permite, entre otras cosas, la participación del individuo en los procesos de definición y que no tiene en cuenta, por ende, las verdaderas necesidades del individuo y de la colectividad³⁵.

³⁴ GUTIÉRREZ FRANCÉS, M.L., *Fraude informático y estafa*, cit., p. 207, desprendiendo de la expresión «valores» las connotaciones negativas a las que hicimos referencia en su momento.

En esa línea sostiene PÉREZ LUÑO, A.E., *La seguridad jurídica*, cit., p. 53, que "la identificación del bien jurídico con intereses puramente individuales parece difícilmente admisible en un Estado social y democrático de Derecho".

³⁵ En última instancia, en estos casos sí puede cobrar sentido la teoría del bien jurídico que propugna BUSTOS RAMÍREZ, J., «Política criminal e injusto», cit., tal como reconoce el propio BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, I., *Recensión a BUSTOS RAMÍREZ y*
(continúa...)

Capítulo I.- Bien jurídico protegido

Por último, respecto a las funciones que desempeña el bien jurídico, la doctrina coincide en afirmar que, ante todo, cumple una importante función político-criminal³⁶ de conexión entre la realidad social y el Derecho, y en la medida en que vincula una a otro, limita el poder punitivo del Estado; así, "el bien jurídico no lo decide el Derecho positivo, sino que, por el contrario, está llamado a limitar al legislador: el bien jurídico será sólo aquello que merezca ser protegido por la ley penal"³⁷.

Esa función político-criminal no sólo tiene lugar en la fase de *iure condendo*, sino que en todo momento pone en conexión la realidad social y la norma, determinando si se están protegiendo efectivamente aquellos intereses

³⁵(...continuación)

VALENZUELA BEJAS, *Derecho Penal latinoamericano comparado*, t. I. Parte General, Depalma, Buenos Aires, 1981, (en *Cuadernos de Política Criminal*, nº 20, 1983). En este sentido, recuerdan BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE y ARROYO ZAPATERO que esta utilización del marco constitucional sólo es válida "cuando, como en nuestro caso, supera el carácter de mero instrumento ordenador de los poderes del Estado y recupera su primer significado de suprema norma jurídica dotada de valor directamente normativo y asentada sobre los Derechos fundamentales" (en *Manual de Derecho Penal. Parte General*, cit., p. 11).

³⁶ Así la denomina MIR PUIG, S., «Objeto del delito», *Nueva Enciclopedia Jurídica*, vol. XVII, Francisco Seix (ed.), Barcelona, 1982, p. 766.

³⁷ *Ibidem*, p. 770.

Capítulo I.- Bien jurídico protegido

que la colectividad estima dignos de tutela jurídico-penal³⁸.

Además cumple una función metodológica, que se desdobra en exegética (como instrumento interpretativo válido por cuanto el bien jurídico es la esencia de la antijuricidad³⁹) y sistemática (como criterio general de ordenación de la Parte Especial del Derecho Penal⁴⁰).

³⁸ O, como sostiene GUTIÉRREZ FRANCÉS. M.L., *Fraude informático y estafa*, cit., p. 227, "llamando la atención sobre los nuevos intereses sociales que reclaman protección, o la reinterpretación de los ya protegidos".

³⁹ Vid., entre otros, BUSTOS RAMÍREZ, J., *Manual de Derecho Penal. Parte General*, cit., pp. 309 y ss.; MIR PUIG S., *Derecho Penal. Parte General*, 3ª edic., PPU, Barcelona, 1990, pp. 135 y ss.; MUÑOZ CONDE, F., GARCÍA ARÁN, M., *Derecho Penal. Parte General*, cit., p. 276 y ss.; PAGLIARO, A., «Bene giuridico e interpretazione delle legge penale», *Studi in onore di F. Antolisei*, vol. II, Giuffrè, Milano, 1965, pp. 391 y ss.

⁴⁰ Según NOVOA MONREAL, E., «Reflexiones para la determinación y delimitación del delito económico», *Anuario de Derecho Penal y ciencias Penales*, t. XXXVIII, fasc. III, 1985, p. 64, "es la idea de bien jurídico la que permite distinguir la razón última de la creación de cada grupo de delitos; debido a ello, será la indagación del bien jurídico que corresponde a cada hecho punible descrito legalmente el que mejor permitirá discernirlo para su agrupación de manera consecuente". Como ejemplo de ordenación, vid. MUÑOZ CONDE, F., *Derecho Penal. Parte Especial*, 9ª edic., Tirant Lo Blanch, Valencia, 1993.

3) EL PATRIMONIO COMO BIEN JURÍDICO PROTEGIDO

3.1) PLANTEAMIENTO: EL INTERÉS PATRIMONIAL

Es evidente que existe un «interés patrimonial» de carácter individual claramente definido que es lesionado en la estafa, y que es merecedor de tutela jurídico-penal en la medida en que representa una condición necesaria para el desarrollo del sistema, concretada dicha condición en una forma de participación del individuo en los procesos de interacción social (el individuo participa socialmente con su patrimonio, de manera que la lesión a ese patrimonio disminuye sus posibilidades de participación).

De la relevancia constitucional de esa condición necesaria para el desarrollo del sistema tampoco existen dudas, pues basta con fijarse, entre otros, en el artículo 33 de la Constitución de 1978, donde se reconoce el derecho a la propiedad privada, si bien limitado por la función social que cumple ésta, así como en el artículo 38, donde se reconoce la libertad de empresa en el marco de la economía de mercado, libertad que se puede traducir en la libertad para establecer relaciones jurídico-mercantiles, las cuales tienen como objeto

Capítulo I.- Bien jurídico protegido

material elementos patrimoniales (el individuo participa socialmente con su patrimonio estableciendo relaciones jurídico-mercantiles)⁴¹.

En otro orden de cosas, al igual que se reconoce que en el "mandato de protección dirigido a los poderes públicos nuestro texto constitucional [artículo 51] pone de manifiesto la consideración del consumo como agente etiológico de primer orden del estado de salud"⁴², también es perfectamente sostenible que una de las principales causas generadoras de perjuicios patrimoniales es el consumo. Incluso, no sería aventurado afirmar que tras muchos de los ataques a la salud provocados por el consumo de determinados bienes existe una finalidad lucrativa o, dicho de otra forma, "gran parte de los fraudes alimentarios no tienen como

⁴¹ En todo caso, baste recordar aquí que no se trata de establecer "una mera relación formal entre la relación de bien jurídico y la denominada parte dogmática de la Constitución, sino una conexión material con el sistema social al que ésta aspira a servir de marco", tal como anteriormente sostuvimos siguiendo a BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, I., «Reflexiones sobre la problemática del bien jurídico», cit., p. 139. En definitiva, de lo que se trata es de identificar el sustrato material del derecho subjetivo consagrado en el Texto constitucional.

⁴² GARCÍA ALBERO, R., «La tutela penal y administrativa de la salud de los consumidores en materia alimentaria. Consideraciones críticas en torno a su articulación jurídica», *Revista Jurídica de Cataluña*, nº 4, 1990, p. 100.

principal objeto de ataque la salud pública, sino que destaca sobre todo su carácter económico"⁴³ ⁴⁴.

Por último, sobre el patrimonio parece que están las posiciones doctrinales definidas, lo cual no impide unas consideraciones en torno al mismo, dadas las consecuencias prácticas que tienen algunos aspectos que definen el patrimonio como bien jurídico tutelado. En sede de ejemplo, entender aquél como unidad o como suma de elementos incide en la solución a dar a la denominada «compensación patrimonial», cuestión de enorme trascendencia en el tipo especialmente cualificado de estafa objeto de nuestra investigación, pues en este caso se suele afirmar que se trata de un supuesto de «compensación patrimonial incompleta».

3.2) PROPIEDAD VERSUS PATRIMONIO

Aunque la rúbrica del Título XIII del Libro II del Código Penal sea "De los delitos contra la propiedad", esto no debe llevar a afirmar, sin más, que la propiedad es el bien jurídico protegido en los diferentes tipos

⁴³ SAINZ CANTERO, J.A., «Criminología de los fraudes de alimentos», *Estudios Penales y Criminológicos*, t. VI, 1983, p. 271.

⁴⁴ Cuestión, por otro lado, sobre la que volveremos al tratar en el Capítulo siguiente el delito alimentario nocivo.

Capítulo I.- Bien jurídico protegido

contenidos en el mencionado Título y, en concreto, en la estafa. Y ello por diferentes razones:

- En primer lugar, porque la finalidad de las rúbricas no es esa, sino, simplemente, facilitar la búsqueda e individualización de esos delitos⁴⁵.
- En segundo lugar, porque de un examen de los tipos contenidos en el Título XIII se comprueba que la propiedad, tal como la entendemos en su estricto sentido jurídico-privado⁴⁶, esto es, como «derecho real de propiedad», no es el único derecho que se protege, ni son sólo derechos lo que se protege, sobre todo, en la estafa. Precisamente por este motivo, la práctica totalidad de la doctrina prefiere utilizar otro concepto que sí engloba los diferentes institutos que pueden ser objeto de ataque, a saber: el patrimonio.
- En tercer lugar, si lo que protege en el tipo de estafa es la propiedad, con base en el artículo

⁴⁵ Vid. VALLE MUÑIZ, J.M., *El delito de estafa*, Bosch, Barcelona, 1987, p. 77.

⁴⁶ Según el artículo 348 del Código Civil, la propiedad se define como "el derecho a gozar y disponer de una cosa sin más limitaciones que las establecidas en las leyes".

Capítulo I.- Bien jurídico protegido

532.1º del Código Penal⁴⁷, "se daría el supuesto insólito en Derecho Penal de que el titular del bien jurídico protegido y el sujeto activo del delito coincidan en una misma persona: se castigaría, por tanto, como reo de un delito contra la propiedad, al propietario mismo"⁴⁸.

La razón por la que en nuestro Código impera esa concepción privatista se debe a que en el momento de la Codificación imperaba un sistema económico que hacía girar todo en torno a la propiedad: estructuraba las clases sociales, las relaciones económicas, etc. en función de ella. En definitiva, un sistema en donde la propiedad jugaba un papel esencial⁴⁹. A ello hay que sumar, indudablemente, la superada discusión sobre la recepción por el Derecho Penal de los conceptos provenientes del Derecho Civil⁵⁰.

⁴⁷ El citado precepto establece que "incurrirá en las penas señaladas en el artículo anterior: 1º. El dueño de una cosa mueble que la sustrajere de quien la tenga legítimamente en su poder con perjuicio del mismo o de un tercero".

⁴⁸ MUÑOZ CONDE, F., *Derecho Penal. Parte Especial*, cit., p. 195.

⁴⁹ Cfr. BUSTOS RAMÍREZ, J., *Manual de Derecho Penal. Parte Especial*, 2ª edic., Ariel, Barcelona, 1991, p. 190.

⁵⁰ Vid., en la literatura clásica, ANTÓN ONECA, J., «Las estafas y otros engaños», *Nueva Enciclopedia Jurídica*, vol. IX, separata, Francisco Seix (ed.), Barcelona, 1957, p. 12; CASTEJÓN Y MARTÍNEZ DE ARIZALA, F., *Teoría de la continuidad de los derechos penal y civil*, Bosch, Barcelona, 1949; ROCCO, A., «L'oggetto del (continúa...)

Capítulo I.- Bien jurídico protegido

No obstante, hay algunos autores⁵¹ que prefieren utilizar el término propiedad⁵², aun cuando tienen que desvirtuar su propio sentido privatístico, ampliándolo hasta hacerlo coincidir, de hecho, con el concepto de patrimonio⁵³. En este mismo sentido se manifiesta LÓPEZ HERNÁNDEZ, el cual rechaza el concepto propiedad "ya que

50 (...continuación)

reato e della tutela giuridica penale. Contributto alle teorie generali del reato e della pena», *Nuove collezione di opere giuridiche*, Fratelli Bocca, Milano-Torino-Roma, 1932, p. 32; SILVA MELERO, V., «Relaciones entre el Derecho Civil y el Derecho Penal (introducción a su estudio)», *Anuario de Derecho Penal*, t. I, fasc. II, 1948, pp. 246 y ss.; el mismo, *Tecnicismo jurídico civilista en el Derecho Penal*, Publicaciones de la Universidad de Oviedo, Oviedo, 1950, pp. 35 y ss.; QUINTANO RIPOLLÉS, A., *Tratado de la Parte Especial del Derecho Penal*, t. II (infracciones patrimoniales de apoderamiento), 2ª edic. puesta al día por C. García Valdés, Edersa, Madrid, 1977, pp. 2 y ss.

No cabe duda que hoy la doctrina mayoritaria entiende que se trata de una mera cuestión de interpretación teleológica. Así lo sostienen, en la doctrina española, VALLE MUÑIZ, J.M., *El delito de estafa*, cit., p. 75, y en la doctrina italiana, ANTOLISEI, F., *Manuale di Diritto Penale. Parte Speciale*, t. I, 10ª edic. revisada y puesta al día por L. Conti, Giuffrè, Milano, 1992, p. 218.

51 Caso de CUELLO CALÓN, E., *Derecho Penal. Parte Especial*, t. II, vol. II, 14ª edic. (reimpresión) revisada y puesta al día por C. Camargo Hernández, Bosch, Barcelona, 1980, p. 928; PUIG PEÑA, F., *Derecho Penal. Parte Especial*, 7ª edic., Madrid, 1988, p. 623; RODRÍGUEZ DEVESA, J.M., *Derecho Penal español. Parte Especial*, 14ª edic. revisada y puesta al día por A. Serrano Gómez, Dykinson, Madrid, 1991, p. 372.

52 Alude RODRÍGUEZ DEVESA, J.M., ult. cit., p. 372, "a la cuestión ética y constitucional que late en el fondo de la construcción de estos delitos, implicando el que, en principio, el derecho a la propiedad es un derecho natural reconocido por las leyes y no un mero producto de ellas". Vid. un estudio más detallado en el mismo, «Consideraciones generales sobre los delitos contra la propiedad», *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, t. XIII, fasc. I, 1960.

53 A pesar de que engloba todos los tipos patrimoniales bajo la rúbrica «delitos contra el patrimonio», afirma PUIG PEÑA, F., ult. cit., p. 623, que la estafa es un delito contra la propiedad, aunque la entiende "en un sentido amplio, comprensiva no sólo de la relación de propiedad en sentido estricto, sino de la posesión -aun en su forma simple de mera tenencia- y derechos reales en general y aun de ciertos derechos provenientes de obligaciones" (p. 551).

Capítulo I.- Bien jurídico protegido

por mucha amplitud que se le quiera dar al término no pasará de ser lo que es, un derecho particular, el cual por extensión y siempre de modo impropio, podrán asimilárseles otros derechos que se hallen en más o menos íntima relación con él, pero jamás podrá ser entendido en el sentido amplio con que se viene considerando el patrimonio, como conjunto de bienes, derechos y obligaciones"⁵⁴.

En síntesis, el término correcto que expresa el bien jurídico protegido es «patrimonio», coincidiendo con GUTIÉRREZ FRANCÉS en que esta discusión ha sido, en todo caso, más terminológica y formal que de fondo⁵⁵.

3.3) PATRIMONIO COMO UNIVERSALIDAD O COMO SUMA DE ELEMENTOS

Partiendo de la premisa que la lesión del patrimonio consiste en una disminución económica⁵⁶, la discusión

⁵⁴ LÓPEZ HERNÁNDEZ, G., «Sobre la tutela penal del patrimonio», *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, t. XVIII, fasc. III, 1966, p. 513.

⁵⁵ GUTIÉRREZ FRANCÉS, M.L., *Fraude informático y estafa*, cit., p. 216.

⁵⁶ BAJO FERNÁNDEZ, M., «El delito de estafa», *Comentarios a la legislación penal*, t. V, vol. 2*, Edersa, Madrid, 1985, p. 1160, fundamenta, acertadamente, que la lesión del patrimonio consiste en una disminución económica del mismo en dos razones: la primera, que
(continúa...)

Capítulo I.- Bien jurídico protegido

se centra ahora en dilucidar si el patrimonio lo entendemos como suma de elementos o si, por el contrario, lo consideramos como unidad, globalmente.

Un sector de la doctrina⁵⁷ entiende el patrimonio en el primer sentido, como suma de los diferentes elementos que lo componen, de suerte que el tipo se cumple con la salida del patrimonio de un bien -con determinadas características- como consecuencia de la disposición patrimonial del engañado, y el que "eventualmente, dicha detracción no provoque una disminución del valor total del patrimonio resulta

⁵⁶(...continuación)

el criterio utilizado por el Código para distinguir el delito y la falta es la cuantía de lo defraudado -30.000 pesetas-, de acuerdo con lo establecido en el artículo ; y la segunda, que la gravedad del valor económico de lo defraudado constituye un elemento importante para la determinación de la pena, de acuerdo con el artículo 529.7º: "Son circunstancias que agravan el delito a los efectos del artículo anterior: 7ª. Cuando revistiere especial gravedad atendido el valor de la defraudación".

⁵⁷ Vid., entre otros, BUSTOS RAMÍREZ, J., *Manual de Derecho Penal. Parte Especial*, cit., p. 225; DÍAZ PALOS, F., «Infracciones contra el patrimonio», *Revista Jurídica de Cataluña*, nº extra, 1980, p. 54; GONZÁLEZ RUS, J.J., *Manual de Derecho Penal. Parte Especial* (II. Delitos contra la propiedad), Edersa, Madrid, 1992, p. 193; MARTOS NÚÑEZ, J.A., *El perjuicio patrimonial en el delito de estafa*, Civitas, Madrid, 1990, pp. 46 y 47; MUÑOZ CONDE, F., *Derecho Penal. Parte Especial*, cit., p. 275; RODRÍGUEZ DEVESA, J.M., *Derecho Penal español. Parte Especial*, 14ª edic., cit., p. 499; TORÍO LÓPEZ, A., «Acción y resultado típico en la estafa procesal», *Estudios Penales. Libro homenaje al Prof. J. Antón Oneca*, Universidad de Salamanca, Salamanca, 1982, p. 898; VALLE MUÑIZ, J.M., *El delito de estafa*, cit., p. 88; VIDALES RODRÍGUEZ, C., «Protección penal del patrimonio ilícito: el supuesto de drogas tóxicas, estupefacientes y sustancias psicotrópicas», *Poder Judicial*, nº 30, 1993, p. 164; VIVES ANTÓN, T.S. en VIVES ANTÓN, T.S. y otros, *Derecho Penal. Parte Especial*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1993, p. 797.

Capítulo I.- Bien jurídico protegido

irrelevante"⁵⁸. Esto implica que el perjuicio se determina por el valor del elemento en concreto defraudado, "siempre que la contraprestación recibida sea, aisladamente considerada de inferior valor económico"⁵⁹.

Los argumentos que se esgrimen para tal entendimiento son: en primer lugar, que el objeto material del delito sólo puede ser un bien que integre el patrimonio. Por ello, se afirma que "la constatación empírica del objeto material atacado parece exigir la configuración del patrimonio como un conjunto o suma de bienes"⁶⁰. Pero, como veremos a continuación, el objeto material y el objeto jurídico son realidades claramente diferenciadas con finalidades y problemas propios, de suerte que, necesariamente, el objeto material no implica el objeto jurídico⁶¹.

En segundo lugar, que si la determinación del perjuicio tiene lugar valorando la disminución económica

⁵⁸ VIVES ANTÓN, T.S., ult. cit., p. 797.

⁵⁹ *Ibidem*, p. 910.

⁶⁰ VALLE MUÑIZ, J.M., *El delito de estafa*, cit., p. 88.

⁶¹ Vid., por todos, MIR PUIG, S., «Objeto del delito», cit., pp. 764 y ss.

Capítulo I.- Bien jurídico protegido

total del patrimonio antes y después del acto de disposición, "cabrían dentro del perjuicio también los efectos perjudiciales derivados sólo de un modo indirecto de la disposición del engañado"⁶². Pero como pone de manifiesto GUTIÉRREZ FRANCÉS, esta objeción es fácilmente salvable si se fija con precisión el momento de consumación del delito, de forma que todos aquellos perjuicios que tengan lugar una vez llevado a cabo el acto de disposición que ha generado la pérdida valorable del patrimonio, "quedan fuera del delito y son irrelevantes para el Derecho Penal, aunque puedan ocasionar responsabilidad civil"⁶³. En definitiva, una cosa es la lesión del patrimonio y otra las consecuencias de dicha lesión: la primera es merecedora de pena, mientras que la segunda integra la responsabilidad civil.

En tercer lugar, "que el dolo del autor va referido a un acto de disposición concreto, con independencia de las consecuencias patrimoniales derivadas que pueda tener en el patrimonio del sujeto pasivo globalmente

⁶² VALLE MUÑIZ, J.M., ult. cit., p. 88. En igual sentido, GONZÁLEZ RUS, J.J., *Manual de Derecho Penal. Parte Especial*, cit., p. 193.

⁶³ GUTIÉRREZ FRANCÉS, M.L., *Fraude informático y estafa*, cit., p. 219.

considerado"⁶⁴. Frente a ello hay que advertir que el dolo del autor debe abarcar -sobre todo para aquel sector doctrinal que como él distinguen el acto de disposición del perjuicio- todos los elementos del tipo objetivo, por lo que dicho elemento subjetivo debe alcanzar también al perjuicio patrimonial, de suerte que el agente debe conocer y querer el detrimento inherente al acto de disposición para poder subsumir la conducta en el tipo de estafa.

En cuarto lugar, que sólo desde la consideración del patrimonio como suma de elementos "puede valorarse la desventaja en la posición jurídica respecto a la cosa"⁶⁵. Al respecto hay que admitir que, si bien es cierto que para la determinación del perjuicio no hay que atender exclusivamente a la disminución patrimonial desde una perspectiva económica, sino también jurídica, no alcanzamos a comprender la incidencia que tiene tal cuestión en orden a entender el patrimonio como unidad o como suma de elementos, pues cualquiera que sea la tesis que se sostenga, es evidente que la estafa supone una

⁶⁴ GONZÁLEZ RUS, J.J., *Manual de Derecho Penal. Parte Especial*, cit., p. 193.

⁶⁵ *Ibidem*.

Capítulo I.- Bien jurídico protegido

lesión de la posición jurídica del sujeto pasivo respecto de la cosa.

Un último argumento lo extrae esta corriente doctrinal del propio artículo 528, "al conectar el perjuicio directamente con el concreto acto de disposición patrimonial (acto de disposición en perjuicio)"⁶⁶, olvidando que la conexión debe existir porque como se reconoce, "en la estafa es imprescindible la causación de un perjuicio económico efectivo como consecuencia del acto de disposición patrimonial"⁶⁷. Además, como ya hemos tenido ocasión de manifestar y acabamos de reiterar⁶⁸, no creemos posible hablar de cuatro elementos conformadores del tipo objetivo pues, como todo tipo penal, la estafa consta de una conducta (el engaño idóneo) y un resultado (el acto de disposición patrimonial perjudicial)⁶⁹, de suerte que la conexión aludida no es otra que la lógica que debe existir respecto de la nota que adjetiviza, por así decir, al resultado.

⁶⁶ *Ibidem.*

⁶⁷ *Ibidem*, p. 194.

⁶⁸ Vid. *infra*, con profusión, el análisis del tipo objetivo positivo en el Capítulo siguiente.

⁶⁹ Al margen de posteriores consideraciones sobre la existencia de un segundo objeto jurídico.

Capítulo I.- Bien jurídico protegido

Por el contrario, para otro grupo de autores⁷⁰, al que nos adherimos, el patrimonio debe ser considerado como *universitas iuris*, como unidad, pues "si la estafa se consuma en cuanto existe un perjuicio patrimonial -no cuando se lesione un derecho o elemento integrantes del patrimonio-, es obvio que las miras del legislador están puestas en la totalidad del patrimonio"⁷¹. Y los argumentos que manejan entendemos que son decisivos, pues se afirma que la lesión se produce en un elemento concreto⁷², lo cual es evidente, pero como destaca BAJO FERNÁNDEZ⁷³, no debe confundirse el «objeto material» sobre el que recae la acción, "que indudablemente sólo

⁷⁰ Vid., entre otros, ANTON ONECA, J., «Las estafas y otros engaños», cit., p. 2; BAJO FERNÁNDEZ, M., «El delito de estafa», cit., pp. 1160 y ss.; ELGUERO MERINO, J.M., *La estafa de seguro*, Montecorvo, Madrid, 1988, p. 118; GUTIÉRREZ FRANCÉS, M.L., *Fraude informático y estafa*, cit., pp. 219 y 220; QUERALT JIMÉNEZ, J.J., *Derecho Penal español. Parte Especial*, 2ª edic., José Mª Bosch, Barcelona, 1992, p. 299; ROMEO CASABONA, C.M., *Poder informático y seguridad jurídica*, Fundesco, Madrid, 1987, p. 58; SERRANO-PIEDECASAS FERNÁNDEZ, J.R., *La estafa en el contrato de seguro*, cit., p. 90, nota 58; ZUGALDÍA ESPINAR, J.M., *Delitos contra la propiedad y el patrimonio*, Akal, Madrid, 1988, pp. 52 y ss.

En la doctrina italiana, vid. ANTOLISEI, F., *Manuale di Diritto Penale. Parte Speciale*, cit., p. 221; MANTOVANI, F., *Diritto Penale. Parte Speciale (delitti contro il patrimonio)*, Cedam, Padova, 1989, pp. 19 y 20.

⁷¹ BAJO FERNÁNDEZ, M., ult. cit., p. 1161.

⁷² Señala en este sentido ZUGALDÍA ESPINAR, J.M., *Delitos contra la propiedad y el patrimonio*, cit., p. 53, que la estafa es un delito contra el patrimonio en su conjunto, "aunque ataque en la práctica posiciones jurídicas concretas de la víctima".

⁷³ BAJO FERNÁNDEZ, M., ult. cit., p. 1161. También hace esta distinción TORÍO LÓPEZ, A., «Acción y resultado típico en la estafa procesal», cit., p. 898, aunque luego no fundamenta la misma posición que BAJO FERNÁNDEZ.

Capítulo I.- Bien jurídico protegido

puede ser un elemento integrador del patrimonio", con el «bien jurídico protegido», que es el patrimonio considerado globalmente⁷⁴.

Algún autor⁷⁵ ha localizado en la propia definición contenida en el artículo 528 otro argumento para sostener este criterio, en la medida en que carece de referencias a derechos o bienes patrimoniales concretos.

Pues bien, desde la consideración del patrimonio como unidad, para determinar el valor económico del perjuicio es necesario valorar el patrimonio globalmente antes y después del acto de disposición, pues sólo así es posible cuantificar el daño causado, a diferencia de otros tipos penales, en los que basta la lesión de un elemento integrante del patrimonio para que el delito se consuma -caso de la propiedad en el delito de hurto-, independientemente de que dicho patrimonio resulte en su conjunto disminuido. De hecho, para la protección de los

⁷⁴ Vid. una exposición sintética pero clarificadora de esta cuestión en HASSEMER, W., MUÑOZ CONDE, F., *Introducción a la Criminología y al Derecho Penal*, cit., p. 105.

⁷⁵ Cfr. ROMEO CASABONA, C.M., *Poder informático y seguridad jurídica*, cit., p. 58, nota 42.

Capítulo I.- Bien jurídico protegido

concretos elementos integrantes del mismo existen otros tipos más adecuados⁷⁶.

Detrás de esta polémica late un problema de fondo, a saber: la denominada «compensación patrimonial» y sus efectos, pues la determinación del perjuicio no va a correr igual suerte según se entienda que el patrimonio está compuesto por una suma de elementos o que se conforma como una *universitas iuris*. Ahora bien, tal como manifestamos en la Introducción, esta cuestión tiene una gran trascendencia en la modalidad de «estafa contractual» objeto de nuestra investigación, en la medida en que se ha entendido que en el tipo especialmente cualificado de estafa está presente una especie de compensación incompleta, motivo por el cual posponemos el examen de la misma al momento en que se analice el acto de disposición perjudicial⁷⁷.

En definitiva, hasta este punto, entendemos que el bien jurídico protegido es el patrimonio, considerado como unidad, consistiendo el perjuicio en una disminución

⁷⁶ BAJO FERNÁNDEZ, M., ult. cit., p. 1161, criterio que reitera en BAJO FERNÁNDEZ, M. y otros, *Manual de Derecho Penal. Parte Especial (delitos patrimoniales y económicos)*, 2ª edic., Ceura, Madrid, 1993, p. 266.

⁷⁷ Vid. *infra* el apartado 2.3.2.2.3) Capítulo siguiente.

Capítulo I.- Bien jurídico protegido

del valor total del patrimonio tomado éste antes y después del acto de disposición lesivo.

3.4) CONCEPTO DE PATRIMONIO

Ahora bien, el patrimonio puede comprender diferentes elementos en función de los requisitos exigidos respecto de los mismos, esto es, en función de la concepción que se mantenga. En general, existen tres grandes posiciones al respecto⁷⁸.

Según la concepción jurídica, pertenecen al patrimonio todos los derechos patrimoniales subjetivos de una persona.

Las críticas a esta concepción vienen determinadas porque:

⁷⁸ Sobre la concepción personal de patrimonio, vid. ROMERO BARRANQUERO, G., *Los elementos del tipo de estafa*, LEA, Buenos Aires, 1985, pp. 251 y ss., tesis a la que se adhiere ELGUERO MERINO, J.M., *La estafa de seguro*, cit., pp. 60 y ss. Vid., igualmente, MOCCIA, S., *Tutela penale del patrimonio e principi costituzionali*, Cedam, Padova, 1988, p. 62.

1º) representa una posición en una discusión ya superada acerca del carácter sancionador o autónomo del Derecho Penal⁷⁹.

2º) Es, por un lado, excesivamente amplia, pues supone incluir derechos subjetivos carentes de valoración económica y sólo poseedores de un valor afectivo, "cayendo entonces en la subjetivización del delito de estafa cuya consumación dependerá de la aceptación por el presunto perjudicado de una compensación de su derecho"⁸⁰. Y, por otro lado, es sumamente estricta, ya que se excluyen bienes de gran valor económico pero no concretados en un derecho subjetivo⁸¹.

Para la concepción económica el patrimonio está formado por todos aquellos elementos que estén en posesión del sujeto y que posean valor económico, de tal

⁷⁹ Esta concepción recoge el concepto de patrimonio proveniente del Derecho Civil, propio de aquellas posturas que le asignan al Derecho Penal un carácter meramente sancionador del Derecho Privado -vid. supra en nota 50 referencias bibliográficas al respecto-.

⁸⁰ BAJO FERNÁNDEZ, M., «El delito de estafa», cit., p. 1163. En contra, es conocido el criterio de ANTOLISEI, F., *Manuale di Diritto Penale. Parte Speciale*, cit., pp. 218 y ss., admitiendo la existencia de perjuicio respecto de cosas con puro valor afectivo, caso de la carta de una persona querida.

⁸¹ Cfr. MANTOVANI, F., *Diritto Penale. Parte Speciale*, cit., p. 15; ZANNOTTI, R., *La truffa*, Giuffrè, Milano, 1993, pp. 95 y 96.

Capítulo I.- Bien jurídico protegido

suerte que "habrá estafa siempre que disminuyan los valores económicos de esta naturaleza, ya sean efectivos, ya en perspectiva, aunque no gocen de reconocimiento por parte del Derecho"⁸²; es el caso de las «cosas que se encuentran fuera del comercio»⁸³ o de las «cosas poseídas antijurídicamente». Y es en este último supuesto donde, evidentemente, se condensan las críticas a esta concepción, pues con base en ella se cumplirá siempre el tipo en supuestos -ejemplos ya clásicos en la doctrina, por otro lado- como el del ladrón burlado por sus compinches en el reparto del botín.

En síntesis, se le critica a esta concepción su excesiva amplitud⁸⁴, así como la imposibilidad de imputar la cosa a un determinado patrimonio sin acudir a criterios jurídicos⁸⁵.

⁸² ANTÓN ONECA, J., ult. cit., p. 12. Vid., al respecto, BETTIOL, G., «Concetto penalistico di patrimonio e momento consumativo della truffa», *Giurisprudenza Italiana*, t. IV, 1947, p. 4.

⁸³ Siempre que tengan valor económico (cfr. GONZÁLEZ RUS, J.J., *Los intereses económicos de los consumidores. Protección penal*, cit., p. 260, citando como ejemplo las drogas. En sentido contrario, QUINTANO RIPOLLÉS, A., *Tratado de la Parte Especial del Derecho Penal*, t. II, cit., p. 12).

⁸⁴ Cfr. HUERTA TOCILDO, S., *Protección penal del patrimonio inmobiliario*, Civitas, Madrid, 1980, p. 34.

⁸⁵ Cfr. BAJO FERNÁNDEZ, M., PÉREZ MANZANO, M. en BAJO FERNÁNDEZ, M. y otros, *Manual de Derecho Penal. Parte Especial*, cit., p. 268.

Capítulo I.- Bien jurídico protegido

Por último, nos encontramos con la concepción económico-jurídica o mixta, según la cual el patrimonio está compuesto de todos aquellos derechos u obligaciones valorables económicamente, siempre que se encuentren integrados en el patrimonio por alguna relación jurídica. Esta concepción es la defendida por la doctrina mayoritaria⁸⁶ y acogida expresamente en alguna ocasión por el Tribunal Supremo⁸⁷.

La exigencia de que se traten de bienes con valor económico resulta evidente, pues si se aceptasen bienes con un mero valor sentimental, habría que descartar el ánimo de lucro, cuando éste es un elemento del tipo subjetivo⁸⁸; además, la punición en la estafa, como en otros delitos patrimoniales, está construida sobre el perjuicio económico⁸⁹.

⁸⁶ Vid., por todos, VALLE MUÑIZ, J.M., *El delito de estafa*, cit., pp. 82 y ss. y la bibliografía allí citada. En la doctrina italiana, vid. MANTOVANI, F., *Diritto Penale. Parte Speciale*, cit., pp. 18 y ss., si bien hay que advertir que este autor se muestra partidario de una concepción jurídico-funcional del patrimonio, cercana a la denominada concepción personal del patrimonio. Según ZANNOTTI, *La truffa*, cit., p. 97, es doctrina minoritaria en Italia la que mantiene esta concepción mixta.

⁸⁷ Sentencia de 23 de abril de 1992 (RA. 6783).

⁸⁸ Cfr. HUERTA TOCILDO, S., ult. cit., p. 37.

⁸⁹ A estos argumentos hay que sumar la crítica vertida anteriormente a la concepción jurídica, relativa a su amplitud.

Respecto a la exigencia de una relación jurídica, el problema en esta concepción surge con las «cosas poseídas antijurídicamente». En este punto nos encontramos con que la doctrina mayoritariamente⁹⁰ acepta que dichas cosas formen parte del patrimonio siempre y cuando exista un reconocimiento jurídico.

Ahora bien, es preciso determinar el grado de reconocimiento jurídico necesario para considerar a ese elemento integrante del patrimonio. Unos autores estiman que tiene que tratarse de una relación jurídica plenamente reconocida por la norma, esto es, "los bienes económicos han de estar bajo el poder fáctico del titular sin que medie desaprobación del Ordenamiento jurídico"⁹¹. Por este motivo, "en la sustracción de la cosa al ladrón, por ejemplo, no hay un delito de que éste sea sujeto pasivo, sino una renovación de la lesión padecida por el dueño"⁹², pues, como afirma HUERTA TOCILDO, "ve nuevamente violado su derecho a gozar y

⁹⁰ Vid., por todos, ANTÓN ONECA, J., «Las estafas y otros engaños», cit., pp. 12 y 13; BAJO FERNÁNDEZ, M., «El delito de estafa», cit., pp. 1194 y 1195; QUINTANO RIPOLLÉS, A., *Tratado de la Parte Especial del Derecho Penal*, t. II, cit., pp. 7 y 8.

⁹¹ TORÍO LÓPEZ, A., «Acción y resultado típico en la estafa procesal», cit., p. 896. En este sentido, afirma HUERTA TOCILDO, S., *Protección penal del patrimonio inmobiliario*, cit., p. 37, que "no basta con que el sujeto tenga una relación meramente fáctica con la cosa dotada de valor económico".

⁹² TORÍO LÓPEZ, A., ult. cit., p. 896.

Capítulo I.- Bien jurídico protegido

disponer libremente de la cosa y cada vez más comprometida la posibilidad de recuperarla"⁹³.

En definitiva, "el poseedor antijurídico de un bien económico no puede ser considerado sujeto pasivo de un delito patrimonial por la sencilla razón de que dicho bien, obtenido en contra del Derecho, no forma parte de su patrimonio, sino que sigue perteneciendo al patrimonio del injustamente despojado"⁹⁴.

Frente a esta postura, se argumenta, acertadamente, que en la estafa al ladrón no se puede afirmar que el delito tiene lugar contra el patrimonio del propietario, cuando dicho patrimonio ha permanecido inalterado antes y después de la estafa⁹⁵.

Si efectivamente el patrimonio lesionado fuese el del propietario, se estaría configurando el daño patrimonial como una «ficción», pues se trataría de la lesión de un patrimonio que, en realidad, no ha sufrido

⁹³ HUERTA TOCILDO, S., ult. cit., p. 39.

⁹⁴ *Ibidem*, p. 38.

⁹⁵ Vid. BAJO FERNÁNDEZ, M., «El delito de estafa», cit., p. 1164.

Capítulo I.- Bien jurídico protegido

un ataque y, por lo tanto, no ha disminuido su valor⁹⁶. Precisamente por eso, autores como BAJO FERNÁNDEZ estiman que pertenece al patrimonio todo bien valorable económicamente con tal que revista «apariencia jurídica»⁹⁷, pues "el poder fáctico sobre las cosas tiene siempre una cierta protección del Derecho"⁹⁸.

Ciertamente, coincidimos con GONZÁLEZ RUS en buscar el fundamento en el ordenamiento civil, el cual protege a todo detentador en relación a la cosa poseída frente a un ataque de tercero, aun cuando no tenga efectivamente un derecho sobre ella, y aun cuando el perturbador sea el propietario⁹⁹. Además, "que la situación del que se apropió de la cosa queda protegida, incluso ante el propietario, lo confirma el propio artículo 464 del Código Civil"¹⁰⁰, en donde se regulan las posesiones a

⁹⁶ Vid. VALLE MUÑIZ, J.M., *El delito de estafa*, cit., p. 86. Se suma a este entendimiento SERRANO-PIEDecasas FERNÁNDEZ, J.R., *La estafa en el contrato de seguro*, cit., p. 89.

⁹⁷ GONZÁLEZ RUS, J.J., *Los intereses económicos de los consumidores. Protección penal*, Instituto Nacional de Consumo, Ministerio de Sanidad y Consumo, Madrid, 1986, p. 262, habla, en concreto, de «pertenencia provisional». De «poder fáctico» habla GÓMEZ BENÍTEZ, J.M., *Teoría jurídica del delito (Derecho Penal. Parte General)*, reimpresión, Civitas, Madrid, 1988, p. 196.

⁹⁸ ANTÓN ONECA, J., «Las estafas y otros engaños», cit., pp. 12 y 13.

⁹⁹ GONZÁLEZ RUS, J.J., ult. cit., p. 262.

¹⁰⁰ *Ibidem*.

Capítulo I.- Bien jurídico protegido

non domino, estableciéndose en dicho precepto que el que ha perdido o ha sido privado ilegalmente de una cosa mueble, tiene el derecho a reivindicarla de quien esté en posesión de la misma. Pero no puede tomarla directamente; lo que tiene que hacer conforme a Derecho (artículo 466 del citado Código) es ejercitar la acción interdictal pertinente.

En cualquier caso, como señala VALLE MUÑIZ, "parece realmente difícil admitir que el hurto es un delito de enriquecimiento, esto es, que produce un aumento - antijurídico- del patrimonio del sujeto activo para, seguidamente, negar el perjuicio en el despojo defraudatorio de la cosa hurtada"¹⁰¹, el cual genera también un incremento ilícito del patrimonio del estafador.

En definitiva, el bien jurídico protegido es el patrimonio globalmente considerado, compuesto de todos aquellos bienes con valor económico afectos al patrimonio del titular por su apariencia jurídica.

¹⁰¹ VALLE MUÑIZ, J.M., *El delito de estafa*, cit., p. 86.

3.5) CONCLUSIONES

Que en el delito de estafa subyace un interés patrimonial de carácter individual es algo indubitado, no existiendo, por tanto, polémica al respecto.

Decíamos al principio de este epígrafe que al interés patrimonial se le otorga una gran relevancia, y una buena prueba de ello la constituye el sistema de cuantías para la diferenciación entre el delito y la falta, aunque este criterio puede ser puesto en tela de juicio en la medida en que un gran número de estafas de pequeña cuantía puede generar, y de hecho lo hace, unos perjuicios considerables¹⁰². Además, ese sistema supone asignarle un papel preponderante al desvalor del resultado -el perjuicio patrimonial-, en detrimento del desvalor de la acción¹⁰³.

¹⁰² Cfr. GONZÁLEZ RUS, J.J., ult. cit., p. 254.

¹⁰³ Vid. en este sentido, con abundantes ejemplos respecto a la legislación anterior, MUÑOZ CONDE, F., «La reforma de los delitos contra el patrimonio», *Documentación Jurídica*, nº 37/40, monográfico dedicado a la PANC, vol. I, 1983, p. 670; QUINTERO OLIVARES, G., «La política penal para la propiedad y el orden económico ante el futuro Código Penal español», *Estudios Penales y Criminológicos*, t. III, 1979, pp. 202 y 203.

Capítulo I.- Bien jurídico protegido

En síntesis, de un lado, el patrimonio como bien jurídico nunca ha sido discutido¹⁰⁴. Se han discutido aspectos del mismo, pero el ataque al patrimonio ha sido evidente, "y si algunos escritores no lo mencionan, señalando solamente la defensa de la buena fe, es porque dan a aquél por supuesto, omitiendo lo genérico para subrayar lo específico"¹⁰⁵.

De otro lado, partiendo de que la lesión del patrimonio consiste en una disminución económica, éste debe ser entendido no como suma de elementos sino como unidad, integrado por todos aquellos bienes que sean valuales económicamente y que gocen, respecto del titular, de una aparente vinculación jurídica.

¹⁰⁴ Obviamente, desde que dicha figura adquirió autonomía. Una exhaustiva exposición de la evolución histórica del delito de estafa desde el Derecho Romano hasta la actualidad en VALLE MUÑIZ, J.M., *El delito de estafa*, cit., 23 y ss.

¹⁰⁵ ANTÓN ONECA, J., «Las estafas y otros engaños», cit., p. 2.

4) LA SEGURIDAD DEL TRÁFICO ECONÓMICO-JURÍDICO COMO BIEN JURÍDICO PROTEGIDO

4.1) INTRODUCCIÓN

En una lectura rápida pudiera parecer que la determinación del bien jurídico en la estafa es un «tema superado», toda vez que se hace una referencia casi exclusiva al patrimonio como objeto jurídico, de suerte que el discurso en esta sede pudiera entenderse agotado; sólo restaría posicionarse respecto de algunas cuestiones, tales como la existencia de una finalidad político-criminal que atendería a otros intereses distintos del interés patrimonial individual.

Sin embargo, en un mínimo acercamiento se percibe que el tema no está ni mucho menos zanjado. Y no puede ser de otro modo, en la medida en que es la realidad social -de acuerdo con el criterio mayoritario de la colectividad- la que dota de contenido al bien jurídico, y aquélla es fluctuante, pues la sociedad evoluciona y, en este proceso, sus necesidades varían¹⁰⁶. Siendo

¹⁰⁶ Cfr. todo esto con las apreciaciones de BERMEJO VERA, J., «Aspectos jurídicos de la protección del consumidor», *Revista de Administración Pública*, nº 87, 1978, pp. 271 y 272, hablando, precisamente, de la estafa.

evidente que el patrimonio se halla ligado de forma intensa a la persona, todo lo que a él concierne será siempre sensible a la evolución de ésta.

En este contexto no deja de resultar paradójico que "siendo hoy la estafa algo nuevo (porque nueva es la realidad en que se desarrolla, porque son nuevas las formas y los sujetos, y porque nuevo es el marco de su regulación)"¹⁰⁷, se siga trabajando conforme a unas estructuras que en absoluto se adecuan a la realidad y, por ende, obsoletas.

Esa nueva realidad viene caracterizada por una profunda transformación de las relaciones de consumo. Como tendremos ocasión de analizar, se asiste a un proceso de masificación del consumo en una suerte de participación colectiva en el mercado desde la posición de consumidor. Pero al contrario de lo que pudiera parecer, los consumidores no son ni mucho menos la parte fuerte, existiendo un absoluto consenso en torno a considerar a éstos como la «parte débil» de aquellas

¹⁰⁷ GUTIÉRREZ FRANCÉS, M.L., *Fraude informático y estafa*, cit., p. 225.

relaciones¹⁰⁸. Esta situación de debilidad permite que algunos empresarios pretendan obtener ganancias de una manera mucho más fácil, defraudando.

Los fraudes en el ámbito de las relaciones de consumo, debido a una serie de factores entre los que cabe destacar un progresivo debilitamiento de los frenos inhibitorios por parte de determinados empresarios¹⁰⁹, se han generalizado hasta unos límites ciertamente alarmantes. Buena prueba de ello la constituye la expansión que experimentan las asociaciones de

¹⁰⁸ En la doctrina son constantes las referencias a los consumidores como la "parte débil" (vid. BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, A., «La protección de los legítimos intereses económicos de los consumidores», *Estudios jurídicos sobre protección de los consumidores, Tecnos*, Madrid, 1987, pp. 141 y 145).

Si bien es cierto que la impresión entre los consumidores de que son la parte débil de las relaciones de consumo va disminuyendo con el paso de los años, recientes estudios estadísticos acreditan que aún es mayoritaria aquella opinión [cfr. CASTRO GIL, N., MONTERO BOBILLO, F., «Opiniones y actitudes del consumidor español» (encuestas), *Estudios sobre Consumo*, nº 23, 1992].

¹⁰⁹ Como ejemplo genérico basta citar el empleo cada vez más generalizado de técnicas de venta calificadas como «agresivas» (cfr. BERMEJO VERA, J., ult. cit., p. 273), caso del ofrecimiento de regalos o primas, que persiguen presionar indebidamente a los consumidores para que contraten (vid. BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, A., «Significado de la ley y requisitos generales de la acción de competencia desleal», *La regulación contra la Competencia Desleal en la Ley de 10 de enero de 1991*, coord. por A. Bercovitz, Boletín Oficial del Estado y Cámara de Comercio e Industria de Madrid, Madrid, 1992, pp. 26, 30 y 34).

Una de los dos principales motivos por los que se produce la situación de indefensión de los consumidores frente a los abusos de los industriales y comerciantes es, de acuerdo con la población encuestada (en CASTRO GIL, N.; MONTERO BOBILLO, F., ult. cit.), la picaresca de los empresarios.

En todo caso, no deja de resultar altamente expresivo el hecho de que los consultados localizan en la falta de control de la Administración la otra principal razón que provoca la falta de protección de los consumidores, cuestión ésta sobre la que volveremos más adelante.

Capítulo I.- Bien jurídico protegido

consumidores y usuarios, con publicaciones que pretenden alertar sobre posibles fraudes¹¹⁰, al margen de la creación de entidades de información y defensa de los consumidores por parte de las propias Administraciones Públicas, cuyo mejor exponente lo constituye las oficinas municipales de información al consumidor creadas por los respectivos ayuntamientos.

Es empíricamente constatable la desconfianza de los consumidores cuando, por ejemplo, en los grandes superficies se pone a disposición del público aparatos para comprobar los pesos asignados a sus compras¹¹¹. De hecho, si no se entendiese así, no se justifica la existencia de tales medidas, de suerte que si existen es porque aquella desconfianza también existe.

Dado el carácter masivo de la contratación de bienes y servicios, las defraudaciones van a afectar a toda la

¹¹⁰ Aunque la realidad demuestra que el grado de difusión de estas publicaciones especializadas no es ni mucho menos el más óptimo. Así, según la encuesta ya mencionada [CASTRO GIL, N.; MONTERO BOBILLO, F., «Opiniones y actitudes del consumidor español» (encuestas), cit.], el 85% de los consultados afirma no conocer ninguna, y sólo un 14% conoce su existencia.

¹¹¹ sin olvidar que el hipermercado es el tipo de establecimiento que más expansión está experimentando, en detrimento de otros, caso de las tiendas de ultramarinos [cfr. CASTRO GIL, N., MONTERO BOBILLO, F., ult. cit.].

Capítulo I.- Bien jurídico protegido

generalidad, provocando la irrupción de los denominados «fraudes colectivos».

Pues bien, no cabe duda que en esas defraudaciones se afecta el patrimonio individual de cada uno de los perjudicados, provocándoles un detrimento económico cierto. Pero pudiera entenderse que esa «colectivización» del fraude puede afectar a algo más, relacionado directamente con el propio sistema económico en el que tienen lugar las relaciones de consumo. Parece indubitado que las estafas colectivas generan una gran desconfianza entre los consumidores y, en la medida en que hay desconfianza, hay inseguridad. Esto es, con la realización de esas conductas criminales pudiera pensarse que no sólo se afecta al patrimonio individual sino también a la seguridad del tráfico económico-jurídico, que por su propia naturaleza tiene carácter colectivo.

En las páginas siguientes nos vamos a detener en el análisis de ese posible interés colectivo. En el supuesto de que se constatare la existencia del mismo, el siguiente paso será intentar averiguar la aptitud del tipo de estafa para tutelar dicho interés, pero con una importante matización: junto al tipo básico y a los tipos

Capítulo I.- Bien jurídico protegido

cualificados¹¹², la estafa contiene un tipo especialmente cualificado, que tiene lugar cuando la defraudación recae sobre bienes de reconocida utilidad social y se afectan a múltiples perjudicados¹¹³, pudiendo afirmarse que, de entrada, parece que el legislador, cuando estableció esta especial cualificación, lo hizo pensando en la protección de los intereses de los consumidores, como así lo reconoce la práctica totalidad de la doctrina que se ha ocupado del

¹¹² La doctrina unánimemente considera que, tal como se encuentra configurado el artículo 529, los supuestos comprendidos en dicho precepto no son más que meras circunstancias agravantes del tipo del artículo 528, esto es, tipos cualificados, en relación a un tipo básico, entendiendo por tipo cualificado un tipo básico al que se le añade una circunstancia accidental agravatoria, de forma que los elementos esenciales vienen determinados en el tipo básico.

Para la anterior afirmación se manejan dos razones de técnica legislativa: 1ª) El artículo 529 comienza señalando que "son circunstancias que agravan el delito a los efectos del artículo anterior". 2ª) Todas las descripciones comienzan con expresiones tales como "cuando se cometa", "cuando se realice", siempre en relación a la conducta descrita en el artículo 528, tipo básico de estafa, de suerte que en cualquiera de los supuestos descritos en el artículo 529 deben concurrir todos y cada uno de los elementos que configuran el tipo de injusto básico.

No obstante, es conocida la postura de autores como BAJO FERNÁNDEZ que estiman que alguna de esas circunstancias son auténticos tipos agravados autónomos, independientes, en la medida en que se manifiestan como «estafas impropias», refiriéndose, en concreto, a las circunstancias 1ª (estafa sobre bienes de reconocida utilidad social), 2ª (estafa procesal), 3ª (estafa con abuso de firma en blanco), 4ª (estafa de seguro) y 6ª (tráfico de influencias). En consecuencia, sólo tendrían la consideración de «elementos agravatorios del tipo básico» las circunstancias 5ª (colocar a la víctima en una grave situación económica), 7ª (especial gravedad) y 8ª (múltiples perjudicados), aunque la realidad típica no permita tal configuración.

En síntesis, de *lege data*, los supuestos comprendidos en el artículo 529 no son autónomos sino dependientes.

¹¹³ A lo que habría que sumar el hecho de que, en la mayoría de las ocasiones, esas estafas son de especial gravedad, atendiendo al valor de la defraudación, en un suerte de concurrencia de la circunstancia 7ª del artículo 529.

tema¹¹⁴ y la jurisprudencia¹¹⁵. Ese reconocimiento no deja de ser altamente significativo, pues la propia doctrina admite que los consumidores han sido los injustamente olvidados en la legislación penal¹¹⁶ o, dicho en otros términos, "tanto por su *ratio essendi*, como por la propia literalidad de sus términos, el Código Penal español no ha sido formulado desde perspectivas más

114 vid., entre otros, BAJO FERNÁNDEZ, M., «El delito de estafa», cit., p. 1219; GONZÁLEZ RUS, J.J., *Los intereses económicos de los consumidores. Protección penal*, cit., pp. 313 y ss.; GUTIÉRREZ FRANCÉS, M.L., *Fraude informático y estafa*, cit., pp. 249 y 250; MARTOS NÚÑEZ, J.A., «Protección de los consumidores y usuarios», *Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense*, 1983, p. 445; QUINTERO OLIVARES, G., «Delitos contra intereses generales o derechos sociales», *Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense*, monográfico nº 6, 1983, p. 577. Incluso, también nos encontramos este reconocimiento entre constitucionalistas, caso de SEQUEIRA MARTÍN, A.J., «Defensa del consumidor y Derecho Constitucional económico», *Revista Española de Derecho Constitucional*, nº 10, 1984, p. 107.

Los autores que sostienen la aptitud de la estafa en general para tutelar los intereses económicos de los consumidores son múltiples. Vid., por ejemplo, BOIX REIG, J. en VIVES ANTÓN, T.S., BOIX REIG, J. y otros, *Derecho Penal. Parte Especial*, cit., p. 363; CARMONA SALGADO, C. en CARMONA SALGADO, C. y otros, *Manual de Derecho Penal. Parte Especial*, t. IV, Edersa, Madrid, 1994, p. 136; MANJÓN-CABEZA OLMEDA, A., «Naturaleza de las circunstancias del artículo 529 del Código Penal. La Circunstancia primera: especial referencia a las viviendas», *La Ley*, t. III, 1988, p. 849; TORÍO LÓPEZ, A., «Reflexión sobre la protección penal de los consumidores», *Estudios sobre el Derecho de Consumo*, 2ª edic., Iberdrola, Bilbao, 1994, p. 154, tesis que ya sostenía antes de la Reforma de 1983 BERMEJO VERA, J., «Aspectos jurídicos de la protección del consumidor», cit., p. 272.

115 Vid. Sentencias del Tribunal Supremo de 8 de marzo de 1989 (RA. 2553) y 13 de julio de 1993 (RA. 5925), respecto de los números 1ª y 8ª del artículo 529, respectivamente.

116 Cfr. BAJO FERNÁNDEZ, M., «El Proyecto de Código Penal y el art. 38 de la Constitución», *La reforma penal y penitenciaria*, Universidad de Santiago, Santiago de Compostela, 1980, p. 447.

o menos próximas a la preocupación tutelar de los consumidores"¹¹⁷.

La necesidad de un análisis diferenciado entre el tipo básico y el tipo especialmente cualificado viene dada porque se reconoce por la doctrina que determinados tipos cualificados de los contenidos en el artículo 529 del Código Penal son delitos pluriofensivos, esto es, tipos penales donde al lado del patrimonio se localizan otros bienes jurídicos.

4.1.1) Estado de la cuestión en la doctrina y en la jurisprudencia

En una primera aproximación a esta cuestión reviste un gran interés conocer la postura doctrinal en esta materia.

4.1.1.1) Posturas a favor de la pluriofensividad

En la doctrina extranjera nos encontramos con autores que defienden la existencia de un segundo bien

¹¹⁷ BERMEJO VERA, J., «Aspectos jurídicos de la protección del consumidor», cit., p. 264.

Capítulo I.- Bien jurídico protegido

jurídico en la estafa, caso de ANTOLISEI¹¹⁸, LEONCINI¹¹⁹ y MANTOVANI¹²⁰ -el patrimonio y la libertad personal¹²¹-, MEZGER -"mantenimiento de la verdad y de la buena fe en el tráfico patrimonial"¹²²- MANZINI -interés público en impedir el uso del engaño para inducir a otro a prestaciones útiles no debidas- o, incluso HAFTER¹²³, que relega al patrimonio a un plano secundario frente a la lealtad y la buena fe.

Por su parte, SELCUK destaca la necesidad de defender la libertad individual en la contratación, presupuesto necesario para el desarrollo de la economía, lo que va a redundar, a su vez, en el interés general. Es decir, basa el crecimiento de la economía en la libre contratación, razón por la que hay que proteger esas

¹¹⁸ ANTOLISEI, F., *Manuale di Diritto Penale. Parte Speciale*, cit., p. 298.

¹¹⁹ LEONCINI, «I rapporti tra contratto, reati-contratto e reati in contratto», *Rivista Italiana di Diritto e Procedura Penale*, 1990, p. 1034.

¹²⁰ MANTOVANI, F., *Diritto Penale. Parte Speciale*, cit., p. 160.

¹²¹ En concreto, suelen referirse a la libertad de consentimiento.

¹²² MEZGER, E., *Derecho Penal. Parte Especial*, trad. de la 4ª edic. alemana (1954) por C.A. Finzi, Bibliográfica Argentina, Buenos Aires, 1959, p. 238.

¹²³ HAFTER, *Lehrbuch des schweizerisches Strafrechts, Besonderer Teil*, 1ª parte, Berlín, 1937, p. 258 (citado por ANTÓN ONECA, J., «Las estafas y otros engaños», cit., p. 2).

relaciones económicas en la medida en que es beneficiosa para la colectividad. En ese sentido señala que "las actuaciones que vician las voluntades en las relaciones que se fundan en el consentimiento libre de las partes, ponen en peligro la solidaridad y la fe social"¹²⁴.

Pero esa preocupación por lo social sólo la considera en última instancia, pues en la estafa en concreto lo que se ataca, según este autor, es el «patrimonio» y la «personalidad intelectual de la víctima». Desde esta perspectiva, afirma que los bienes patrimoniales constituyen el objeto fundamental, pero junto a ellos se encuentra la libertad del consentimiento como objeto jurídico secundario¹²⁵.

En nuestra doctrina, ANTÓN ONECA ha afirmado la existencia de un segundo bien jurídico, señalando que la naturaleza de los medios engañosos empleados en el delito de estafa no es de por sí "motivo suficiente para una represión especial si en su empleo no existiera un daño o peligro para un interés social de importancia: la

¹²⁴ SELCUK, S., «El objeto del delito de estafa», trad. por C. Romero Sirvent, *Cuadernos de Política Criminal*, nº 28, 1986, pp. 198 y 199.

¹²⁵ *Ibidem*, p. 204.

confianza y seguridad en las relaciones jurídicas patrimoniales"¹²⁶.

FERNÁNDEZ ALBOR reconoce, cuando analiza el delito masa en la estafa, que el fin político criminal perseguido "se orienta a proteger el tráfico mercantil"¹²⁷.

QUINTERO OLIVARES apunta que el desvalor del resultado no debe circunscribirse únicamente al perjuicio económico, pues concurren otros factores como la «confianza en un sistema obligacional», reconociendo que "las diferentes penas que la estafa haya de recibir deben obedecer en su caso a fundamentos más razonables político-criminalmente"¹²⁸, entendiendo por nuestra parte que lo que este autor quiere decir, pues no se define explícitamente, es que no es razonable político-criminalmente fundamentar una más que significativa consecuencia jurídica del delito en la mera constatación de una afectación del interés patrimonial individual.

¹²⁶ ANTÓN ONECA, J., «Las estafas y otros engaños», cit., pp. 1 y 2.

¹²⁷ FERNÁNDEZ ALBOR, A., *Estudios sobre criminalidad económica*, Bosch, Barcelona, 1978, p. 48.

¹²⁸ QUINTERO OLIVARES, G., «La política penal para la propiedad y el orden económico ante el futuro Código Penal español», cit., p. 204.

Otro autor que sostiene que la estafa lesiona "la buena fe o las relaciones fiduciarias que surgen en el tráfico jurídico" es BERMEJO VERA, aunque reconoce una radical diferencia en el tráfico jurídico existente al momento de la tipificación de la estafa y el de hoy¹²⁹.

HUERTA TOCILDO, cuando analiza el artículo 257.1º del Proyecto de Código Penal de 1980, que se corresponde con el actual 529.1º, defiende el traslado de este precepto del Título dedicado a los delitos contra el patrimonio al que comprende los delitos socio-económicos, debido al interés supraindividual lesionado¹³⁰, pero no aclara ni el por qué de tal entendimiento ni cual es en concreto el interés colectivo afectado.

Algunos autores defienden el carácter pluriofensivo de la conducta típica del delito de estafa, pero no afirman que el delito sea pluriofensivo. Es decir, se sostiene que con la conducta engañosa se lesiona no sólo un interés patrimonial, sino también otro interés, pero este otro no se encuentra juridificado. Desde esta

¹²⁹ BERMEJO VERA, J., «Aspectos jurídicos de la protección del consumidor», cit., pp. 271 y 272, que toma la expresión de MUÑOZ CONDE, F., *Derecho Penal. Parte Especial*, 2ª edic., Universidad de Sevilla, Sevilla, 1976, p. 221.

¹³⁰ Vid. HUERTA TOCILDO, S., «Los delitos patrimoniales en el Proyecto de C.P. de 1980», *Cuadernos de Política Criminal*, nº 15, 1981, p. 498.

Capítulo I.- Bien jurídico protegido

perspectiva, junto al bien jurídico «patrimonio» reconocen la existencia de una finalidad político-criminal¹³¹, pero "el delito como tal se castiga en tanto lesiona un derecho patrimonial individual"¹³².

No cabe duda que ha sido GUTIÉRREZ FRANCÉS quien hasta el presente ha dedicado una mayor atención a la identificación de los intereses que subyacen en el tipo de estafa, representando en estos momentos, por la profundidad de su investigación, esa línea doctrinal que afirma el carácter pluriofensivo de la conducta típica de la estafa, en la medida en que puede identificarse un interés de carácter colectivo distinto al interés patrimonial individual¹³³; y si bien es cierto que

¹³¹ GONZÁLEZ RUS, J.J., *Los intereses económicos de los consumidores. Protección penal*, cit., p. 259, habla de la «protección del tráfico mercantil»; MUÑOZ CONDE, F., *Derecho Penal. Parte Especial*, cit., p. 275, prefiere hacer uso de la expresión «buena fe o las relaciones fiduciarias que surgen en el tráfico jurídico», tesis a la que se adhiere ROMEO CASABONA, C.M., *Poder informático y seguridad jurídica*, cit., p. 58, nota 43; VALLE MUÑIZ, J.M., *El delito de estafa*, cit., p. 103, se refiere a las «relaciones fiduciarias en el tráfico jurídico». Es de destacar que este último autor, después de establecer objeciones a la existencia de un segundo bien jurídico, señala que "debemos remarcar que el bien jurídico protegido en las estafas es, prevalentemente, el patrimonio", lo cual ha conducido a GUTIÉRREZ FRANCÉS, M.L., *Fraude informático y estafa*, cit., p. 240, nota 129, a sostener que si ese autor habla del carácter prevalente del patrimonio es que existe otro bien jurídico no prevalente.

¹³² MUÑOZ CONDE, F., ult. cit., p. 275.

¹³³ Vid. GUTIÉRREZ FRANCÉS, M.L., ult. cit., pp. 222 y ss.

concluye afirmando el carácter monoofensivo del delito, no renuncia a formular todo un conjunto de consecuencias político-criminales, algunas de las cuales van a cobrar especial significado en el presente estudio del tipo especialmente cualificado de estafa.

En la jurisprudencia, sólo se encuentran algunas sentencias anteriores a la Reforma de 1983 donde se reconoce la pluriofensividad¹³⁴, pues en la actualidad se limitan a una referencia a la afectación de la buena fe implícita en la conducta engañosa.

4.1.1.2) Posturas en contra: argumentos y réplicas

Por el contrario, son también varios los autores que niegan dicha existencia. En este sentido, afirma BAJO FERNÁNDEZ, respecto de aquellos que se basan en el engaño para sostener la existencia del bien jurídico «buena fe», que "el engaño...no juega más papel que el de circunscribir la conducta contra el patrimonio penalmente relevante"¹³⁵. De esta forma, el reproche a la conducta

¹³⁴ Caso de la Sentencia de 21 de mayo de 1977 (citada por GONZÁLEZ RUS, J.J., *Los intereses económicos de los consumidores. Protección penal*, cit., p. 259).

¹³⁵ BAJO FERNÁNDEZ, M., «El delito de estafa», cit., p. 1159.

Capítulo I.- Bien jurídico protegido

engañoso viene dado porque "de ella se deriva, mediante el acto de disposición del engañado un perjuicio patrimonial"¹³⁶.

En concreto, existe todo un conjunto de argumentos que se formulan desde un sector de la doctrina para negar la protección de un segundo bien jurídico, si bien es conveniente poner de manifiesto que tales argumentos pueden ser -y de hecho lo son- objeto de réplica. Estas respuestas, por así decir, cobran relevancia en la medida en que es importante para poder investigar la posible existencia de un segundo interés que no se niegue, de entrada, la existencia de un segundo bien jurídico.

GUTIÉRREZ FRANCÉS¹³⁷ sintetiza en los siguientes puntos los argumentos que se barajan para negar la protección de un segundo bien jurídico:

1º) se adelantan las formas imperfectas de ejecución, "ya que habría que considerar el engaño

¹³⁶ *Ibidem.*

¹³⁷ GUTIÉRREZ FRANCÉS, M.L., ult. cit., pp. 223 y 224.

Capítulo I.- Bien jurídico protegido

como resultado típico y no como modalidad de la conducta"¹³⁸.

2º) Supone otorgarle al individuo un derecho a la verdad¹³⁹.

3º) Significa concederle al sujeto "un derecho a que no abuse de su codicia o que no se abuse de su negligencia"¹⁴⁰.

4º) Se crean dificultades para diferenciar las estafas de las figuras falsarias¹⁴¹.

Pues bien, frente a tales argumentos es posible sostener las siguientes objeciones o réplicas: se manifiesta, en primer lugar, que afirmar la protección de la buena fe supone adelantar las formas imperfectas de ejecución, pues habría que considerar al engaño como resultado típico y no como un elemento del tipo. Este

¹³⁸ BAJO FERNÁNDEZ, M., ult. cit., p. 1160. A esta crítica se suma GONZÁLEZ RUS, J.J., *Los intereses económicos de los consumidores. Protección penal*, cit., p. 259.

¹³⁹ Vid. RODRÍGUEZ DEVESA, J.M., *Derecho Penal español. Parte Especial*, 14ª edic., cit., p. 499.

¹⁴⁰ BAJO FERNÁNDEZ, M., ult. cit., p. 1160.

¹⁴¹ Vid. VALLE MUÑIZ, J.M., *El delito de estafa*, cit., p. 103.

Capítulo I.- Bien jurídico protegido

argumento es perfectamente rechazable si se afirma el carácter complementario del segundo bien jurídico, de suerte que sólo es merecedora de pena aquella conducta que lesiona ese interés colectivo si se ha producido un perjuicio patrimonial, si resulta afectado el interés patrimonial individual¹⁴².

En segundo lugar, en cuanto a que supone otorgarle al sujeto un derecho a la verdad, el reconocimiento de un segundo bien jurídico ni "tiene por qué obligar a inventar derecho alguno, ni se precisa la existencia de un derecho subjetivo para afirmar la de un bien jurídico"¹⁴³.

Respecto al tercer argumento -significa concederle al individuo un derecho a que no se abuse de su codicia o de su negligencia-, reproducimos la réplica anterior.

Por último, en relación al argumento de la dificultad para diferenciar las estafas de las figuras falsarias, sólo hay que responder que, precisamente, la

¹⁴² En igual sentido GUTIÉRREZ FRANCÉS, M.L., *Fraude informático y estafa*, cit., p. 243.

¹⁴³ GUTIÉRREZ FRANCÉS, M.L., ult. cit., p. 242.

diferencia entre ambos delitos radica en los distintos bienes jurídicos que se protegen¹⁴⁴.

4.2) LA SEGURIDAD DEL TRÁFICO ECONÓMICO-JURÍDICO:
ANÁLISIS

4.2.1) Planteamiento: la necesidad de tutela específica de los intereses de los consumidores

Pretender aquí situar el punto de partida de nuestro discurso en el modelo económico consagrado en la Constitución española de 1978 es, cuanto menos, un atrevimiento no exento de grandes riesgos, pues como se ha puesto de manifiesto¹⁴⁵, cualquier modelo económico podría encontrar justificación en el Texto constitucional¹⁴⁶. Sin embargo, la realidad nos

¹⁴⁴ El equívoco que surge en algunos autores tiene lugar porque, indudablemente, el interés que se tutela con los delitos de falsedades documentales hay que ponerlo en relación con la seguridad del tráfico jurídico, pero no éste el bien jurídico protegido, sino, "la «funcionalidad del documento» en las diversas misiones que tiene que cumplir en el tráfico jurídico" (p. 134 en GARCÍA CANTIZANO, M.C., *Falsedades documentales*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1994, pp. 45 y ss.).

¹⁴⁵ Cfr. GARCÍA PELAYO, M., «Consideraciones sobre las cláusulas económicas de la Constitución», *Estudios sobre la Constitución española de 1978*, edición preparada por M. Ramírez, Pórtico, Zaragoza, 1979, *passim*.

¹⁴⁶ La bibliografía sobre el modelo constitucional es sumamente amplia. Vid., entre otros, ALZAGA VILLAAMIL, O. y OTROS, *Comentarios a las Leyes Políticas. La Constitución española de 1978*, dirigidos por O. Alzaga Villaamil, EDESA, Madrid, 1978; BASSOLS (continúa...)

Capítulo I.- Bien jurídico protegido

demuestra que estamos inmersos en un sistema competitivo de economía de mercado, si bien es cierto que existen en la realidad socioeconómica una serie de criterios limitadores o, por lo menos, correctores de aquel sistema, algunos establecidos en la propia Constitución, y otros existentes al momento de elaborarla, de suerte que ésta no podía dejar de tomar en consideración¹⁴⁷.

En cualquier caso, en el ámbito del sistema de mercado es posible identificar dos grupos de sujetos, los

¹⁴⁶ (...continuación)

COMA, M., *Constitución y sistema económico*, Civitas, Madrid, 1985; CAZORLA PRIETO, L.M., «El marco económico constitucional en el Anteproyecto constitucional: intervencionismo y planificación», *Estudios sobre el Proyecto de la Constitución*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1978; DUQUE DOMÍNGUEZ, J.F., «Iniciativa privada y empresa», *Constitución y Economía* (la ordenación del sistema económico en las Constituciones occidentales), Centro de Estudios y Comunicación Económica, Madrid, 1977; FONT GALÁN, J.I., «Notas sobre el modelo económico de la Constitución española de 1978», *Revista de Derecho Mercantil*, nº 152, 1979; GARCÍA COTARELO, R., «El régimen económico-social de la Constitución española», *Lecturas sobre la Constitución española*, t. I, coordinación de T.R. Fernández Rodríguez, Facultad de Derecho, UNED, Madrid, 1978; LOJENDIO IRURE, I.M., «Derecho Constitucional económico», *Constitución y Economía*, cit.; VALLE SÁNCHEZ, V., «Reflexiones sobre los aspectos económicos en el Anteproyecto de Constitución», *Estudios sobre el Proyecto de la Constitución*, cit.

¹⁴⁷ BAJO FERNÁNDEZ, M., «La Constitución económica española y el Derecho Penal», *Repercusiones de la Constitución en el Derecho Penal*. Semana de Derecho Penal en memoria del Profesor Julián Pereda, S.J., Universidad de Deusto, Bilbao, 1983, pp. 164 a 166, partiendo del carácter neutral de la «Constitución económica», entiende que existen dos fronteras cuyo fundamento es, ante todo, la realidad socioeconómica imperante en el momento de elaboración de la Constitución, a saber: de un lado, "aquellos intereses generales que exigen una cierta intervención estatal (pleno empleo, política fiscal, estabilidad monetaria, recursos internacionales, protección del medio ambiente, etc.) y que, por tanto, impiden retornar a un liberalismo puro"; y, de otro lado, "la imposibilidad de admitir un sistema económico de planificación total, centralizada e imperativa que ahogara cualquier iniciativa empresarial autónoma".

Capítulo I.- Bien jurídico protegido

que ofrecen bienes y servicios y los que los adquieren o usan¹⁴⁸, con sus respectivas expectativas o necesidades (pues obviamente no son los mismos los intereses de los empresarios que los de los consumidores y usuarios¹⁴⁹ 150), las cuales, en la medida en que sean lícitas y legítimas, merecen protección. Ahora bien, los intereses de ambos grupos tienen que ser acordes con el fin último de protección del sistema, evitando aquellas conductas que atenten contra el correcto funcionamiento competitivo del mercado.

148 Es indudable que caben otras clasificaciones, pero no necesariamente contradictorias con ésta (cfr. BROSETA PONT, M., «Aspectos generales para una introducción sobre el Derecho de los Consumidores», *Estudios de Derecho Mercantil en homenaje al Profesor A. Polo*, Edersa, Madrid, 1981, pp. 75 y 76).

149 Advertimos de entrada que nada más lejos de nuestra intención el pretender identificar unos derechos subjetivos. Muy por el contrario, pretendemos identificar un interés colectivo como sustrato material de un bien jurídico; lo cual no tiene que servir de excusa para buscar una diferenciación con los objetos de protección del Derecho Mercantil (cfr. BUSTOS RAMÍREZ, J., «Los bienes jurídicos colectivos», cit., p. 155), ya que si bien es cierto que no es una casualidad que la tradicional doctrina mercantil hable de derechos de los consumidores -pues conceptualiza al consumidor desde la individualidad-, se percibe una moderna corriente doctrinal que defiende la existencia de un interés colectivo o difuso sobre el conjunto de los consumidores (cfr. BROSETA PONT, M., ult. cit., p. 78). De hecho, la propia doctrina penal advierte la naturaleza colectiva de los intereses económicos y sociales de los consumidores (cfr. ACOSTA ESTÉVEZ, J.B., «Algunas consideraciones en torno a la protección penal de los consumidores: fraudes alimentarios», *Cuadernos de Política Criminal*, nº 44, 1991, p. 471; ARENAS RODRIGÁNEZ, M.P., *Protección penal de la salud pública y fraudes alimentarios*, Edersa, Madrid, 1992, p. 42; BAJO FERNÁNDEZ, M., «La Constitución económica española y el Derecho Penal», cit., pp. 167 y 168; GONZÁLEZ RUS, J.J., *Los intereses económicos de los consumidores. Protección penal*, cit., p. 49).

150 En adelante, por razones de economía, nos vamos a referir a los consumidores de bienes, debiendo tener presente que también se incluyen los usuarios de servicios.

Capítulo I.- Bien jurídico protegido

En orden a los consumidores¹⁵¹, todo el movimiento de protección a los mismos que se inicia en los años sesenta¹⁵² tiene su origen en el reconocimiento del desequilibrio existente entre las partes intervinientes en las relaciones de consumo -los grupos de sujetos antecitados-, situación de desequilibrio que nace como producto de un proceso evolutivo caracterizado por el hecho de que, en principio, existía una concentración de la actividad económica en un grupo de personas frente al resto, pero "situados entre si en relaciones de cierta igualdad, y con pautas de comportamiento comercial sujetas a un fuerte control social de la ética del capitalismo originario, la «ética protestante»"¹⁵³. Es decir, que si la buena fe, por así decir, presidía esas relaciones era en cuanto exigencia de esa ética.

¹⁵¹ Hay que advertir que el desarrollo que se va a realizar de nuestra argumentación en las páginas siguientes, tiene como hilo conductor un trabajo que entendemos esencial, por cuanto apunta las claves que nos van a permitir sostener nuestra tesis. Nos referimos a la monografía de BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, A., «Significado de la ley y requisitos generales de la acción de competencia desleal», cit.

¹⁵² En España se manifiesta en la Ley 110/1963, de 20 de julio, sobre prácticas restrictivas de la competencia; la Ley 61/1964, de 11 de junio, que aprueba el Estatuto de la Publicidad; la Ley de 17 de julio de 1965 de compraventas a plazos; y la Ley 57/1968, de 27 de julio, sobre percepción de cantidades anticipadas para la construcción y venta de viviendas (vid. BANDO CASADO, H.C., *Planteamientos básicos sobre la defensa del consumidor*, 2ª edic., Instituto Nacional de Consumo, Ministerio de Sanidad y Consumo, Madrid, 1986).

¹⁵³ ARROYO ZAPATERO, L., *Delitos contra la Hacienda Pública en materia de subvenciones*, Centro de Publicaciones, Ministerio de Justicia, Madrid, 1987, p. 53.

Capítulo I.- Bien jurídico protegido

Sin embargo, esa colectividad evoluciona hacia todo un colectivo humano que ya no se encuentra en posiciones de igualdad, a una "masa de individuos carentes de todo poder distinto del de adquirir los bienes y servicios producidos por aquéllos [los productores]: los consumidores"¹⁵⁴; teniendo en cuenta que "la ventaja económica de algunos se transforma en una desventaja jurídica para otros"¹⁵⁵.

Esa situación de desequilibrio conduce a la necesidad de dictar normas jurídicas, a las que luego se harán referencia, que restablezcan el equilibrio necesario entre ambas partes¹⁵⁶. Esto supone la

¹⁵⁴ *Ibidem*. Un análisis del proceso histórico de aparición del fenómeno consumerista en QUINTELA GONÇALVEZ, M.T., *La protección de los consumidores y usuarios y la Constitución española de 1978*, Instituto Nacional de Consumo, Ministerio de Sanidad y Consumo, Madrid, 1986, pp. 29 y ss.

Incluso, se ha llegado a afirmar, aunque entendemos que de forma exagerada, que "el viejo problema social entre empleadores y trabajadores está, en principio y en términos institucionales, bajo control. No así el Nuevo Problema Social entre los que están organizados (es decir, los productores) y los que no lo están (es decir, los consumidores)" -en DETTLING, W. y otros, *Die neue soziale Frage und die Zukunft der Demokratie*, Eichholz Verlag, Bonn, 1976, p. 86, citado por DAHRENDORF, R., *Ley y orden*, trad. de L.M. Díez-Picazo, Civitas, Madrid, 1994, p. 125-.

¹⁵⁵ DAHRENDORF, R., *ult. cit.*, p. 184.

¹⁵⁶ En la medida en que efectivamente existe una acción legislativa es sostenible la advertencia de BERMEJO VERA, J., «Aspectos jurídicos de la protección del consumidor», *cit.*, p. 255, de que no puede considerarse que los consumidores están "absolutamente desprotegidos". Pero él mismo reconoce la situación desfavorable del consumidor que justifica aquella actividad normativa, situación originada por las "graves y crecientes disfunciones" del propio sistema, tal como también hemos apuntado y este autor asume (p. 257).

(continúa...)

constatación de que el propio sistema, por sí mismo, no puede evitar las disfuncionalidades que se originan en su seno. Pero, además, se reconoce que no bastan simples normas orientadoras o directivas, sino que son necesarias normas que contengan mandatos expresos.

Esa protección a los consumidores es necesaria para la propia pervivencia del sistema, en la medida en que se entiende que los empresarios deben competir correctamente entre ellos para ofrecer los mejores productos en el mercado, pero acabando ahí su misión en este sentido, pues son los consumidores los que libremente -sin engaños- deben decidir mediante la adquisición por uno de los bienes ofertados.

Sin embargo, reiteramos que lo real dista en mucho de lo ideal, pues todo un cúmulo de razones han provocado que, incluso, se hable de la "tradicional"¹⁵⁷ situación de inferioridad e indefensión en que se encuentran los

¹⁵⁶(...continuación)

En todo caso, sería absolutamente ingenuo pensar que por existir un mandato de protección a los consumidores en nuestra Carta Magna va a desaparecer la desigualdad existente, como pudiera desprenderse de las palabras de RUIZ RICO, J.J., «Artículo 51. Defensa de los consumidores y usuarios», *Comentarios a las Leyes Políticas. La Constitución española de 1978*, dirigidos por O. Alzaga Villaamil, t. IV, Edersa, Madrid, 1987, p. 416, cuando comentando, precisamente, la aseveración hecha por BERMEJO VERA, afirma que es un error "suponer que el consumidor se encuentra, o se encontraba hasta este instante, en una situación de absoluta indefensión".

¹⁵⁷ La cursiva no está en el original.

consumidores"¹⁵⁸. Como se advertía anteriormente, los motivos por los que los intereses de los consumidores han quedado siempre postergados, o no han sido percibidos, hay que buscarlos en el sistema social, político y económico imperante durante el proceso codificador, el liberalismo económico, el cual puso su acento en la propiedad y en la libertad para contratar, limitándose el Estado a intervenir para proteger esa propiedad y esa libertad¹⁵⁹. Precisamente, un Estado que se preocupaba en exceso de lo individual, "pasando por alto o dejando en la más absoluta impunidad otros hechos perjudiciales para los intereses económicos colectivos que se producían precisamente por un abuso incontrolado de la propiedad privada y de las facultades a ella inherentes (libre iniciativa, libertad de mercado, etc.)"¹⁶⁰.

En el ámbito penal, es sumamente gráfico MUÑOZ CONDE al afirmar que "los Códigos penales decimonónicos, inspirados sin duda por esta ideología [el liberalismo económico], se

¹⁵⁸ BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, A., «Significado de la ley y requisitos generales de la acción de competencia desleal», cit., p. 16.

¹⁵⁹ En general "puso su acento en los bienes jurídicos que giran en torno a la persona" (en BUSTOS RAMÍREZ, J., «Los bienes jurídicos colectivos», cit., p. 153).

¹⁶⁰ MUÑOZ CONDE, F., «La reforma de los delitos contra el patrimonio», cit., p. 670.

caracterizan más por lo que no castigan (los «no contenidos») que por lo que castigan esta materia»¹⁶¹.

Todo ello desemboca en una situación en la que los consumidores "ni tienen la posibilidad ni la oportunidad de defender sus legítimos intereses, puesto que por sí solos o aislados no pueden juzgar la bondad de los productos, no pueden influir en el mercado y ven, además, reducida su capacidad crítica por la influencia de la publicidad"¹⁶², siendo la consecuencia de todo ello evidente: "no pueden ejercer el papel que deben desempeñar dentro del sistema económico"¹⁶³; esto es, dado el desequilibrio existente, los consumidores son incapaces de adquirir libremente, sin engaños.

¹⁶¹ MUÑOZ CONDE, F., «La ideología de los delitos contra el orden socio-económico en el Proyecto de Ley Orgánica de Código Penal», *Cuadernos de Política Criminal*, nº 16, 1982, p. 111. También en este sentido se manifiesta HUERTA TOCILDO, S., «Los delitos patrimoniales en el Proyecto de Código Penal de 1980», cit., p. 473, al afirmar que "el Código penal actualmente en vigor, fuertemente teñido en este sentido de individualismo y liberalismo, tiende a no contemplar sino la protección de intereses económicos *individuales*, prestando escasa atención a los intereses económicos *supraindividuales*".

¹⁶² BROSETA PONT, M., «Aspectos generales para una introducción sobre el Derecho de los Consumidores», cit., p. 79.

¹⁶³ BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, A., «Significado de la ley y requisitos generales de la acción de competencia desleal», cit., p. 16.

Capítulo I.- Bien jurídico protegido

Lo anterior es la manifestación de la necesidad de tutela específica de los intereses de los consumidores (su libertad e igualdad), si bien teniendo siempre presente el fin último, el interés en el correcto funcionamiento del sistema competitivo de economía de mercado; en definitiva, protegiendo a los consumidores se protege al sistema.

A ese fin responden el Derecho antitrust¹⁶⁴ y la regulación contra la competencia desleal¹⁶⁵. Éstos,

¹⁶⁴ No hay que olvidar que el Derecho antitrust supuso una profunda transformación legislativa frente al Derecho mercantil tradicional propio del liberalismo económico. Vid., en este sentido, BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, A., «La protección de los consumidores en el Derecho español», *Estudios sobre Consumo*, nº 1, 1984, p. 45.

¹⁶⁵ No cabe la menor duda que el catálogo de acciones legislativas es mucho más amplio, pero en la medida en que nos situamos en el ámbito del sistema competitivo de mercado, la Ley 3/1991, de 10 de enero, de la Competencia Desleal se torna en norma de referencia.

Desde una perspectiva sectorial, habría que incluir, por ejemplo, la Ley 50/1980, de 8 de octubre, de Contrato de Seguro (BOE nº 250, de 17 de octubre), la Ley 34/1988, de 11 de noviembre, General de Publicidad (BOE nº 274, de 15 de noviembre), la Ley 33/1984, de 2 de agosto, sobre Ordenación del Seguro Privado (BOE nº 186, de 4 de agosto), la Ley 26/1991, de 21 de noviembre, sobre contratos celebrados fuera de los establecimientos mercantiles (BOE nº 283, de 26 de noviembre), o la Ley 32/1988, de 10 de noviembre, de Marcas (BOE nº 272, de 12 de noviembre), la cual, curiosamente, sostiene en su primer párrafo de la Exposición de Motivos que "los signos distintivos...suponen...un importante mecanismo para la protección de los consumidores".

Si abandonamos el ámbito de los intereses económicos y sociales en sentido estricto y nos situamos en el de la salud y seguridad, nos encontramos con un verdadero *mare magnum* de disposiciones de muy diverso rango sobre múltiples aspectos (sólo en materia alimentaria, vid., por todos, un excelente análisis de los medios de intervención sanitaria en materia de alimentación en REBOLLO PUIG, M., *Potestad sancionadora, alimentación y salud pública*, Instituto Nacional de Administración Pública, Ministerio para las Administraciones Públicas, Madrid, 1989, pp. 161 y ss.).

(continúa...)

Capítulo I.- Bien jurídico protegido

como sostiene BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, "en cuanto instrumentos legales básicos para el funcionamiento del sistema competitivo de mercado, también sirven a los intereses de los consumidores"¹⁶⁶. Desde esta perspectiva, la cuestión a resolver es si esas normas son suficientes para una adecuada y efectiva protección de los consumidores, pues de ser así, no se podría justificar político-criminalmente la intervención del Derecho Penal, dado el principio de *ultima ratio*.

Pues bien, desde el ordenamiento mercantil se justifica, incluso, la coexistencia de una regulación que tiene entre sus finalidades la protección de los consumidores, con normas que tienen esa tutela como objeto específico, acudiendo para tal justificación a razones de política legislativa. Es el caso de la Ley de

¹⁶⁵(...continuación)

Una visión de la acción legislativa en el marco de la Unión Europea hasta 1981 en AGUILERA RAMOS, A., «La protección de los consumidores», *Revista de Derecho Mercantil*, nº 161-162, 1981, pp. 581 y ss., si bien CORRIENTE CÓRDOBA, J.A., «La protección de los consumidores en la Europa Comunitaria: de los Tratados fundacionales al de la Unión Europea (Maastricht)», *Estudios sobre el Derecho de Consumo*, 2ª edic., Iberdrola, Madrid, 1994, pp. 8 y ss., nos aporta una visión actualizada no sólo legislativa sino también en materia de jurisprudencia comunitaria.

¹⁶⁶ BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, A., «Significado de la ley y requisitos generales de la acción de competencia desleal», cit., p. 17.

Capítulo I.- Bien jurídico protegido

Competencia Desleal y la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios¹⁶⁷.

Por nuestra parte, coincidimos igualmente en que se trata de una cuestión de política legislativa, siendo la razón última que justifica tal compatibilidad la necesidad de unas normas jurídicas que den respuesta a una realidad: los consumidores son la «parte débil»¹⁶⁸ de las relaciones que se establecen en el mercado, en una suerte de reiterados atropellos por parte de los empresarios¹⁶⁹, lo cual supone que no pueden elegir libremente, sin engaños. Por este motivo, una efectiva tutela de los consumidores no puede quedar en una mera

¹⁶⁷ Cfr. BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, A., «Significado de la ley y requisitos generales de la acción de competencia desleal», cit., p. 18, en donde especifica las diferencias entre ambas normas.

¹⁶⁸ Ya hemos advertido el uso constante de esta expresión (vid. BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, A., «La protección de los consumidores, la Constitución española y el Derecho Mercantil», *Estudios jurídicos sobre protección de los consumidores*, Tecnos, Madrid, 1987, p. 28). DE ÁNGEL YÁGÜEZ, R., «La posición del consumidor y el ejercicio de sus derechos. Daños causados por productos defectuosos», *Estudios sobre el Derecho de Consumo*, 2ª edic., Iberdrola, Bilbao, 1994, pp. 58 y ss., hace unas ilustrativas reflexiones al respecto.

¹⁶⁹ Así, afirma BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, A., «Significado de la ley y requisitos generales de la acción de competencia desleal», cit., p. 16, que el movimiento de protección a los consumidores "se basa en la idea de que existe un gran desequilibrio entre el consumidor, el ciudadano normal, y las empresas, de donde resulta que éstas pueden cometer y cometen a menudo toda clase de abusos impunemente".

finalidad subyacente en una ley general, sino que requiere una acción legislativa concreta¹⁷⁰.

Situándonos momentáneamente en el ámbito penal, todas las reflexiones anteriores apuntan hacia otra: si el bien jurídico-penal no es más que un interés juridificado, cabría la posibilidad de entender que ese interés merece no sólo una formalización en el ámbito mercantil, sino también en el penal, de manera que no quede en una mera finalidad subyacente.

Por todo ello, la conclusión nos hace volver al principio: aunque toda tutela tiene que tener como norte el correcto funcionamiento del sistema competitivo de economía de mercado, esa competencia no se desarrolla en plano de igualdad, ni entre los empresarios entre sí (que a menudo no atienden a la obligación de competir¹⁷¹) ni

¹⁷⁰ De esta forma, podríamos hablar de una especie de «teoría de círculos concéntricos» que vendría a explicar la existencia de una norma particular que atiende a una finalidad concreta, la cual es también tenida en cuenta en una norma más general, con una finalidad más amplia.

¹⁷¹ "Realizando pactos o concertando comportamientos para no competir o para restringir la competencia" (en BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, A., «Significado de la ley y requisitos generales de la acción de competencia desleal», cit., p. 14).

hay igualdad entre los empresarios y los consumidores¹⁷² (pues dada la posición de fuerza en que se encuentran los primeros, no permiten a veces a los segundos elegir libremente, sin engaños¹⁷³), motivo por el cual los mecanismos de tutela tienen que ser distintos en función de los intereses a proteger¹⁷⁴.

4.2.2) Excurso: tutela integral versus tutela diferenciada de los distintos intereses de los consumidores

Una vez determinada la necesidad de establecer distintos mecanismos de protección según los intereses a tutelar sean los de los empresarios o los de los consumidores, es fácilmente apreciable que los intereses de los consumidores son de diversa índole, como el propio

¹⁷² De "tensión" entre los intereses de unos y otros habla TORÍO LÓPEZ, A., «Reflexión sobre la protección penal de los consumidores», cit., p. 143.

¹⁷³ Según BROSETA PONT, M., «Aspectos generales para una introducción sobre el Derecho de los Consumidores», cit., p. 77, "el consumidor o el usuario deben ser protegidos...por su mera condición de persona presente en el mercado que está inerte ante las empresas suministradoras de los bienes o servicios".

¹⁷⁴ Advertimos ya que esa necesidad de tutela específica se reconoce por la doctrina en el ámbito del Derecho Penal. Así se manifiesta TAMARIT SUMALLA, J.M., «La tutela penal de los intereses de los consumidores en la actividad publicitaria: problemas fundamentales», *Cuadernos de Política Criminal*, nº 41, 1990, pp. 333 y 334, respecto del delito publicitario, por ejemplo.

Capítulo I.- Bien jurídico protegido

Texto constitucional reconoce en su artículo 51¹⁷⁵, lo cual nos obliga a posicionarnos sobre la conveniencia de otorgar, si así se estimase, una tutela jurídico-penal integral de aquellos intereses, o bien una protección diferenciada; esto es, se trata de determinar si es más útil tomar en consideración las expectativas de los consumidores de forma general, sin desglosarlas, sin atender a cada una de ellas de manera individualizada, o bien otorgar una tutela distinguiendo los distintos intereses concretos en juego (salud, intereses económicos,...).

Acordar una protección penal integral supondría, para el caso de que así se conviniese, o bien construir un tipo penal genérico que contuviese un juicio de desvalor de aquellas conductas que lesionasen o pusiesen en peligro aquellos intereses, o reproducir un mismo bien jurídico en todos los tipos penales cuyas conductas típicas podrían suponer un ataque a ellos.

¹⁷⁵ Artículo 51 de la Constitución española: "1. Los poderes públicos garantizarán la defensa de los consumidores y usuarios, protegiendo, mediante procedimientos eficaces, la seguridad, la salud y los legítimos intereses económicos de los mismos.

2. Los poderes públicos promoverán la información y la educación de los consumidores y usuarios, fomentarán sus organizaciones y oirán a éstas en las cuestiones que puedan afectar a aquéllos, en los términos que la ley establezca.

3. En el marco de lo dispuesto por los apartados anteriores, la ley regulará el comercio interior y el régimen de autorización de productos comerciales".

Capítulo I.- Bien jurídico protegido

Por el contrario, otorgar una tutela penal diferenciada supondría, en primer lugar, apreciar individualmente las distintas expectativas que conforman lo que se ha venido denominando genéricamente como intereses de los consumidores; y, en segundo lugar, identificar aquellas conductas típicas que podrían suponer un ataque a la concreta expectativa tomada en consideración.

Esta cuestión está en íntima conexión con la discusión sostenida por constitucionalistas y mercantilistas en la propia conformación de los mecanismos de tutela de los consumidores. Así, para desarrollo del artículo 51 de la Constitución, el legislador optó por la vía de la promulgación de una Ley General¹⁷⁶, cuando la doctrina más autorizada entiende que esa no es la vía adecuada, pues es mucho más efectivo "dictar leyes específicas para los distintos ámbitos o en relación con los diversos problemas en que el consumidor debe ser protegido, incorporando, además, normas protectoras en las disposiciones legales que regulan cada

¹⁷⁶ Ley 26/1984, de 19 de julio, General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios (BOE nº 176, de 24 de junio).

Capítulo I.- Bien jurídico protegido

una de las instituciones jurídicas en que los consumidores pueden verse implicados"¹⁷⁷.

Que no es la vía más adecuada lo corrobora el hecho de que la protección a los consumidores se halla ubicada en la Constitución en el Capítulo III del Título I, inmediatamente después de la protección a la juventud (artículo 48), a los discapacitados (artículo 49) y a la tercera edad (artículo 50), grupos sociales respecto de los que nadie duda acerca de la necesidad de una especial atención, pero sin propugnar la elaboración de una ley general para la defensa de cada uno de ellos¹⁷⁸.

Parece obvio que, cuanto menos de *lege data*, en materia penal hay que sostener la vía de la tutela diferenciada, aunque de *lege ferenda* parece también más sostenible esta vía. Por esta razón, dado que estamos analizando los intereses que pueden subyacer en el tipo

¹⁷⁷ BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, A., «Ámbito de aplicación y derechos de los consumidores en la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios», *Estudios jurídicos sobre protección de los consumidores*, Tecnos, Madrid, 1987, p. 101.

¹⁷⁸ En todo caso, como bien advierte RUIZ RICO, J.J., «Artículo 51. Defensa de los consumidores y usuarios», cit., p. 406, es sumamente expresiva la ubicación del artículo 51 en relación a los tres preceptos inmediatamente anteriores.

Capítulo I.- Bien jurídico protegido

de estafa, nos limitamos a tomar en consideración, como base de nuestro análisis, lo que el Capítulo III de la Ley 26/1984 denomina «intereses económicos y sociales», de acuerdo con lo establecido en el artículo 51.1 de la Constitución.

4.2.3) La intervención del Derecho Penal

4.2.3.1) Introducción

Decíamos anteriormente que la exigencia de garantizar la libertad de decisión de los consumidores, evitando la desigualdad en la que se encuentran inmersos debido a las características propias del sistema competitivo -entre ellas, la contratación en masa-, eran las metas pretendidas tanto por la Ley de Competencia Desleal como por la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios, entendidas ambas normas como manifestaciones del mandato constitucional de defensa de los consumidores y usuarios¹⁷⁹.

¹⁷⁹ Sobre la trascendencia de tal mandato, vid. CASCAJO CASTRO, J.L., «Consideraciones sobre la protección constitucional de los consumidores», *Estudios sobre el Derecho de Consumo*, 2ª edic., Iberdrola, Bilbao, 1994, pp. 38 y ss.

Capítulo I.- Bien jurídico protegido

Ese mandato de nuestra Constitución hay que circunscribirlo dentro del listado de intereses de carácter económico y social que se incorporan a los textos constitucionales como manifestación de un Estado social «superado», adjetivo que no quiere poner de manifiesto la superación del Estado liberal, sino aquella efectiva incorporación que en un principio no se produce, y que al hacerlo provoca, indefectiblemente, una revisión «al alza», por así decir, del listado de bienes jurídicos a tutelar¹⁸⁰.

Hay que hacer notar que ese incremento no llega al Derecho Penal inmediatamente, esto es, no se traducen en bienes jurídico-penales, debido a un cúmulo de razones, tales como el desarrollo que experimenta el Derecho Administrativo sancionador¹⁸¹, desarrollo al que no es ajeno la necesidad de intervención de las

¹⁸⁰ Sin que ello suponga dejar de reconocer que el propio tránsito del Estado liberal al Estado social trajo consigo una transformación de la teoría del bien jurídico y, como consecuencia de todo ello, una revisión de los bienes dignos de tutela jurídica.

Advertimos nuevamente que en las líneas siguientes vamos a utilizar el trabajo de BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, I., «El medio ambiente como bien jurídico tutelado» en TERRADILLOS BASOCO, J. (coord.), *El delito ecológico*, Trotta, Madrid, 1992, como hilo conductor de nuestra argumentación, en primer lugar, por pura coherencia, pues hemos asumido íntegramente su posicionamiento en la Teoría del bien jurídico y, en segundo lugar, por el traslado que hace de ella al análisis de la protección del medio ambiente como uno de los principios rectores de la política social y económica, al igual que lo es la protección de los consumidores.

¹⁸¹ Cfr. BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, I., ult. cit., p. 43.

Capítulo I.- Bien jurídico protegido

Administraciones Públicas por propio mandato constitucional, en la medida en los intereses de los consumidores también participan en la categoría de los denominados «derechos de prestación». Así, la protección de los consumidores, dentro del marco del interés en el correcto funcionamiento del sistema competitivo de economía de mercado, es un derecho de contenido económico y social que requiere, entre otras cosas, el cumplimiento de determinadas prestaciones, encargadas en ocasiones a los propios poderes públicos.

Esta última idea se observa nítidamente en los propios enunciados de los artículos que contienen los principios rectores de la política social y económica de nuestra Constitución -"los poderes públicos aseguran...", "los poderes públicos promoverán...", "los poderes públicos mantendrán..."-, en el que no queda al margen el artículo 51, el cual comienza afirmando que "los poderes públicos garantizarán...".

Además, participan igualmente de la categoría de derechos que pretenden dar un contenido material a los principios de libertad e igualdad del individuo y, desde esta perspectiva, como destaca BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE,

Capítulo I.- Bien jurídico protegido

"son, sin duda, los que están detrás de los «principios rectores de la política social y económica» consagrados en los artículos 39 a 52 de nuestro texto constitucional"¹⁸², pues de lo que se trata, en definitiva, es que "la libertad y la igualdad del individuo y de los grupos en que se integra sean reales y efectivas", tal como establece el artículo 9.2 de la Constitución¹⁸³.

Esto se manifiesta claramente en el examen que hemos venido realizando, y se comprueba contrastando lo ahora manifestado con el primer párrafo de este apartado, relativo a la exigencia de garantizar la libertad de decisión de los consumidores, evitando la desigualdad en la que se encuentran inmersos.

4.2.3.2) Consecuencias jurídicas del mandato constitucional

La consagración constitucional de la protección de los consumidores tiene una serie de consecuencias

¹⁸² *Ibidem*, pp. 43 y 44.

¹⁸³ En igual sentido QUINTELA GONÇALVEZ, M.T., *La protección de los consumidores y usuarios y la Constitución española de 1978*, cit., p. 80.

Capítulo I.- Bien jurídico protegido

jurídicas en orden a una acción político-legislativa¹⁸⁴, siendo necesario su análisis dado que son las que nos permitirían fundamentar la necesidad de intervención penal.

En primer lugar, la protección de los consumidores debe ser contemplada "desde una perspectiva dinámica y funcionalizada para alcanzar metas superiores"¹⁸⁵, pues como hemos reiterado hasta la saciedad, protegiendo a los consumidores se protege al sistema o, si se prefiere en expresión menos sintética, se trata de tutelar los intereses de los consumidores teniendo siempre presente el fin último, el interés en el correcto funcionamiento del sistema competitivo de economía de mercado, en la medida en que es necesario para lograr una libertad e igualdad material de aquéllos.

Lo anterior no debe interpretarse, ni mucho menos, como una supeditación de los intereses individuales a los intereses colectivos, pues tanto

¹⁸⁴ Son tomadas a partir de los rasgos fundamentales para una política medio ambiental apuntados por PRATS CANUT, J.M., «Observaciones críticas sobre la configuración del delito ecológico en el Proyecto de Código Penal de 1980», *Estudios jurídicos en honor del Profesor O. Pérez-Vitoria*, t. II, Bosch, Barcelona, 1983, pp. 743 y ss., citados por BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, I., «El medio ambiente como bien jurídico tutelado», cit., p. 46.

¹⁸⁵ BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, I., ult. cit., p. 46.

Capítulo I.- Bien jurídico protegido

la protección de los consumidores como el correcto funcionamiento del sistema se sitúan en un plano macrosocial, que tiene que estar, desde una perspectiva jerárquica, en un nivel inferior al plano microsocial¹⁸⁶.

En segundo lugar, la protección de los consumidores debe ser tratada desde una perspectiva activa, no meramente defensiva. Precisamente por este motivo se prefiere la expresión «protección de...» en vez de «defensa de...», dado que implica no sólo una actitud pasiva, de defensa, sino también activa, de prevención y de obtención de los mayores logros posibles¹⁸⁷.

En tercer lugar, pone de manifiesto la íntima conexión entre la persona y sus intereses básicos, como son los económicos y sociales¹⁸⁸.

¹⁸⁶ Vid. *infra* unas reflexiones al respecto en el apartado 4.4.3) de este Capítulo.

¹⁸⁷ Cfr. MENÉNDEZ, A., «La defensa del consumidor: un principio general del Derecho», *Estudios sobre la Constitución española. Homenaje al Profesor E. García de Enterría*, vol. II, Civitas, Madrid, 1991, p. 1903, nota 3, en relación, concretamente, al uso de expresiones comprensivas del fenómeno de protección a los consumidores; con lo que, por otro lado, no deja de ser paradójico el título empleado en su trabajo.

¹⁸⁸ Aunque en un análisis global del artículo 51.1, obviamente, también entrarían en consideración otros intereses básicos del individuo como su seguridad y salud.

Capítulo I.- Bien jurídico protegido

Se ha dejado para el final la última consecuencia jurídica de la consagración constitucional de la protección de los consumidores en orden a una acción político-legislativa dado que es la que nos va a permitir, en última instancia, averiguar si existen fundamentos que justifiquen una intervención penal. Pues bien, esta cuarta característica se refiere a la necesidad de abordar la protección de los consumidores desde una perspectiva global, esto es, mercantil, administrativa, penal, etc.

A partir de una interpretación amplia, esa necesidad de protección desde una perspectiva global puede entenderse implícita en el artículo 51.1 de la Constitución cuando ordena a los poderes públicos proteger los diferentes intereses de los consumidores "mediante procedimientos eficaces". No cabe duda que una primera interpretación apunta a cuestiones de índole procesal, en la medida en que, como sostiene BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, "la experiencia diaria demuestra que de nada sirve el reconocimiento de derechos a los consumidores si no se arbitran los procedimientos que por su sencillez y su accesibilidad y eficacia puedan hacer

que la realización de aquellos derechos sea efectiva"¹⁸⁹, argumento que si bien no es compartido desde un punto de vista técnico, se reconoce por algunos su validez desde el terreno de la práctica¹⁹⁰.

Sin embargo, en la medida en que se trata de un mandato dirigido a los poderes públicos para que promuevan cualquier procedimiento que logre una eficaz tutela de los consumidores, nada impide entender que el constituyente está ordenando a aquéllos a "que se sirvan de todos los recursos de que dispone nuestro Ordenamiento jurídico y, entre ellos, si fuere necesario, acudir al Derecho penal con objeto de proteger más eficazmente estos bienes jurídicos"¹⁹¹.

De hecho, cuando MARTÍN-RETORTILLO BAQUER sostiene que lograr unos «procedimientos eficaces» es "hoy uno de los termómetros para graduar el grado de cultura y civilización de un país", en la medida en que lograr

¹⁸⁹ BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, A., «La protección de los consumidores, la Constitución española y el Derecho Mercantil», cit., p. 26.

¹⁹⁰ Así, CAZORLA PRIETO, L.M., «Artículo 51», *Comentarios a la Constitución española*, dirigidos por F. Garrido Falla, Civitas, Madrid, 1980, p. 857. En contra, RUIZ RICO, J.J., «Artículo 51. Defensa de los consumidores y usuarios», cit., pp. 417 y 418.

¹⁹¹ MARTÍNEZ PÉREZ, C., «Consideraciones en torno a la creación de un delito relativo a la publicidad engañosa», *Cuadernos de Política Criminal*, nº 22, 1984, pp. 50 y 51.

resultados satisfactorios -grado de efectividad- en la protección de los consumidores genera "una generalizada y consciente sensación de confianza entre los ciudadanos"¹⁹², es a todas luces evidente que no está pensando exclusivamente en cuestiones procesales.

Además, el carácter pluridisciplinar de la protección de los consumidores ha sido reconocido por el propio Tribunal Constitucional¹⁹³.

Pues bien, cuando iniciamos el estudio de la protección de los consumidores, lo hicimos desde el análisis de una realidad socio-económica, cual es la existencia de un sistema competitivo de economía de mercado. Ese análisis puso de manifiesto las disfunciones intrínsecas del propio modelo económico, las cuales venían a justificar la necesidad de una intervención legislativa, teniendo en cuenta, en todo momento, que se reconoce que no bastan simples normas orientadoras o directivas para la protección de los consumidores, sino

¹⁹² MARTÍN-RETORTILLO BAQUER, L., «Una panorámica de la defensa de los consumidores desde el Derecho Administrativo», *Estudios sobre el Derecho de Consumo*, 2ª edic., Iberdrola, Bilbao, 1994, p. 109.

¹⁹³ STC 62/1991 de 22 de marzo y 133/1992 de 2 de octubre.

Capítulo I.- Bien jurídico protegido

que son necesarias normas que contengan mandatos expresos¹⁹⁴. En esa línea situamos la Ley de Competencia Desleal y la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios, por hacer referencia a las que hemos venido citando¹⁹⁵.

4.2.3.3) Fundamentación de la intervención penal

Norma que contiene igualmente mandatos expresos es también el Código Penal, aunque queda por saber si esa protección jurídica debe llevarse al ordenamiento penal, pues como se ha observado¹⁹⁶, el reconocimiento constitucional de un interés conlleva la necesidad de tutela del mismo, pero no obliga al legislador a acudir a la vía penal¹⁹⁷; sólo le compele a establecer los mecanismos de protección idóneos.

¹⁹⁴ vid. BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, A., «Significado de la ley y requisitos generales de la acción de competencia desleal», cit., p. 16.

¹⁹⁵ Vid. *supra* en nota 152 algunas otras.

¹⁹⁶ Cfr. BRICOLA, F., «La disciplina penale dell'intermediazione finanziaria nella legge nº 77 del 23 marzo 1983», *Economia, banca e congiuntura*, nº 4, 1983, p. 487 (citado por TERRADILLOS BASOCO, J., *Delitos societarios*, Akal, Madrid, 1987, p. 23).

¹⁹⁷ Salvo mandato expreso, obviamente, como ocurre en el artículo 46 de la Constitución respecto a la tutela del patrimonio histórico, cultural y artístico.

"La respuesta, desde el punto de vista de una buena política legislativa, pasa por la consideración de la importancia del interés protegido y por la gravedad del ataque frente al que se emplea", siempre y cuando se constate la vigencia de los principios que rigen la intervención del Derecho Penal¹⁹⁸.

La importancia de los intereses protegidos es algo que en sentido positivo ya hemos resuelto, en la medida en que entendimos que era esencial acreditar, desde un principio, la necesidad de protección de los consumidores, lo cual queda corroborado por la ingente cantidad de normas jurídicas que de forma mediata o inmediata han tenido presente esa finalidad. En todo caso, conviene volver a reiterar que esa tutela es importante, por un lado, porque se constata una situación de desequilibrio entre las partes que intervienen en las relaciones de consumo y, por otro lado, porque protegiendo a los consumidores se protege al propio sistema.

En cuanto a la importancia y frecuencia de los ataques, en principio bastaría con hacer referencia a las

¹⁹⁸ BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, I., «El medio ambiente como bien jurídico tutelado», cit., p. 48.

experiencias personales o de personas de nuestro entorno. Así, al margen de consideraciones de carácter criminológico referidas a la no divulgación del hecho de haber sido sujetos de un engaño por razones que escapan ahora a nuestros objetivos¹⁹⁹, lo cierto es que es difícil no constatar que en alguna ocasión hemos sido sujetos de algún engaño. Cuanto menos, se hace igualmente difícil afirmar que no conocemos ninguna persona de nuestro entorno que no haya pasado por dicho trance. A todo ello habría que sumar, en orden a la frecuencia de estos ataques, las informaciones periodísticas generales -prensa, radio, televisión- y especializadas -revistas editadas por organizaciones de consumidores- que nos llegan con demasiada frecuencia, alertando sobre conductas fraudulentas llevadas a cabo de múltiples formas y en muy distintos ámbitos de las relaciones de consumo.

Sin embargo, una óptima constatación empírica parece exigir la aportación de datos concretos. En este sentido,

¹⁹⁹ Son múltiples los estudios en Sociología del Consumo que ratifican esta realidad. Vid. ALONSO, L.E., CONDE, F., *Historia del consumo en España: una aproximación a sus orígenes y primer desarrollo*, Debate, Madrid, 1994, en donde analizan diversos aspectos sobre el comportamiento de los consumidores en nuestro país. En todo caso, son varios los autores (caso de LUZÓN CÁNOVAS, A., «Publicidad y técnicas de venta en la multipropiedad. La protección del adquirente», cit., p. 71) que se refieren a los supuestos no denunciados por los perjudicados por temor a mostrar su candidez, aunque se trate de personas que, en último caso, desearía que lo supiesen, como son su familia y sus amigos.

Capítulo I.- Bien jurídico protegido

basta remitirse a las estadísticas que durante los años 1992 y 1993 ha ofrecido el Instituto Nacional del Consumo²⁰⁰ sobre "Consultas y reclamaciones recibidas en las oficinas municipales de información al consumidor y en las asociaciones de consumidores de ámbito nacional", altamente significativas tanto en lo que respecta a los sectores económicos afectados y las causas de reclamación (importancia de los ataques) como al número de reclamaciones (frecuencia de los ataques)²⁰¹.

Llegados a este punto, sólo resta delimitar el ámbito de intervención jurídico-penal, el cual, evidentemente, está supeditado a la constatación de los

²⁰⁰ Dependiente del Ministerio de Sanidad y Consumo.

²⁰¹ En cualquier caso, cuando se habla en general de la ineludible aportación de datos concretos, se hace necesario realizar algunas puntualizaciones: en primer lugar, el manejo de las estadísticas criminales, sin negar su utilidad, trae a colación el eterno problema de las «cifras negras» (cfr. DAHRENDORF, R., *Ley y orden*, cit., pp. 31 y ss.), no sólo por los delitos que quedan sin resolver, sino por el alto índice que no son denunciados y, en consecuencia, no son conocidos (cfr. DOWNES, D., *Law and Order: Theft of an Issue*, (Fabian Tract 490), Blackrose Press, London, 1983, p. 12). En segundo lugar, hay supuestos en los que puede resultar evidente la no necesidad de una constatación empírica más allá del propio conocimiento, hecho que, por otro lado, pone de manifiesto el temor que en ocasiones existe a hacer preguntas que, por su simpleza, pueda pensarse que carecen de rigor científico, cuando la Sociología del Conocimiento demuestra que ese tipo de formulaciones pueden ser perfectamente correctas (v.gr., basta con preguntarnos si nos fiamos de las ventas por catálogo). En tercer y último lugar, la endeblez de una argumentación empírica no siempre impide defender una necesaria protección penal (cfr. TERRADILLOS BASOCO, J., «Sustracción de cosa propia a su utilidad social», *Documentación Jurídica*, nº 37/40, monográfico dedicado a la PANCP, vol. 2, 1983, p. 101 y nota 8).

Capítulo I.- Bien jurídico protegido

principios que rigen en Derecho Penal²⁰². En este sentido, la primera limitación²⁰³ viene dada por el propio carácter subsidiario (*principio de última ratio*) de esta rama del ordenamiento jurídico, cuestión que, si acaso, cobra especial relevancia para nosotros debido al alto nivel de intervención de otras ramas del Derecho en la protección de los consumidores. Pues bien, si sólo es posible afirmar la vigencia del Derecho Penal cuando los otros medios de que dispone el Estado se muestran insuficientes, queda más que justificada la vía penal, pues a pesar de aquel nivel de intervención²⁰⁴, son importantes y frecuentes los ataques a los intereses económicos y sociales de los consumidores. Y todo ello en un marco que se caracteriza por el hecho de que "a los tradicionales motivos de inseguridad...se añaden los

202 Sobre esta materia, en general, vid. BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, I., ARROYO ZAPATERO, I., *Manual de Derecho Penal. Parte General*, cit., pp. 14 y ss. y 57 y ss.

203 Aunque no estamos convencidos sobre la posibilidad de establecer un orden jerárquico entre los principios limitadores del *Ius puniendi* estatal, no cabe duda que la intervención del Derecho Penal sólo se justifica en la medida en que sea necesaria para tutelar bienes jurídicos. Así, iniciamos este Capítulo recordando que la función de la norma penal es la exclusiva protección de bienes jurídicos, tal como se reconoce unánimemente (vid. MUÑOZ CONDE, F., *Introducción al Derecho Penal*, cit., p. 48).

204 El cual es reconocido por los propios consumidores, pues si en 1983 sólo un 14% de la población tenía la impresión de que los derechos de los consumidores estaban protegidos, esa cifra pasa en 1988 a un 48%, en 1989 a un 52%, y en 1991 a un 56%, cifra que en todo caso debe ser considerada aún como excesivamente baja [fuente: CASTRO GIL, N.; MONTERO BOBILLO, F., «Opiniones y actitudes del consumidor español» (encuestas), cit.].

Capítulo I.- Bien jurídico protegido

que...dimanan por defecto de actuación pública eficaz en temas que afectan al interés colectivo o a la consecución del bien común"²⁰⁵.

Aunque desborda en mucho los límites de esta investigación, parece conveniente apuntar, aunque sólo sea someramente, la necesidad de contradecir hoy por hoy el «tópico» de la mayor eficacia del sistema sancionador administrativo frente al sistema punitivo penal²⁰⁶. Esa mayor eficacia pretérita no era ajena a la inexistencia de una doctrina general que limitase de manera efectiva la potestad sancionadora de la Administración, eficiencia que, obviamente, mal se compadecía con su nivel garantista. En este sentido, la recepción por el Derecho Administrativo sancionador de los principios

²⁰⁵ PÉREZ LUÑO, A.E., *La seguridad jurídica*, Ariel, Barcelona, 1991, p. 15, que apunta igualmente que "la seguridad, en cuanto estado de cosas que permite el desarrollo normal de la vida individual y colectiva, se halla también agredida por la abdicación fáctica del poder público de responsabilidades que inmediatamente le incumben".

Es de destacar que esa misma impresión tienen los consumidores, pues de la población encuestada (en CASTRO GIL, N.; MONTERO BOBILLO, F., ult. cit.), el 61% de los consultados opina que la labor inspectora de la Administración es más bien insuficiente; y, en lo que a nosotros nos interesa, casi la mitad (el 46%) opina que el control sobre el fraude es poco o inexistente.

²⁰⁶ Según QUINTERO OLIVARES, G., «Delitos contra intereses generales o derechos sociales», cit., p. 571, "me consta que se sostiene a menudo que el sistema sancionador administrativo es más ágil, seguramente más eficaz y sus castigos incluso más contundentes". En cuanto a esta última aseveración, no hay nada que contradecir, como el propio autor reconoce.

Capítulo I.- Bien jurídico protegido

garantistas del orden penal²⁰⁷ ha supuesto, entre otras cosas, la mayor exigencia de fundamentación en los expedientes administrativos, así como decisiones anulatorias por parte de las Salas de lo Contencioso-Administrativo por el quebrantamiento de dichas exigencias.

El que sólo pueda cobrar vigencia la intervención penal frente a los ataques más intolerables se manifiesta, por otro lado, tutelando los bienes jurídicos frente a los ataques más graves o más peligrosos (*carácter fragmentario*), de suerte que de todo el conjunto de conductas que atenten contra los intereses económicos y sociales de los consumidores, el Derecho Penal sólo va a intervenir cuando el sistema competitivo de economía de mercado pueda verse afectado por determinadas conductas atentatorias de los intereses económicos y sociales de los consumidores²⁰⁸.

²⁰⁷ Lo que fue posible dado que mayoritariamente se niega una diferencia ontológica entre el ilícito penal y el administrativo (cfr., en la literatura penal, BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, I., ARROYO ZAPATERO, I., *Manual de Derecho Penal. Parte General*, cit., pp. 17 y 18, y en la administrativa, REBOLLO PUIG, M., *Potestad sancionadora, alimentación y salud pública*, cit., pp. 435 y 436).

²⁰⁸ Obviamente, entendido esto desde la perspectiva del delito de estafa.

Capítulo I.- Bien jurídico protegido

Además, es esencial destacar el papel fundamental que juega el *principio de culpabilidad*. Mientras los otros mecanismos de tutela llamados a intervenir antes que el penal prohíben toda conducta que atente, en general, contra aquel correcto funcionamiento y/o, en particular, contra los intereses de los consumidores, sin que sea necesaria en ningún caso la mala fe del autor²⁰⁹, dado que el Derecho Penal sólo puede intervenir frente a los ataques más intolerables, exige que la conducta haya sido realizada dolosamente o, cuanto menos, imprudentemente²¹⁰.

En definitiva, queda justificada político-criminalmente la intervención del Derecho Penal frente a determinadas conductas que disminuyan o impidan la participación de los consumidores en el sistema

²⁰⁹ Al margen de que en la práctica se reconozca que, en la inmensa mayoría de las ocasiones, se actúa de mala fe (vid., en este sentido, BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, A., «Significado de la ley y requisitos generales de la acción de competencia desleal», cit., p. 24).

²¹⁰ La causación del perjuicio es otra diferencia fundamental entre las otras ramas y el Derecho Penal en relación al tipo de estafa, pues no conviene olvidar que lo que estamos analizando son los intereses que subyacen en este tipo penal.

económico²¹¹, pues son las relaciones comerciales, en general, las que pueden verse afectadas²¹².

Hemos dejado conscientemente al margen de nuestra fundamentación una cuestión que en ningún momento hemos pretendido obviar, sino que entendemos que es ahora cuando cabe entrar en ella, evitando así cualquier tipo de suspicacia. Como se habrá podido observar, en ningún momento hemos utilizado la desconfianza sin más -carente de todo fundamento- como guía para justificar posición alguna. La necesidad de intervención penal ha quedado acreditada, de esta manera, sin tener que acudir a la falta de confianza como simple criterio hipotético apriorístico, tomando buena nota de la advertencia de BAJO FERNÁNDEZ referida a que "la defensa de los intereses de carácter colectivo en delitos cuyo sujeto activo va a ser, normalmente, el empresario, no debe conducir a una política criminal que partiera de la presunción de que todo empresario es un evasor de capitales o un delincuente fiscal en potencia"²¹³ o, en

²¹¹ En igual sentido, ACOSTA ESTÉVEZ, J.B., «Algunas consideraciones en torno a la protección penal de los consumidores: fraudes alimentarios», cit., pp. 470 y 473.

²¹² Cfr. FERNÁNDEZ ALBOR, A., *Estudios sobre criminalidad económica*, cit., pp. 46 y 47.

²¹³ BAJO FERNÁNDEZ, M., «La Constitución económica española y el Derecho Penal», cit., p. 168.

nuestro caso, que es un defraudador que atenta permanentemente contra los intereses de los consumidores. Por ese motivo, coincidimos con el autor antecitado cuando sostiene, si bien respecto del Derecho Penal económico, que éste "debe tener como única guía la protección de los intereses de los protagonistas del sistema económico"²¹⁴, entre los que no cabe duda que están los consumidores y sus correspondientes intereses - siempre que éstos sean merecedores de tutela penal, como es el caso-.

4.2.4) Concreta identificación del interés a tutelar

Una vez constatada la necesidad de protección de los consumidores y fundamentada la intervención del Derecho Penal frente a determinadas conductas, queda por identificar de manera concreta el interés a tutelar así como la cuestión formal de su denominación.

Volviendo al ordenamiento mercantil, puede observarse que aquella especie de «teoría de círculos concéntricos» que tuvimos ocasión de apuntar

²¹⁴ *Ibidem.*

Capítulo I.- Bien jurídico protegido

anteriormente²¹⁵, se reproduce nuevamente en el ámbito de los derechos exclusivos de propiedad industrial.

Apuntamos la idea de "teoría" -entre comillas- por cuanto que se trata de un esquema que se reproduce en diferentes ámbitos -tal como hemos podido apreciar- y que responde a una finalidad concreta -obtener una mayor tutela-.

Así, se establece un marco de protección más fuerte en el círculo pequeño -referido, fundamentalmente, a las marcas- y un marco más amplio y menos sólido en el círculo grande -la regulación contra la competencia desleal-, constatándose que en esta materia hay una tendencia expansionista del círculo pequeño, es decir, que se incrementa el ámbito de protección de los derechos exclusivos de propiedad industrial frente al ámbito de la protección contra la competencia desleal. Pero lo relevante es la consecuencia de esa tendencia, que no es otra que lograr fortalecer la protección del empresario

²¹⁵ Nos referimos a la existencia de una norma particular que tutela de manera específica unos intereses -Ley de Defensa de los Consumidores y Usuarios-, los cuales son también tomados en consideración por una norma general -Ley de Competencia Desleal-.

titular del derecho de propiedad industrial protegido²¹⁶.

Es decir, a medida que se incrementa el contenido del círculo pequeño, mayor es la tutela que se obtiene. En sentido contrario, desciende el nivel de protección cuando los objetos de tutela se sitúan en el círculo grande.

Pues bien, aquella "teoría" podemos trasladarla a nuestro ámbito de estudio en los términos siguientes: o bien puede tutelarse el correcto funcionamiento del sistema competitivo de economía de mercado, o bien pueden protegerse unos concretos intereses de los consumidores. No cabe duda que se trata de una decisión político-criminal que no puede abstraerse de la realidad subyacente. Pues bien, en su momento acreditamos que aunque la protección de los empresarios entre sí, así como la de los consumidores frente a aquéllos, tiene un fin último común, los concretos intereses que están presentes en ambos tipos de relaciones son distintos, siendo ambos merecedores de tutela por el ordenamiento punitivo.

²¹⁶ Cfr. BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, A., «Significado de la ley y requisitos generales de la acción de competencia desleal», cit., p. 20.

Capítulo I.- Bien jurídico protegido

A su vez, también tuvimos ocasión de constatar que en el ámbito del Derecho Penal los diferentes intereses de los consumidores merecen una tutela diferenciada, distinguiendo entre los que afectan a su salud y seguridad y los que atañen a sus intereses económicos y sociales, siendo estos últimos los que nos conciernen, dado que el objeto de nuestra investigación son las expectativas que subyacen en el tipo de estafa, delito cuyo carácter eminentemente patrimonial nadie pone en duda.

En definitiva, el objeto de protección penal deben ser los intereses económicos y sociales de los consumidores²¹⁷, los cuales encuentran su concreción en el Capítulo III de la Ley General para la Defensa de los

²¹⁷ Dado que el artículo 51 de la Constitución y el artículo 7 de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios se refieren a los "legítimos" intereses económicos -y sociales, añade la citada Ley-, conviene hacer alguna precisión al respecto, sintética en la medida en que, tanto por parte de la doctrina mercantil, constitucional, como desde la penal, se ha aclarado el alcance de la adjetivación. Así, frente al carácter absoluto de los intereses relativos a la salud y seguridad, los intereses económicos y sociales de los consumidores deben ser conjugados con los de los demás partícipes en el mercado (cfr. BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, A., «La protección de los consumidores, la Constitución española y el Derecho Mercantil», cit., p. 26; RUIZ RICO, J.J., «Artículo 51. Defensa de los consumidores y usuarios», cit., p. 418). Desde esta perspectiva, sostiene GONZÁLEZ RUS, J.J., *Los intereses económicos de los consumidores. Protección penal*, cit., p. 50 (tesis a la que se suma ARENAS RODRIGÁÑEZ, M.P. *Protección penal de la salud pública y fraudes alimentarios*, cit., p. 43), que hay que excluir aquellos intereses que entren en contradicción con los artículos 38, 128 y 139 de la Constitución, a los que se podrían añadir, incluso, otros límites impuestos, por ejemplo, por los artículos 131.1 (exigencias de la economía nacional y de la planificación) y 40.1 (promoción del progreso social y económico y redistribución de la renta).

Capítulo I.- Bien jurídico protegido

Consumidores y Usuarios. En concreto, el artículo 8 se refiere al principio de veracidad en la oferta, promoción y publicidad de los productos, actividades o servicios; el artículo 9, a la necesidad de una regulación específica de aquellas ofertas en que se valgan de concursos, sorteos, regalos, vales premio, etc. para evitar «conductas agresivas»²¹⁸; el artículo 10, a las condiciones generales de los contratos; y el artículo 11, relativo a determinadas garantías en las adquisiciones.

4.2.5) Cuestión formal de la denominación

4.2.5.1) Introducción y planteamiento

Frente a esa regulación la cuestión a resolver es la posibilidad de identificar una idea que exprese de manera sintética esos intereses. A tal efecto se puede convenir que los consumidores quieren y exigen que los procesos de interacción social estén presididos por una confianza²¹⁹, una seguridad. La quiebra de dicha

²¹⁸ Reconoce SEQUEIRA MARTÍNEZ, A.J., «Defensa del consumidor y Derecho Constitucional económico», cit., p. 107, que estas modalidades de venta son proclives al abuso del consumidor. Sobre ellas, vid. BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, A., «Modalidades especiales de venta y protección de los consumidores», *Estudios jurídicos sobre protección de los consumidores*, Tecnos, Madrid, 1987, pp. 174 y ss.

²¹⁹ Primariamente, "la seguridad es, sobre todo y antes que nada, una radical necesidad antropológica humana", afirma PÉREZ LUÑO, A.E., *La seguridad jurídica*, cit., p. 8.

confianza no afecta a un individuo en concreto, sino a los consumidores en general, que ponen en tela de juicio el marco de esas relaciones. La razón es que esa posibilidad de participación no hay que entenderla, necesariamente, en un sentido dinámico, activo, sino también viviendo en la seguridad del respeto, confiando en la buena marcha de las relaciones sociales²²⁰. Y esto, a su vez, hay que ponerlo en conexión con otra idea fundamental: el consumidor ha dejado de ser una persona individualmente considerada que adquiere aquella condición en el momento en el que contrata, sino que la ostenta en todo momento y, por ese motivo, está en condiciones de exigir que la seguridad sea una nota constante en las relaciones de consumo.

Insistimos en que es el conjunto de los consumidores el que espera que toda relación dentro del sistema de economía de mercado esté presidida por una seguridad, porque todo él ostenta tal condición permanentemente y cualquiera de ellos puede participar en cualquier momento en las relaciones de consumo de bienes y/o uso de

²²⁰ Cfr. MIR PUIG, S., *Introducción a las bases del Derecho Penal*, cit., p. 140.

servicios²²¹. Efectivamente, cierto tipo de relaciones sólo tienen lugar entre un grupo de sujetos muy concreto, a saber: las relaciones de producción y las relaciones de distribución. Pero en las relaciones de consumo de bienes y servicios, que son a las que nos referimos, intervienen todos los consumidores. Precisamente, en esta línea de razonamiento hay que situar la evolución en la doctrina mercantil que apunta BROSETA PONT, una moderna corriente que sustituye "la teoría del «interés individual» del consumidor, por las más acertadas teorías o tesis que postulan la existencia de un «interés difuso» o de un «interés supraindividual» sobre el conjunto de los consumidores"²²².

Es de destacar que esa naturaleza colectiva a la que acabamos de hacer referencia está indudablemente presente en los intereses económicos y sociales del Capítulo III de la Ley General

²²¹ "Una afección a la calidad del consumo, al medio ambiente o a la libre y limpia competencia no está referida a una persona en particular, sino a un amplio conjunto de personas, a grandes mayorías, y, al mismo tiempo, no es de carácter puntual, sino está constantemente incidiendo sobre ellas, en toda su vida cotidiana" (en BUSTOS RAMÍREZ, J., «Perspectivas actuales del Derecho Penal económico», *Política Criminal y Reforma Penal. Homenaje a la Memoria del Prof. J. del Rosal*, Edersa, Madrid, 1993, pp. 214 y 215).

²²² BROSETA PONT, M., «Aspectos generales para una introducción sobre el Derecho de los Consumidores», cit., p. 78.

antecitada, y es una cuestión que no genera controversia en la doctrina penal²²³.

Pero lo cierto es que todo un cúmulo de circunstancias han dado lugar a una más que ocasional lesión de los intereses económicos y sociales de aquéllos, provocando la irrupción de los denominados «fraudes colectivos», los cuales no han surgido, obviamente, por generación espontánea²²⁴. Muy por el contrario, se ha debido a un conjunto de causas determinadas o, cuanto menos, determinables: "el desarrollo económico, la presión de la sociedad consumista, la aparición de nuevas técnicas de ventas y de formas inéditas de hacer negocios, la fe ciega del consumidor en ofertas que no contempla con la capacidad crítica necesaria, el debilitamiento de determinados frenos inhibitorios", son las causas que estima GONZÁLEZ RUS que han provocado "la aparición de toda una gama de

²²³ Vid. *supra* en nota 149 unas referencias al respecto con anotaciones bibliográficas.

²²⁴ Afirma QUINTERO OLIVARES, G., «La política penal para la propiedad y el orden económico ante el futuro Código Penal español», cit., p. 201, que sería muy simplista explicar el alto número de estafas cometidas acudiendo al argumento de la libertad de contratación y autonomía de la voluntad de las partes, tal como parece que hace NOVOA MONREAL, E., «Reflexiones para la determinación y delimitación del delito económico», cit., p. 69.

Capítulo I.- Bien jurídico protegido

nuevas modalidades de infracciones patrimoniales que se presentan bajo la forma de fraudes colectivos"²²⁵.

Evidentemente, todo lo anterior provoca, necesariamente, una quiebra de la confianza de los consumidores en el sistema de mercado, colectivo que se presenta como un «un ente personal», "no como una abstracción o una razón transpersonal"²²⁶.

BACIGALUPO ZAPATER, estudiando la estafa cometida mediante el abuso de crédito, advierte, en primer lugar, la enorme falta de confianza en el tráfico económico de los cheques. El que en numerosos establecimientos figure un cartel referido a la no admisión de estos títulos-valores no es gratuito, sino que responde a una total desconfianza en ese sistema de pago, la cual alcanza al Derecho Penal como sistema "para motivar seguridad en el pago mediante cheques"²²⁷. En definitiva, lo que está poniendo de manifiesto es que las estafas cometidas mediante cheques han ocasionado una quiebra generalizada

²²⁵ GONZÁLEZ RUS, J.J., *Los intereses económicos de los consumidores. Protección penal*, cit., p. 253.

²²⁶ BUSTOS RAMÍREZ, J., «Perspectivas actuales del Derecho Penal económico», cit., p. 214.

²²⁷ BACIGALUPO ZAPATER, E., «Estafa y abuso de crédito», *La Ley*, t. III, 1983, p. 998.

Capítulo I.- Bien jurídico protegido

de la seguridad en ese medio de pago, y no respecto de un establecimiento en concreto, sino una quiebra generalizada en el tráfico económico-jurídico.

Pero es que, en segundo lugar, frente a la crisis del cheque, surgen otros medios como las tarjetas de crédito y los cheques garantizados, volviendo a surgir los mismos problemas, que han conducido, respecto de la tarjeta de crédito, por ejemplo, al desarrollo de unos sistemas de comunicación entre el establecimiento y la entidad bancaria o financiera para autorizar las operaciones²²⁸.

En síntesis, si advierte este autor la existencia de una quiebra de la seguridad y pone de manifiesto sus consecuencias es porque constata una obviedad, la necesidad de que las relaciones económicas estén presididas por una seguridad, una confianza.

Una cuestión aparte es que ese quebranto sea suficiente para fundar la tipicidad en la estafa, lo que es negado por este autor²²⁹.

²²⁸ vid. Sentencia del Tribunal Supremo de 25 de junio de 1985 (RA. 3056).

²²⁹ Cfr. BACIGALUPO ZAPATER, E., ult. cit., p. 1002.

Capítulo I.- Bien jurídico protegido

Sin embargo, es significativo que en las relaciones de consumo, marco abonado para la comisión de estafas, una de las partes -los detentadores de los bienes y servicios- se encuentra en una posición de fuerza respecto de la otra -los consumidores-, posición más que evidente si observamos como se desarrollan esas relaciones, pues como pusimos de manifiesto más arriba, se ha roto el equilibrio de fuerzas, de suerte que los consumidores se limitan a adquirir bienes sin garantías de protección en algunos casos, y sin los más mínimos conocimientos en la mayoría de ellos²³⁰. En este contexto resulta paradójico que la desconfianza surja, precisamente, de la parte que se encuentra en la posición de fuerza, cuando por las formas de contratación²³¹, la

²³⁰ Cfr. REBOLLO PUIG, M., *Potestad sancionadora, alimentación y salud pública*, cit., p. 70. Un sector donde claramente se pone de manifiesto esta realidad es en el del seguro (vid. SERRANO-PIEDCASAS FERNÁNDEZ, J.R., *La estafa en el contrato de seguro*, cit., pp. 41 y ss.), evidenciando la íntima relación entre conocimiento y seguridad e ignorancia e inseguridad, preocupación, por otro lado, nada nueva en los individuos (PÉREZ LUÑO, A.E., *La seguridad jurídica*, cit., p. 14, afirma que es el hombre renacentista el que toma conciencia de esa relación inmediata, si bien realiza tal aseveración en un marco distinto).

²³¹ Caso de los contratos de adhesión, típicos de la contratación masiva a la que nos referimos páginas atrás, en los que no queda más opción que aceptar las condiciones impuestas, sin posibilidad alguna de negociar las cláusulas del contrato (cfr. CAZORLA PRIETO, L.M., «Artículo 51», cit., p. 851, que destaca este hecho como uno de los rasgos diferenciadores de la denominada sociedad de consumo).

Sería ocioso pretender aquí tratar este tema, cuyo análisis, además, pone en relación cuestiones de diverso alcance. Uno de los más sobresalientes estudios monográficos sobre este complejo (limitaciones a la autonomía de la voluntad, defensa de la competencia, orden público y protección de los consumidores) puede verse en DE CASTRO, F., «Notas sobre las limitaciones intrínsecas de (continúa...)

desconfianza tendría que surgir de la parte más débil²³².

El hecho de que muchas estafas tengan lugar en el ámbito de la contratación producen, inevitablemente, una quiebra de la seguridad en las relaciones de consumo propias del modelo económico imperante.

De esta forma, convenimos con GUTIÉRREZ FRANCÉS en que "la confianza es la piedra angular del consumo"²³³. Sin ella, el tráfico se desarrollaría muy lentamente, pues se comprobaría cada paso de una operación, exigiendo

²³¹(...continuación)
la autonomía de la voluntad», *Anuario de Derecho Civil*, t. XXXV, fasc. IV, 1982, autor que abordó en diferentes trabajos diversas cuestiones relacionadas entre sí por la autonomía privada y sus límites (unas anotaciones sobre su obra en AMORÓS GUARDIOLA, M., «Las limitaciones de la autonomía de la voluntad según el pensamiento de Federico de Castro», *Anuario de Derecho Civil*, t. XXXVI, fasc. III, 1983).

Esa preocupación alcanza, igualmente, a la doctrina constitucional y mercantil (vid. CASCAJO CASTRO, J.L., «Consideraciones sobre la protección constitucional de los consumidores», cit., pp. 43 y 44; BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, A., «La protección de los legítimos intereses económicos de los consumidores», cit., pp. 150 y ss.).

²³² Vid. GUTIÉRREZ FRANCÉS, M.L., *Fraude informático y estafa*, cit., pp. 231 y 332. No parece que existan dudas tampoco en la doctrina penal para considerar a los consumidores como la parte más débil, como ya se ha observado (vid., en todo caso, BAJO FERNÁNDEZ, M., «El Proyecto de Código Penal y el art. 38 de la Constitución», cit., pp. 441 y 442; QUINTERO OLIVARES, G., «Delitos contra los intereses generales o derechos sociales», cit., pp. 577 y 578).

²³³ "Confianza en que los productos que contiene un envase son los descritos en el etiquetado; confianza en que los materiales y características del edificio son aquellos que indica la publicidad de venta; confianza en que el recibo de la compañía eléctrica corresponde a su consumo real" son algunos de los ejemplos que cita GUTIÉRREZ FRANCÉS, M.L., ult. cit., p. 232.

todas las garantías posibles, cuando, precisamente, todas las innovaciones en el tráfico económico-jurídico han ido encaminadas, precisamente, a agilizarlo; en la fluidez radica, entre otras cosas, la buena marcha del sistema económico.

Pues bien, a lo largo de estas últimas reflexiones hemos hecho uso de diferentes expresiones que podrían sintetizar, al menos aparentemente, ese interés, tales como la buena fe, la confianza o la seguridad en el tráfico.

Advertimos de entrada que la búsqueda de una idea que sintetice el interés que hemos venido analizando no debe ser más que un mero problema formal, de manera que lo relevante es que ella sea capaz de comprender un significado sin necesidad de complejas y profusas explicaciones. En este sentido es sumamente ilustrativo BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO²³⁴ cuando analiza la cláusula general prohibitiva de la competencia desleal: al criterio tradicional de «las buenas costumbres, los usos honestos o las normas de corrección en materia industrial o comercial», se le critica su incompatibilidad con los

²³⁴ Vid. BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, A., «Significado de la ley y requisitos generales de la acción de competencia desleal», cit., pp. 24 y ss.

nuevos planteamientos que rigen la regulación contra la competencia desleal, en la medida en que, precisamente por su carácter tradicional, se identifica tal expresión con los criterios corporativos que imperaban en la etapa anterior, en la que se consideraba que los únicos intereses a proteger eran los de empresarios competidores²³⁵.

Como manifestación de esa crítica, la nueva Ley de Competencia Desleal adopta como criterio la «buena fe objetiva»²³⁶, entendiéndose que representa de forma más correcta los nuevos planteamientos conforme a los cuales ya no se trata sólo de proteger a los empresarios entre sí, sino también a los consumidores y, en general, al correcto funcionamiento del sistema competitivo.

²³⁵ Por esta razón no coincidimos, en absoluto, con MENÉNDEZ MENÉNDEZ, A., «La defensa del consumidor: un principio general del Derecho», cit., p. 1902, cuando sostiene que "a pesar de la apariencia, la protección del consumidor no es nada nuevo seguramente", de suerte que, según este autor, todo queda reducido a una "forma moderna de plantearlo" (p. 1903). Como hemos podido acreditar a lo largo de estas páginas, apoyados por la doctrina más autorizada en la materia, los desequilibrios existentes no eran meramente ocasionales, hecho que tampoco ha pasado desapercibido en la doctrina penal.

Cosa muy distinta, como veremos a continuación, es cómo se dota de contenido expresiones tradicionales, el cual puede variar en la medida en que se trate de un concepto jurídico indeterminado.

²³⁶ El artículo 5 establece que "se reputa desleal todo comportamiento que resulte objetivamente contrario a las exigencias de la buena fe".

Capítulo I.- Bien jurídico protegido

Sin embargo, el autor precitado sostiene, acertadamente a nuestro juicio, que "para tener en cuenta esos nuevos intereses protegidos, no es indispensable cambiar la cláusula general referida a las buenas costumbres, los usos honestos o las normas de corrección en materia mercantil. Basta con interpretar tales expresiones desde una nueva perspectiva, que tome en consideración todos los intereses protegidos"²³⁷.

Con ello reiteramos que el hecho de buscar una expresión que sintetice los intereses dignos de tutela por nosotros identificados es una mera cuestión terminológica, pues lo importante es cómo se le dota de contenido.

4.2.5.2) Posibles opciones

A pesar de lo dicho, el acudir a determinadas expresiones pueden generar ciertas dudas, e incluso crear más problemas de los que se pretende resolver. Eso es lo que ocurre en materia de competencia desleal con el recurso a la expresión «buena fe objetiva» y es lo que ocurre igualmente si pretendemos hacer uso de esa

²³⁷ BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, A., «Significado de la ley y requisitos generales de la acción de competencia desleal», cit., p. 26.

Capítulo I.- Bien jurídico protegido

expresión -u otra similar como «buena fe colectiva»²³⁸-, trasladándola al ámbito penal. No cabe duda que tal expresión "sirve para expresar la confianza que legítimamente tienen todos los que participan en el mercado en que todos los que actúan en él tendrán una conducta correcta"²³⁹. Sin embargo, encontramos una serie de razones para negar la virtualidad de esta expresión²⁴⁰. En primer lugar, se presta a confusión con el concepto de buena fe utilizado en el ámbito civil²⁴¹.

²³⁸ vid. GUTIÉRREZ FRANCÉS, M.L., *Fraude informático y estafa*, cit., pp. 235 y ss.

²³⁹ BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, A., ult. cit., pp. 27 y 28. Según MARTOS NÚÑEZ, J.A., «Protección de los consumidores y usuarios», cit., p. 448, el principio general de la buena fe es presupuesto indispensable en el tráfico jurídico-mercantil.

²⁴⁰ Aun cuando, aparentemente, nos podría convenir dicha expresión en la medida en que nos sitúa en el ámbito contractual y, como veremos en su momento, las estafas colectivas a los consumidores tienen lugar, fundamentalmente, en dicho ámbito. De hecho, no hay que olvidar que tanto la doctrina constitucional (vid. QUINTELA GONÇALVEZ, M.T., *La protección de los consumidores y usuarios y la Constitución española de 1978*, cit., pp. 107 y ss.) como mercantil (vid. BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, A., «La protección de los legítimos intereses económicos de los consumidores» cit., pp. 141 y ss.) advierten que los intereses económicos y sociales contenidos en el Capítulo III de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios, se circunscriben en un marco contractual de referencia. No obstante, son más los inconvenientes que las ventajas.

²⁴¹ Ya lo advierte GUTIÉRREZ FRANCÉS, M.L., *Fraude informático y estafa*, cit., p. 237. Vid. un interesante análisis de la evolución del concepto desde el Derecho Romano hasta hoy en CASTRESANA, A., *Fides, bona fides: un concepto para la creación del Derecho*, Tecnos, Madrid, 1991.

Capítulo I.- Bien jurídico protegido

Como consecuencia de lo anterior, en segundo lugar, la expresión buena fe objetiva no exige una mala fe subjetiva²⁴², lo cual, trasladado a la esfera penal, supondría la no exigencia de dolo, cuando del contenido del artículo 565, de la propia conducta típica del delito de estafa, así como de la exigencia de ánimo de lucro, se deriva la exigencia de dolo en la estafa²⁴³, de suerte que se crea una confusión absolutamente innecesaria.

En tercer lugar, se reconoce que la expresión buena fe, con todas las matizaciones que se quieran, "está penetrada de unos indiscutibles ingredientes éticos que la sitúan en los confines del derecho y la moral"²⁴⁴, motivo de por sí suficiente para evitar el uso de tal expresión²⁴⁵.

²⁴² BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, A., «Significado de la ley y requisitos generales de la acción de competencia desleal», cit., p. 28.

²⁴³ Vid. *infra* el apartado 2.1) del Capítulo IV.

²⁴⁴ DÍEZ-PICAZO, L., Prólogo a WIEACKER, F., *El principio general de la buena fe*, traducción de J.L. Carro, 2ª reimpresión, Civitas, Madrid, 1986, p. 15.

²⁴⁵ Vid. *supra* en el epígrafe 2) de este Capítulo las críticas que nos merecieron aquellas teorías del bien jurídico que introducen juicios éticos.

Capítulo I.- Bien jurídico protegido

En cuarto lugar, la buena fe se configura como límite a los derechos subjetivos²⁴⁶, cuando de lo que se trataría, si acaso, no es buscar un límite sino una dimensión objetiva de los mismos.

En quinto lugar, se reconoce que los principios generales pueden dar cobijo a arbitrariedades y, lo que es más peligroso, al juego de los intereses políticos y de la presión política. Así, "es verdad que dentro de la especial situación que creó el totalitarismo, los pronósticos se cumplieron a causa de la peculiar inclinación del legislador a otorgar carta blanca a través de unas cláusulas generales lo más indeterminadas y emocionales posibles"²⁴⁷. Por este motivo, acudir en Derecho Penal a principios generales que no tengan una nítida fundamentación constitucional puede ser arriesgado. Y, en todo caso, al igual que la costumbre, pueden servir para interpretar tipos penales que contengan elementos normativos del Derecho Civil o Mercantil, pero nunca como instrumentos de creación de

²⁴⁶ "El derecho subjetivo debe ejercitarse siempre de buena fe. Más allá de la buena fe el acto de ejercicio de un derecho se torna inadmisibile y es antijurídico" afirma DÍEZ-PICAZO, L., *ult. cit.*, p. 20.

²⁴⁷ WIEACKER, F., *El principio general de la buena fe*, *cit.*, p. 31.

Capítulo I.- Bien jurídico protegido

figuras delictivas o que sirvan de sustento de éstas²⁴⁸.

En cuanto a la expresión «confianza en el tráfico», su uso no sería más que un recurso metonímico, pues en el fondo de la expresión buena fe subyace la idea de confianza²⁴⁹, y siendo una cuestión de confianza, no es sólo eso, o no es precisamente eso, sino que se trata fundamentalmente de una cuestión de seguridad. De hecho, el conjunto de intereses económicos y sociales englobados en el Capítulo III de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios, ya apuntan a la idea de la seguridad, de lograr mediante un conjunto de normas jurídicas²⁵⁰ unas relaciones de consumo presididas por una seguridad; o, dicho de otra manera, se confía en el tráfico económico-jurídico en la medida en que es seguro.

Por último, pudiera sostenerse que el criterio a utilizar fuera el mismo que propone el propio BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, las «normas de corrección que deben regir

²⁴⁸ Cfr. BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, I., ARROYO ZAPATERO, L., *Manual de Derecho Penal. Parte General*, cit., p. 48.

²⁴⁹ Cfr. CASTRESANA, A., *Fides, bona fides: un concepto para la creación del Derecho*, cit., pp. 96 y ss.

²⁵⁰ Aunque como ya sostuvimos en su momento, coincidimos con la doctrina mercantil en que no es la vía de una Ley General la más adecuada para la tutela de esos intereses.

en el tráfico económico», o el «orden concurrencial» que también se utiliza por algunos mercantilistas como criterio similar. Sin embargo, entendemos que no es aplicable a nuestro caso en la medida en que si esa expresión sintetiza todos los intereses concurrentes (los de los empresarios, los de los consumidores y el correcto funcionamiento del sistema competitivo de economía de mercado), debemos hacer uso de una que identifique sólo los intereses de los consumidores, pues en otro caso se generaría esa confusión que tratamos de evitar. De hecho, el autor antecitado²⁵¹ reconoce que aquella expresión participa de un carácter integrador, es decir, que auna los diferentes intereses en juego.

4.2.5.3) Toma de postura: la seguridad del tráfico económico-jurídico

Por todo lo anterior, entendemos que la expresión que puede declarar el interés colectivo por nosotros identificado es la seguridad del tráfico económico-jurídico, entendida no como un valor, sino como materialización -sustrato material- de un interés colectivo que como tal, y a diferencia de los intereses

²⁵¹ BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, A., «Significado de la ley y requisitos generales de la acción de competencia desleal», cit., p. 28.

Capítulo I.- Bien jurídico protegido

estatales, tiene un referente individual, y que es necesario en cuanto que la falta de seguridad en el tráfico económico-jurídico disminuye las posibilidades de participación de los individuos en el sistema social²⁵².

Aunque pudiera pensarse que esa idea de seguridad ya está presente en el propio artículo 51.1 de la Constitución²⁵³, como así parece sostener PÉREZ LUÑO²⁵⁴ cuando afirma que la seguridad jurídica se conforma como un fin específico en el compromiso de protección a los consumidores, la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios vincula la seguridad a la salud, lo que ha llevado a un sector doctrinal²⁵⁵ a entenderla en un sentido material en relación al

252 Es evidente que así entendida no se asemeja a la concepción de seguridad del tráfico desde una perspectiva estrictamente privada. Vid., al respecto, si bien desde el análisis económico del Derecho, PAZ-ARES, C., «Seguridad jurídica y seguridad del tráfico», *Revista de Derecho Mercantil*, números 175-176, 1985, pp. 7 y ss.

253 "Los poderes públicos garantizarán la defensa de los consumidores...protegiendo...la seguridad, la salud y los legítimos intereses económicos de los mismos".

254 PÉREZ LUÑO, A.E., *La seguridad jurídica*, cit., p. 28.

255 Vid., por todos, QUINTELA GONÇALVEZ, M.T., *La protección de los consumidores y usuarios y la Constitución española de 1978*, cit., pp. 99 y ss.

propio concepto de salud, en una suerte de principio de previsibilidad del riesgo.

Además, es importante destacar que con este reconocimiento no se trata de constatar que el mundo del Derecho se abre sin más a la realidad social subyacente, sino que el Derecho, como manifestación del Estado democrático, juridifica -formaliza- aquellos intereses que la colectividad entiende merecedores de tutela jurídico-penal, lo cual, por otro lado, sirve para corroborar el necesario alejamiento entre la Ética -ética social en este caso²⁵⁶- y el Derecho.

4.2.6) Adecuación a una estructura teórica: Teoría de los intereses colectivos

Hasta ahora hemos constatado que, junto al interés patrimonial, coexiste un interés distinto, y hemos afirmado que se trata de un interés colectivo, sin detenernos a verificar si dicho interés encaja en la estructura teórica de los intereses colectivos. De lo que se trata ahora es de llevar a efecto esa verificación.

²⁵⁶ HERNÁNDEZ GIL, A., *Reflexiones sobre una concepción ética y unitaria de la buena fe*, Madrid, 1979, p. 7, define la buena fe como "categoría de la moral social acogida por el Derecho para el logro de soluciones justas y equitativas" (cita tomada de CASTRESANA, A., ult. cit., p. 98, nota 3).

Capítulo I.- Bien jurídico protegido

En primer lugar, en relación al concepto, la doctrina suele referirse a ellos, en un sentido genérico, como "conjunto de intereses pertenecientes a sujetos diversos que se encuentran en la misma situación en relación a un bien o interés y respecto del que tienen exigencias del mismo tipo, que por lo general no son de naturaleza económica"²⁵⁷.

Sin duda alguna, la «seguridad del tráfico económico-jurídico» encaja perfectamente en este concepto. Sólo destacar que, efectivamente, el interés que hemos localizado en el delito de estafa no es de naturaleza económica, aunque vaya referido a relaciones que tienen lugar en el ámbito económico.

Respecto a la titularidad, el titular del interés colectivo es tanto el individuo como la colectividad, es decir, participa de una doble titularidad, y en la medida en que titular del interés colectivo es también el individuo, puede fraccionarse respecto de todos aquellos sujetos que aparecen conectados a dicho interés²⁵⁸. y

²⁵⁷ GONZÁLEZ RUS, J.J., *Los intereses económicos de los consumidores. Protección penal*, cit., p. 82. En un sentido similar, PÉREZ ÁLVAREZ, F., *Protección penal del consumidor. Salud pública y alimentación*, Praxis, Barcelona, 1991, p. 48.

²⁵⁸ cfr. GONZÁLEZ RUS, J.J., ult. cit., p. 86.

en su momento dijimos que la seguridad del tráfico afecta a cada individuo, como necesidad -aspiración- de cara a la participación de los sujetos en los procesos de intercomunicación social; o dicho de otra manera, la falta de seguridad en el tráfico económico-jurídico disminuye las posibilidades de participación de los individuos en el sistema social. Cuando una persona lleva a cabo un negocio jurídico, aspira a que la relación económico-jurídica que mantiene con otra u otras personas esté presidida por la seguridad en que el negocio se desarrolle conforme a derecho, que no va a ser sujeto de un engaño.

Pero ese interés no se localiza sólo y exclusivamente en el individuo en concreto, sino que, en la medida en que se trata de una aspiración de todos y cada uno de los sujetos que se encuentran en el tráfico económico-jurídico²⁵⁹, trasciende a ellos, conformándose, junto al interés individual, un interés colectivo, lo cual nos permite, a su vez, afirmar que no se trata de un interés individual sin más²⁶⁰.

²⁵⁹ Están en tanto que participan en las relaciones de consumo, pero es evidente que las relaciones que establecen las personas son también de otra índole, en una suerte de necesaria relativización de la conocida frase «the consumer is everybody all the time» (consumidor es todo el mundo todo el tiempo).

²⁶⁰ Cfr. BUSTOS RAMÍREZ, J., «Los bienes jurídicos colectivos», cit., p. 158.

Capítulo I.- Bien jurídico protegido

Ese interés, en todo caso, no es una mera suma de intereses individuales, sino que, a partir de ellos, se revela un interés unitario con entidad propia²⁶¹.

Esa doble titularidad del interés colectivo es lo que lo diferencia del interés general, en cuanto que éste, por su propia naturaleza, es indivisible, no puede fraccionarse²⁶², razón por la que podríamos convenir con GUTIÉRREZ FRANCÉS en que lo que esta autora denomina «buena fe colectiva» no es un bien o interés de titularidad estatal²⁶³.

En otro orden de cosas, uno de los aspectos caracterizadores de los intereses colectivos es que, en la medida en que afecta a una colectividad y de manera permanente²⁶⁴, la gravedad de la afectación no reside en la calidad del bien jurídico, sino en su «dañosidad

²⁶¹ Cfr. MÉNDEZ RODRÍGUEZ, C., *Los delitos de peligro y sus técnicas de tipificación*, Centro de Estudios Judiciales, Ministerio de Justicia y Servicio de Publicaciones, Facultad de Derecho, Universidad Complutense de Madrid, Madrid, 1993, pp. 33 y 34.

²⁶² GONZÁLEZ RUS, J.J., *Los intereses económicos de los consumidores. Protección penal*, cit., p. 86.

²⁶³ Vid. GUTIÉRREZ FRANCÉS, M.L., *Fraude informático y estafa*, cit., p. 236.

²⁶⁴ Tal como se explicó páginas atrás.

social», dado el elevado «coste social» del ataque a un interés colectivo²⁶⁵.

Lo que queremos destacar, por encima de todo, es el significado y el objeto del interés colectivo, los cuales están en íntima conexión con su origen²⁶⁶. Estos intereses surgen como respuesta o contrapunto al desarrollo económico-social que se produce en relación al paso de un Estado liberal a un Estado social.

Una característica propia del Estado liberal es la protección de lo individual, que tiene su máximo reflejo en la protección de la propiedad²⁶⁷. Por el contrario, el Estado social se caracteriza, precisamente, por la asunción por el Estado de la protección del grupo social, asegurándole todos aquellos derechos y libertades que, por el carácter liberal, quedaron marginados, cuales son

²⁶⁵ Cfr. BUSTOS RAMÍREZ, J., «Perspectivas actuales del Derecho Penal económico», cit., p. 215; TIEDEMANN, C., «Constitución y Derecho Penal», trad. por L. Arroyo Zapatero, *Revista Española de Derecho Constitucional*, nº 33, 1991, p. 168.

²⁶⁶ Sobre el origen, vid., por todos, SGUBBI, F., «Tutela penale di "interessi diffusi"», *La Cuestione Criminale*, nº 3, 1975, pp. 439 y ss.

²⁶⁷ Vid. nuevamente MUÑOZ CONDE, F., «La reforma de los delitos contra el patrimonio», cit., p. 670.

Capítulo I.- Bien jurídico protegido

los intereses que afectan a toda la colectividad como tal²⁶⁸; teniendo en cuenta que, incluso, ese paso de una a otra forma de Estado puede hacer variar el contenido del concepto propiedad, como así ha ocurrido efectivamente, pues ésta cumple ahora una función social de la que antes carecía.

El desarrollo de la economía neocapitalista trae como consecuencia la toma de la producción y distribución de los bienes y servicios por parte de un grupo reducido y, en consecuencia, con un gran poder. Se produce una concentración tal que va a dominar los procesos de toma de decisiones económicas con la finalidad de favorecer sus intereses, que no son otros que la obtención de los mayores beneficios al costo más bajo posible. Frente a ese grupo se sitúa el grueso de la colectividad que, al carecer de todo poder, van a verse sometidos a los intereses de dicho grupo²⁶⁹.

Evidentemente, los intereses de la colectividad son muy diferentes a los intereses del grupo de poder, hasta

²⁶⁸ Lo que no impide reconocer que el Estado social, hoy por hoy, no puede dar una respuesta satisfactoria en todos los ámbitos de actuación, lo cual debe ser entendido como una de las inevitables miserias, por así decir, de este modelo (vid., al respecto, PÉREZ LUÑO, A.E., *La seguridad jurídica*, cit., pp. 15 y ss.).

²⁶⁹ Cfr. nuevamente ARROYO ZAPATERO, L., *Delitos contra la Hacienda Pública en materia de subvenciones*, cit., p. 53.

tal punto que se puede afirmar que la confrontación entre ambos es directa y, por ende, conflictual²⁷⁰.

Pues bien, como manifestamos anteriormente, el significado y el objeto del interés colectivo se definen a partir de la naturaleza conflictual del mismo. En cuanto al significado, entendiéndolo como mecanismo para promover la igualdad real y efectiva del individuo y de los grupos en que se integra y, por tanto, como instrumento que sirve para cumplir el mandato contenido en el artículo 9.2 de la Constitución, de suerte que los objetos del interés colectivo serán todas aquellas aspiraciones del individuo frente a las situaciones de inferioridad, cuyo logro normalmente entra en conflicto con el poder económico dominante²⁷¹.

²⁷⁰ A ello se refiere SGUBBI, F., «Tutela penale di "interessi diffusi"», cit., p. 439, cuando sostiene que "el «paradigma de fondo» del fenómeno es claro: se trata de instancias antagónicas a las posiciones económico-jurídicas hoy dominantes".

²⁷¹ En este sentido, ARENAS RODRIGÁÑEZ, M.P., *Protección penal de la salud pública y fraudes alimentarios*, cit., p. 104, al referirse a la protección de la salud pública como interés colectivo, afirma que "al pretender un indiscriminado e igualitario beneficio en dicha protección para todos los sujetos integrantes del cuerpo social, la conflictividad con el sistema jurídico político y sobre todo económico es otra de sus notas, ya que la búsqueda exclusiva del beneficio en la producción de bienes y servicios característica del sistema de libre mercado deja de ser el único factor a tener presente en los procesos de producción, debiendo contabilizarse en los mismos la necesidad de evitar el ataque a dicho bien". La cita es larga pero ampliamente ilustrativa.

Capítulo I.- Bien jurídico protegido

No cabe ninguna duda que esta idea encaja perfectamente con los argumentos por nosotros esgrimidos para fundamentar la seguridad del tráfico económico-jurídico como interés colectivo merecedor de tutela penal²⁷².

Obviamente, esta construcción implica un choque frontal con las estructuras jurídicas tradicionales²⁷³, con las consecuencias que ello acarrea respecto de la interpretación de los preceptos penales existentes y respecto de la política legislativa a llevar a cabo.

Vuelve igualmente a ponerse de manifiesto con esta última idea otro de los razonamientos por nosotros expuestos. De hecho, desde todos los ámbitos²⁷⁴ se advierte que el mandato constitucional de protección a

²⁷² Así lo entiende MEZQUITA DEL CACHO, J.L., *Seguridad jurídica y sistema cautelar*, vol. I, Bosch, Barcelona, 1989, p. 246 (cita de PÉREZ LUÑO, A.E., *La seguridad jurídica*, cit., pp. 20 y 28).

²⁷³ Cfr. GONZÁLEZ RUS, J.J., *Los intereses económicos de los consumidores. Protección penal*, cit., p. 80.

²⁷⁴ Vid., en el Derecho Constitucional, CASCAJO CASTRO, J.L., «Consideraciones sobre la protección constitucional de los consumidores», cit., pp. 38 y ss., explícitamente en la p. 46; en el Derecho Mercantil, BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, A., «Ámbito de aplicación y derechos de los consumidores en la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios», cit., p. 101; en el Derecho Administrativo, MARTÍN-RETORTILLO BAQUER, L., «Una panorámica de la defensa de los consumidores desde el Derecho Administrativo», cit., pp. 114 y ss.; y en el Derecho Penal, QUINTERO OLIVARES, G., «Delitos contra los intereses generales o derechos sociales», cit., p. 577.

Capítulo I.- Bien jurídico protegido

los consumidores supone, entre otras cosas, que en algunos casos deben cambiarse los criterios de aplicación que han regido hasta ahora para normas dictadas con anterioridad a la Constitución; a lo que nosotros añadimos que tal variación en los criterios hermenéuticos tiene mayor razón de ser respecto de las normas dictadas con posterioridad a aquélla, entre las que se encuentra la parte del Código Penal dedicada al delito de estafa, sobre todo, cuando hemos tenido ocasión de constatar como la propia doctrina y jurisprudencia penal que se ha ocupado de esta Reforma del Texto punitivo reconoce la tutela de los intereses de los consumidores como uno de los fines perseguidos por el legislador-reformador²⁷⁵.

En otro orden de cosas, iniciamos el análisis de los intereses que subyacen en el delito de estafa rechazando los argumentos esgrimidos por un sector de la doctrina para negar la existencia de un segundo bien jurídico. De los argumentos sustentados, el primero de ellos²⁷⁶ -en alguna medida el de mayor solidez- lo rechazamos

²⁷⁵ No obstante, esas consecuencias apuntadas cobrarán especial significación más adelante. Así, cuando constatemos posteriormente la aptitud del tipo especialmente cualificado de estafa para tutelar la seguridad del tráfico, pondremos de manifiesto que la falta de reconocimiento no es por un problema legislativo, sino meramente interpretativo.

²⁷⁶ Afirmar la existencia de un segundo bien jurídico fundado en el engaño implica adelantar la barrera de la consumación [vid. supra el apartado 4.1.1.2)].

afirmando el carácter complementario de la seguridad del tráfico respecto del patrimonio²⁷⁷. Así, los bienes jurídicos colectivos cobran sentido en relación al individuo y, a partir de él, adquieren, desde una óptica colectiva, una dimensión unitaria -entidad propia-. Cuando afirmamos, por un lado, que la titularidad de los intereses colectivos es doble y, por otro lado, que la finalidad de los mismos es satisfacer aquellos intereses de los individuos respecto de las situaciones de inferioridad en que se encuentran, estamos otorgándole a los bienes jurídicos colectivos un carácter complementario respecto de los bienes jurídicos individuales.

Desde esa perspectiva, hay que entender los bienes jurídicos colectivos, en general, como mecanismos necesarios para una protección eficaz de los bienes jurídicos individuales. Al exigir que las relaciones del tráfico económico-jurídico estén presididas por una seguridad, establecemos un mecanismo para evitar que el patrimonio resulte lesionado o, dicho de otra manera, si aquellas relaciones tienen lugar en un marco de seguridad, es más difícil que el patrimonio en juego en

²⁷⁷ En esta línea parece que se pronuncia, igualmente, ACOSTA ESTÉVEZ, J.B., «Algunas consideraciones en torno a la protección penal de los consumidores: fraudes alimentarios», cit., p. 472.

dichas relaciones resulte afectado²⁷⁸. En este sentido, afirma MIR PUIG que los intereses colectivos hay que contemplarlos desde la óptica del Estado social democrático: "le importan los intereses colectivos en la medida en que condicionen la vida de los individuos", y el motivo por el cual este debe ser el enfoque de los intereses colectivos le resulta obvio a este autor, pues "se trata de que el sistema social se ponga al servicio del individuo, no de que el individuo esté al servicio del sistema"²⁷⁹.

Así entendido el ámbito de tutela, la protección del patrimonio de los consumidores desde el patrimonio individual se torna insuficiente²⁸⁰, como insuficiente es de hecho la protección de la salud pública desde la protección de la salud individual²⁸¹.

278 cfr. BUSTOS RAMÍREZ, J., «Los bienes jurídicos colectivos», cit., p. 159; HASSEMER, W., MUÑOZ CONDE, F., *Introducción a la Criminología y al Derecho Penal*, cit., pp. 108 y ss.; MÉNDEZ RODRÍGUEZ, C., *Los delitos de peligro y sus técnicas de tipificación*, cit., p. 32.

279 MIR PUIG, S., «Bien jurídico y bien jurídico-penal como límites del *Ius puniendi*», cit., p. 212.

280 Cosa distinta es que el concepto de patrimonio desde la concepción patrimonial individualista pretenda abarcar en sí mismo el carácter masivo de un bien jurídico colectivo (cfr. BUSTOS RAMÍREZ, J., «Los bienes jurídicos colectivos», cit., p. 159); con las obvias consecuencias que esto va a tener cuando se intente constatar la formalización del interés colectivo identificado en el tipo básico de estafa.

281 Vid. en este sentido, PÉREZ ÁLVAREZ, F., *Protección penal del consumidor. Salud pública y alimentación*, cit., p. 52.

Capítulo I.- Bien jurídico protegido

Ese entendimiento no empece, en absoluto, afirmar que sólo es merecedora de pena la conducta que lesione el interés colectivo si resulta afectado el interés patrimonial, esto es, si se genera un perjuicio patrimonial, precisamente, por su carácter complementario.

Por último, sólo destacar que, en todo momento, al hacer referencia a un interés colectivo no afirmamos que nos encontremos ante un interés colectivo en sentido estricto, esto es, diferenciado del interés difuso, pues como han puesto de manifiesto diversos autores, las diferencias entre unos y otros son meramente formales²⁸². En cualquier caso, si se tratase de una opción, más que hablar de intereses difusos sería conveniente hablar de «intereses difundidos», en la medida en que expresa de manera más satisfactoria la idea que engloba²⁸³.

²⁸² Vid. por todos, GONZÁLEZ RUS, J.J., *Los intereses económicos de los consumidores. Protección penal*, cit., p. 85; PÉREZ ALVAREZ, F., *ult. cit.*, p. 49.

Las diferencias entre los intereses colectivos y los intereses difusos es sostenida por un sector de la doctrina italiana. Vid. ARENAS RODRIGÁNEZ, M.P., *Protección penal de la salud pública y fraudes alimentarios*, cit., pp. 122 y ss., y la bibliografía allí citada, aunque esta autora se adhiere a la postura que propugna la no diferenciación -pp. 124 y 125-.

²⁸³ Así se manifiestan, entre otros, BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, I., «El medio ambiente como bien jurídico tutelado», cit., p. 44; BUSTOS RAMÍREZ, J., «Los bienes jurídicos colectivos», cit., p. 152; GARCÍA ALBERO, R., «La tutela penal y administrativa de la
(continúa...)

4.3) EL TIPO BÁSICO DE ESTAFA: CONDUCTA PLURIOFENSIVA,
DELITO MONOOFENSIVO

Una vez admitida que la conducta típica del delito de estafa es pluriofensiva, esto es, se afectan varios intereses merecedores de tutela jurídico-penal, queda por determinar si el delito es igualmente pluriofensivo, es decir, si los intereses identificados son elevados a la categoría de bien jurídico.

Como se advirtió en la Introducción a este Capítulo, el que se analice individualmente el tipo básico y el tipo especialmente cualificado no responde a un mero capricho, sino a razones bien fundadas, pues la doctrina no ha dudado en reconocer en ciertos tipos cualificados comprendidos en el artículo 529 del Código Penal el carácter pluriofensivo de los mismos (v.gr. la estafa procesal del artículo 529.2º o la estafa de seguro del artículo 529.4º).

283 (...continuación)

salud de los consumidores en materia alimentaria. Consideraciones críticas en torno a su articulación jurídica», cit., p. 98, nota 4.

No le falta razón a BUSTOS RAMÍREZ, J., «Perspectivas actuales del Derecho Penal económico», cit., p. 214, cuando afirma que tras el uso de la expresión bienes jurídicos difusos o difundidos, "se quiere de algún modo objetar su calidad de bienes jurídicos tanto en el sentido de su vaguedad e inconcreción como por el hecho de la dificultad de precisar su afección".

Capítulo I.- Bien jurídico protegido

Pues bien, dada la configuración típica actual del artículo 528, no cabe duda que si bien concluimos que la estafa no sólo supone un ataque a un interés individual (el patrimonio), sino también a un interés colectivo (la seguridad del tráfico económico-jurídico), este último no se encuentra juridificado, pues el Texto punitivo construye el tipo básico de estafa en torno a la lesión del patrimonio, sólo y exclusivamente, sin tener en cuenta en el proceso de formalización de los intereses en juego la afectación de ese otro interés. De esta manera, la tutela del patrimonio desde la concepción patrimonial individualista típica no puede abarcar en sí misma el carácter masivo del interés colectivo también afectado por la conducta engañosa, tal como sostiene la doctrina absolutamente mayoritaria y la jurisprudencia²⁸⁴.

El hecho de que sólo se haga referencia al patrimonio podría haber sido debido a que en los supuestos de delitos pluriofensivos, como señala SELCUK, el legislador privilegia uno de ellos, dándole un carácter prevalente. Pero esa prevalencia no es gratuita, sino que se trata de una decisión del legislador "en función de los modos de vida, del curso de las ideas, de

²⁸⁴ vid. *supra* el apartado 4.1.1).

opciones y de factores morales, políticos, económicos y sociales"²⁸⁵.

Trasladando ese planteamiento a las conductas pluriofensivas, y situándonos en el marco de un Estado liberal-individualista, se puede explicar la no formalización del interés colectivo; pero no debe olvidarse que la profunda transformación que sufre la regulación de la estafa tiene lugar en 1983.

En cualquier caso, en los supuestos en los que el legislador se enfrenta a varios intereses en juego, el problema no tiene por qué plantearse, necesariamente, en términos de elección, cuando se puede tratar desde la óptica de la ponderación. Por ello, afirmamos con PEDRAZZI que "el concepto de bien jurídico debe ser utilizado con cautela, para no caer en simplificaciones arbitrarias. Valorar como objeto de tutela un sólo interés significa a menudo empobrecer una función de tutela, en realidad más compleja"²⁸⁶.

²⁸⁵ SELCUK, S., «El objeto del delito de estafa», cit., p. 196.

²⁸⁶ PEDRAZZI, C., «El bien jurídico en los delitos económicos», trad. por A.A. Richart Rodríguez, Barbero Santos (ed.), *La reforma penal: Los delitos socio-económicos*, Servicio de Publicaciones, Facultad de Derecho, Universidad de Madrid, Madrid, 1985, pp. 283 y 284.

Sin embargo, le asiste la razón a GUTIÉRREZ FRANCÉS²⁸⁷ cuando, a pesar de no tener otra opción desde el Derecho positivo que pronunciarse por la monoofensividad del tipo básico, no renuncia a formular una serie de consecuencias político-criminales derivadas de la existencia de una conducta pluriofensiva. En esta línea, sostiene que es posible replantearse el conjunto de cualificaciones comprendidas en el artículo 529, aunque nosotros, si acaso, llegamos más lejos, pues en la medida en que se constata aquel carácter pluriofensivo, ya no se trata de una mera posibilidad, sino de una auténtica exigencia dogmática.

4.4) EL TIPO ESPECIALMENTE CUALIFICADO DE ESTAFA:
CONDUCTA PLURIOFENSIVA, DELITO PLURIOFENSIVO

4.4.1) Excurso: fundamentos de los números 1º y 8º del
artículo 529

En orden al artículo 529.1º, la doctrina coincide en afirmar la conveniencia de esta cualificación. De hecho,

²⁸⁷ GUTIÉRREZ FRANCÉS, M.L., *Fraude informático y estafa*, cit., p. 249.

Capítulo I.- Bien jurídico protegido

algunos estiman que, en todo caso, debe estimarse como muy cualificada²⁸⁸.

Para algunos autores el fundamento se encuentra en la modalidad comisiva, mientras que para otros se sitúa en el objeto de la defraudación. Dentro de la primera tesis se localiza a VIVES ANTÓN, para el cual el objeto de la defraudación no son las cosas de primera necesidad o los bienes de reconocida utilidad social, sino la contraprestación que se recibe -tras un acto de disposición, se recibe una compensación patrimonial incompleta, pues se entrega la cosa disminuida en la sustancia, cantidad o calidad-. Por esta razón, afirma que dicho fundamento se encuentra en la forma de llevar a cabo la defraudación, "esto es, en el potencial lesivo del medio empleado para engañar"²⁸⁹.

Frente a este criterio, afirmando que el fundamento se encuentra en el objeto de la defraudación, se sitúan BAJO FERNÁNDEZ y PÉREZ MANZANO²⁹⁰, según los cuales la

²⁸⁸ Vid. MUÑOZ CONDE, F., *Derecho Penal. Parte Especial*, cit., p. 287.

²⁸⁹ VIVES ANTÓN, T.S. en VIVES ANTÓN, T.S. y otros, *Derecho Penal. Parte Especial*, cit., p. 929.

²⁹⁰ Vid. BAJO FERNÁNDEZ, M., PÉREZ MANZANO, M. en BAJO FERNÁNDEZ, M. y otros, *Manual de Derecho Penal. Parte Especial*, cit., pp. 310 y 311. Este entendimiento ya lo sostenía BAJO (continúa...)

Capítulo I.- Bien jurídico protegido

razón de la agravación no puede localizarse en la modalidad comisiva, en la medida en que el objeto de la defraudación no es la contraprestación que se recibe, pues esa compensación patrimonial incompleta ya se castiga en el tipo básico. Es decir, en el tipo de estafa se castiga la defraudación que tiene lugar en el momento de la contraprestación.

Esa afirmación la sustentan los autores precitados, acertadamente a nuestro juicio, en los siguientes puntos:

- en primer lugar, porque puede producirse el acto de disposición sin que se haya alterado aún el bien o, por el contrario, que el acto de disposición tenga lugar cuando la cosa ya ha sido alterada, y "sólo en este segundo caso la alteración se integra en la acción engañosa y puede contribuir a elevar su potencialidad lesiva"²⁹¹, cuando ambos supuestos son subsumibles en la conducta típica, pues la

290 (...continuación)

FERNÁNDEZ en «Estafa sobre cosas de primera necesidad», *Comentarios a la legislación penal*, t. V, vol. 2º, Edersa, Madrid, 1985, p. 1218, al que se adhirió GONZÁLEZ RUS, J.J., *Los intereses económicos de los consumidores. Protección penal*, cit., p. 314. En igual sentido, RODRÍGUEZ RAMOS, L., *Compendio de Derecho Penal. Parte Especial*, 2ª edic., Trivium, Madrid, 1987, p. 317; MANJÓN-CABEZA OLMEDA, A., «Naturaleza de las circunstancias del artículo 529 del Código Penal. La circunstancia primera: especial referencia a las viviendas», *La Ley*, t. III, 1988, p. 849.

²⁹¹ BAJO FERNÁNDEZ, M., PÉREZ MANZANO, M., ult. cit., p. 310.

Capítulo I.- Bien jurídico protegido

alteración no va referida al engaño sino al perjuicio²⁹².

- En segundo lugar, la tesis de VIVES ANTÓN no explica el motivo por el que sólo se aprecia este incremento de la pena cuando la alteración recaiga sobre determinados bienes, pues aquélla puede ser el medio engañoso respecto de cualquier cosa.

- En tercer y último lugar, se explica acudiendo al régimen jurídico preexistente a la Reforma de 1983, pues, anteriormente, esta cualificación sólo concurría en los supuestos en que la defraudación fuese cometida por plateros o joyeros²⁹³, o por traficantes usando pesos o medidas falsas²⁹⁴, de lo que se deduce que en la legislación anterior se

²⁹² Vid. *infra* el apartado 2.2.2.3) del Capítulo siguiente.

²⁹³ Señalaba el antiguo artículo 529.2º que "incurrirá en las penas del artículo anterior: 2º. Los plateros o joyeros que cometieren defraudación alterando en su calidad, ley o peso los objetos relativos a su arte o comercio".

²⁹⁴ Artículo 529.3º: "Incurrirá en las penas del artículo anterior: 3º. Los traficantes que defraudaren, usando de pesos o medidas faltos, en el despacho de los objetos de su tráfico".

Capítulo I.- Bien jurídico protegido

atendía al sujeto activo²⁹⁵, mientras que ahora se atiende al objeto.

En cuanto a la jurisprudencia, la Sentencia del Tribunal Supremo de 8 de marzo de 1989²⁹⁶ reconoce que "la cualificación tiende a proteger al consumidor", si bien puede entenderse que esa tutela es el fin último de un precepto que fundamenta su existencia en el objeto material, pues aunque no encontramos ninguna sentencia que se pronuncie expresamente sobre este extremo, aprecian la cualificación siempre de acuerdo a unas cualidades determinadas del objeto material, de lo que podría inferirse que fundamentan su existencia en él²⁹⁷.

²⁹⁵ Corroboran esta interpretación de la legislación anterior a 1983, ANTÓN ONECA, J., «Las estafas y otros engaños», cit., p. 23; CUELLO CALÓN, E., *Derecho Penal. Parte Especial*, t. II, vol. II, cit., p. 943; GROIZARD GÓMEZ DE LA SERNA, A., *El Código Penal de 1870 concordado y comentado*, t. VII, Salamanca, 1897, pp. 140 y 151; QUINTANO RIPOLLES, A., *Tratado de la Parte Especial del Derecho Penal*, t. II, cit., pp. 696 y 697.

²⁹⁶ RA. 2553.

²⁹⁷ Vid. Sentencias del Tribunal Supremo de 24 de febrero de 1989 (RA. 1653), 6 de junio de 1990 (RA. 5149), 25 de noviembre de 1991 (RA. 8549), 25 de febrero de 1993 (RA. 1547), 14 de febrero de 1994 (RA. 775) y 13 de abril de 1994 (RA. 3281), entre otras muchas. Tal vez sea de destacar que la Sentencia de 14 de febrero de 1994 fundamenta la consideración de la vivienda como bien de primera necesidad acudiendo al artículo 47 de la Constitución, el cual establece como uno de los principios rectores de la política social y económica el derecho de todos los españoles a una vivienda digna y adecuada, de suerte que lo que se enfatiza es la relevancia del objeto.

Capítulo I.- Bien jurídico protegido

En definitiva, el fundamento del artículo 529.1º es la importancia del objeto sobre el que recae la defraudación.

En cuanto al artículo 529.8º, posiblemente, en este tipo cualificado sea en el que menos discrepancia surja cuando se trata su razón de ser. Para ello basta citar algunas de las manifestaciones de la doctrina respecto del mismo: según GONZÁLEZ RUS²⁹⁸, GUTIÉRREZ FRANCÉS²⁹⁹ y VALLE MUÑIZ³⁰⁰, está destinado a los fraudes colectivos; para QUERALT JIMÉNEZ³⁰¹, este elemento afecta a las relaciones económicas en su conjunto; y para VIVES ANTÓN³⁰², se refiere a la producción de un problema social.

²⁹⁸ GONZÁLEZ RUS, J.J., *Los intereses económicos de los consumidores. Protección penal*, cit., p. 323.

²⁹⁹ GUTIÉRREZ FRANCÉS, M.L., *Fraude informático y estafa*, cit., p. 507.

³⁰⁰ VALLE MUÑIZ, J.M., «Sobre algunas circunstancias que agravan la responsabilidad criminal en el delito de estafa (Art. 529, circunstancias 5ª, 7ª y 8ª CP)», *Revista Jurídica de Cataluña*, nº 2, 1988, p. 343.

³⁰¹ QUERALT JIMÉNEZ, J.J., *Derecho Penal español. Parte Especial*, cit., p. 234. De hecho, se cuestiona si más que un delito contra el patrimonio no se trata de un delito contra el sistema socioeconómico, "aquí las reglas de pureza del mercado" -p. 309-.

³⁰² VIVES ANTÓN, T.S. en VIVES ANTÓN, T.S. y otros, *Derecho Penal. Parte Especial*, cit., p. 931.

Capítulo I.- Bien jurídico protegido

En definitiva, en todos los autores está presente la referencia a la colectividad como sujeto de la lesión en relación a la necesidad de protección de la misma considerada en su conjunto, en la medida en que la defraudación que recae sobre un sujeto pasivo masa reviste una especial significación.

Por su parte, se destaca hoy una total sintonía en este ámbito entre la doctrina y la jurisprudencia, tal como reconocen la Sentencias del Tribunal Supremo de 20 de junio de 1990³⁰³ y 13 de julio de 1993³⁰⁴, entre otras.

Si hubiera que expresar de forma sintética la razón de ser de esta cualificación, no cabe duda que sería la existencia del «fraude colectivo» como generador de un «problema social».

³⁰³ RA. 6534.

³⁰⁴ RA. 5925.

Capítulo I.- Bien jurídico protegido

4.4.2) Examen

4.4.2.1) Introducción

El análisis del objeto jurídico -u objetos jurídicos- del tipo especialmente cualificado de estafa podría iniciarse desde la constatación de la diferencia abismal en la respuesta penal entre el tipo básico y éste, pues parece evidente que, entre una pena de un mes y un día a seis meses y una pena de seis años y un día a doce años, es posible hablar de «abismo».

Desde esa perspectiva, la concurrencia de determinados supuestos agravatorios es lógico que determine un aumento en la consecuencia jurídica del delito, pero si ese incremento es tal que produce una diferencia de dos grados en la escala punitiva entre el tipo básico y el tipo cualificado, parece que, cuanto menos, habría que plantearse las razones que han conducido al legislador a establecer aquel abismo, pues puede que ello sea debido a que se está protegiendo algo más.

Sin embargo, no es aventurado afirmar que el Código Penal vigente no es, precisamente, un modelo de

coherencia político-criminal en sus valoraciones sobre los bienes jurídicos³⁰⁵ -y, por ende, en sus respuestas penales-, sino, posiblemente, todo lo contrario. Por este motivo, evitamos la tentación de pretender confirmar -o no- la concurrencia de un segundo bien jurídico en el tipo especialmente cualificado objeto de nuestra investigación por esta vía. Conste que, aparentemente, hubiese sido un camino mucho más fácil, pues no cabe duda que partir de una diferencia tan significativa en la consecuencia jurídica del delito allana el terreno, por así decir, de cara a aquella confirmación, en la medida en que podría sostenerse que el salto en la escala punitiva se debe a la juridificación del interés de carácter colectivo que resulta afectado, junto con el interés individual, por la conducta engañosa típica de la estafa.

4.4.2.2) La posición de la doctrina: comentarios y consecuencias. La juridificación del interés colectivo

La doctrina apunta todo un conjunto de argumentos para justificar, político-criminalmente, la razón de ser de los números 1º y 8º del artículo 529. Pero lo cierto es que cuando los autores se enfrentan al artículo 529,

³⁰⁵ Desde una perspectiva comparativa de sus contenidos.

no se aportan argumentos que expliquen la existencia de la especial cualificación, aunque, eso sí, todos hacen referencia a la exasperación de la pena que tiene lugar cuando aparecen dichos elementos de manera conjunta en un supuesto de hecho. Esto nos lleva a pensar que analizan la cuestión desde la mera adición, de acuerdo con el criterio general según el cual la pena se incrementa progresivamente a medida que se suman elementos agravatorios. Y lo más que se llega a expresar se sitúa en la línea de lo afirmado, por ejemplo, por RUIZ VADILLO³⁰⁶, según el cual la especial agravación que contiene el delito de estafa se formuló pensando en la delincuencia económica, lo que le merece un juicio de valor positivo.

Sin embargo, desde nuestra perspectiva, la justificación de un mayor reproche sólo es posible si el análisis se efectúa conjuntamente, de suerte que la razón debe ser sólo una, pues como señala MUÑOZ CONDE, "los derechos de los consumidores y usuarios no son, desde luego, exclusivamente de naturaleza patrimonial y, en todo caso, tienen un aspecto social más importante que el

³⁰⁶ RUIZ VADILLO, E., «La punición de los delitos de robo con fuerza en las cosas, hurto y estafa en la reforma parcial del Código Penal de 25 de junio de 1983. Las circunstancias de agravación específicas», *Estudios Penales y Criminológicos*, t. VII, 1984, p. 346.

Capítulo I.- Bien jurídico protegido

puramente individual patrimonial". En este sentido, sigue afirmando que "es un derecho de difícil conceptualización jurídica..., pero que, en todo caso, no se identifica con los intereses patrimoniales individuales"³⁰⁷.

BAJO FERNÁNDEZ, en relación a la conducta del tipo cualificado del artículo 529.1º, sostiene que el legislador "ha tomado en cuenta la protección de los intereses de los consumidores como fenómeno social"³⁰⁸, referencia a los consumidores que también está presente en otros muchos autores (GÓMEZ BENÍTEZ, GUTIÉRREZ FRANCÉS, MANJÓN-CABEZA OLMEDA, MARTOS NÚÑEZ, QUINTERO OLIVARES, TORÍO LÓPEZ,...)³⁰⁹. GONZÁLEZ RUS³¹⁰, por

³⁰⁷ MUÑOZ CONDE, F., «La ideología de los delitos contra el orden socio-económico en el Proyecto de Ley Orgánica de Código Penal», cit., p. 125.

³⁰⁸ BAJO FERNÁNDEZ, M., «Estafa de cosas de primera necesidad», cit., p. 1218. La cursiva no está en el original.

³⁰⁹ Cfr. GÓMEZ BENÍTEZ, J.M., «Delitos contra el patrimonio», *Documentación Jurídica*, nº 37/40, monográfico dedicado a la PANCP, vol. 1, 1983, p. 702 (si bien se refiere al artículo 244.1º de la Propuesta de Anteproyecto de nuevo Código penal de 1983); GUTIÉRREZ FRANCÉS, M.L., *Fraude informático y estafa*, cit., p. 528; MANJÓN-CABEZA OLMEDA, A., «Naturaleza de las circunstancias del artículo 529 del Código Penal. La circunstancia primera: especial referencia a las viviendas», cit., p. 849; MARTOS NÚÑEZ, J.A., «Protección de los consumidores y usuarios», cit., p. 445; QUINTERO OLIVARES, G., «Delitos contra los intereses generales o derechos sociales», cit., p. 577; TORÍO LÓPEZ, A., «Reflexión sobre la protección penal de los consumidores», cit., p. 156.

³¹⁰ GONZÁLEZ RUS, J.J., *Los intereses económicos de los consumidores. Protección penal*, cit., p. 316. En este sentido se manifiesta también ELGUERO MERINO, J.M., *La estafa de seguro*, cit., p. 141, señalando que la agravación del número 4º se establece por los mismos motivos que el número 1º u 8º, a saber, "por la especial (continúa...)"

Capítulo I.- Bien jurídico protegido

su parte, reconoce el abuso de confianza que subyace en la conducta típica de la estafa sobre bienes de reconocida utilidad social, afirmando también que el legislador estaba pensando en la protección de los consumidores cuando dispuso estas agravaciones³¹¹. y, para HUERTA TOCILDO³¹², en este tipo cualificado se produce la lesión de un interés supraindividual.

Toda esa copiosa cita doctrinal no es un mero capricho, sino que trata de cuestionar el hecho de que si esas acertadas afirmaciones se hacen en relación, exclusivamente, al número 1º del artículo 529, ¿qué se puede decir cuando, además, resultan perjudicados múltiples personas!, pues conviene no olvidar que nos situamos ante un tipo penal que requiere como uno de sus elementos objetivos la existencia de un «sujeto pasivo masa».

310 (...continuación)
trascendencia de estas estafas", la cual se concreta, entre otros puntos, en el quebranto de la buena fe.

311 GONZÁLEZ RUS, J.J., ult. cit., p. 318.

312 HUERTA TOCILDO, S., «Los delitos patrimoniales en el Proyecto de Código Penal de 1980», cit., p. 498.

Capítulo I.- Bien jurídico protegido

Se puede argumentar, como hace QUERALT JIMÉNEZ³¹³, que es menos reprochable realizar múltiples defraudaciones de escasa cuantía, que realizar una sola por la cantidad resultante.

Frente a este tipo de afirmaciones contesta con razón VIVES ANTÓN, señalando que cuando resultan afectados múltiples sujetos se produce un «problema social», pues no cabe duda que "desde consideraciones estrictamente patrimoniales, dada una estafa de determinada cuantía, su proyección sobre un colectivo no aumenta, en absoluto, su gravedad, sino que, probablemente, la disminuye"³¹⁴.

Este es el motivo por el que, posteriormente, pondremos en tela de juicio la equiparación punitiva que hace el actual Código Penal entre el supuesto de concurrencia de la 1ª con la 8ª y la 7ª con la 8ª.

En definitiva, no podemos guiarnos, exclusivamente, por el elemento patrimonial. La estafa que recae sobre un bien de reconocida utilidad social y que afecta a

³¹³ QUERALT JIMÉNEZ, J.J., *Derecho Penal español. Parte Especial*, cit., p. 309.

³¹⁴ VIVES ANTÓN, T.S. en VIVES ANTÓN, T.S. y otros, *Derecho Penal. Parte Especial*, cit., p. 931.

Capítulo I.- Bien jurídico protegido

múltiples individuos provoca, sin lugar a dudas, un quebranto económico³¹⁵. Pero también genera una gran alarma social³¹⁶, la cual puede encontrar su fundamento en la afectación de la confianza en el tráfico económico-jurídico, perdiendo éste uno de sus requisitos básicos, cual es la seguridad³¹⁷. Precisamente por esta razón, porque junto al interés patrimonial individual se afecta un interés colectivo, el legislador establece una especial cualificación. De esta manera, se constata que el fundamento no hay que buscarlo en una mera suma de razones -un objeto determinado y un fraude colectivo-, sino que ambas conforman una nueva razón.

Muchos autores, como se ha tenido ocasión de comprobar, insinúan -o afirman, sin más- que, efectivamente, en todo este «problema social» subyace una referencia a la quiebra de la confianza³¹⁸, a lo que

³¹⁵ En este contexto, volvemos a reiterar, la estafa suele ser especialmente grave, tal vez no tanto por el valor del bien defraudado -que en muchas ocasiones sí lo es, caso de una estafa inmobiliaria-, como por el perjuicio que se causa -caso de las estafas alimentarias-.

³¹⁶ No hay que entender la expresión «alarma social» en un sentido "periodístico", pues en ese contexto, también el ataque a la libertad sexual de determinadas personas genera una gran alarma social, y no por eso afirmamos la existencia de un ataque a la colectividad (cfr. LANDROVE DÍAZ, G., *Los fraudes colectivos*, Bosch, Barcelona, 1978, p. 74).

³¹⁷ Motivo por el cual entendemos que es la seguridad del tráfico económico-jurídico el interés que resulta atacado.

³¹⁸ Se utiliza la expresión confianza como recurso metonímico.

hay que sumar -dato que en ocasiones se olvida- el perjuicio que se causa a una colectividad, de lo que podemos inferir que la seguridad de la que se abusa es la de la colectividad, concretada en los consumidores y usuarios³¹⁹.

Volver a recordar aquí todos los argumentos que nos condujeron a afirmar que la confianza defraudada es la de la colectividad -y no la de los sujetos efectivamente perjudicados- es ocioso, mercedo sólo destacar en este momento que el interés en que las relaciones económico-jurídicas se desarrollen de forma segura no es exclusiva de un determinado grupo, el que en ese momento negocia y resulta perjudicado³²⁰. Como señala ANTÓN ONECA, cuando tiene lugar una entrega deficitaria de cosas se produce un abuso "de la confianza que ordinariamente se pone en los demás; suposición necesaria para la rapidez y seguridad del tráfico jurídico"³²¹. En sede de ejemplo, pensemos en una gran oferta de un gran almacén -por consiguiente, con un elevado volumen de ventas-, donde se

³¹⁹ Cfr. GONZÁLEZ RUS, J.J., *Los intereses económicos de los consumidores. Protección penal*, cit., p. 316.

³²⁰ Vid. *supra* el apartado 4.2.4) acerca de la concreta identificación del interés colectivo que subyace en el tipo de estafa.

³²¹ ANTÓN ONECA, J., «Las estafas y otros engaños», cit., p. 22.

Capítulo I.- Bien jurídico protegido

pone a disposición de los consumidores un producto alimenticio a un precio ciertamente competitivo, atrayendo la atención de aquéllos -como suele suceder-, y provocando una adquisición masiva. Si en el etiquetado del producto se advierte una determinada calidad, obviamente los consumidores deben fiarse de lo manifestado, entre otras razones, porque no tienen la posibilidad de comprobación³²². Y si al final resulta que el continente no coincide con el contenido³²³, no cabe duda que se afecta al interés patrimonial de los que han adquirido aquel producto, pero también queda afectado el interés colectivo en un tráfico económico seguro, de manera que, en adelante, los consumidores van a desconfiar de las promociones "fantásticas" que se realicen.

Esa preocupación del legislador por la protección de los derechos básicos de los consumidores -entre los que se incluyen, como sabemos, los legítimos intereses económicos y sociales-, en relación a los bienes de reconocida

³²² vid. *infra* el apartado dedicado en el Capítulo siguiente al juicio de idoneidad del engaño y el reconocimiento por el sujeto pasivo del objeto material.

³²³ Entendiendo que esta expresión supone que, con la intención de obtener un beneficio ilícito, se ha manipulado la etiqueta, engañando a los consumidores y provocando, en consecuencia, un acto de disposición perjudicial.

utilidad social, no es ni mucho menos exclusiva del Derecho Penal. Así, el artículo 2.2 de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios prioriza aquella tutela "cuando guarde[n] relación directa con productos o servicios de uso o consumo común, ordinario y generalizado", lo cual, por otro lado, no es más que una manifestación de coherencia con la jerarquización axiológica que se desprende de la Constitución³²⁴, lo que se tiene que reflejar, no sólo en el desarrollo reglamentario de la antecitada Ley y en las actuaciones administrativas³²⁵, sino, en general, en toda la acción legislativa tendente a proteger los intereses de los consumidores.

De esta forma, cobra mayor sentido la afirmación de MUÑOZ CONDE cuando señala que en el momento en que el legislador establece esta especial cualificación, está castigando más severamente las estafas de mayor relevancia social y económica, motivo por el cual se fija

³²⁴ vid. GARCÍA ALBERO, R., «La tutela penal y administrativa de la salud de los consumidores en materia alimentaria. Consideraciones críticas en torno a su articulación jurídica», cit., p. 101.

³²⁵ Como sostiene BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, A., «Ámbito de aplicación y derechos de los consumidores en la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios», cit., p. 140.

un incremento mínimo de la pena si sólo concurre un supuesto agravatorio³²⁶.

No deja de resultar paradójico que, respecto del derogado artículo 529.2º³²⁷, la doctrina³²⁸ no dudase en afirmar que, junto al patrimonio, se lesionaba la buena fe, confianza o seguridad en el tráfico, fundándose para ello³²⁹, de un lado, y fundamentalmente, en los especiales conocimientos de los sujetos activos, cuando hoy existe práctica unanimidad en torno a lo mismo, a saber: muchos fraudes tienen uno de sus orígenes en el aprovechamiento por el sujeto activo de sus conocimientos frente a la ausencia de éstos en los consumidores³³⁰. Y, de otro lado, basándose en el valor del objeto

³²⁶ Vid. MUÑOZ CONDE, F., «La reforma de los delitos contra el patrimonio», cit., p. 679, tesis a la que se adhiere GUTIÉRREZ FRANCÉS, M.L., *Fraude informático y estafa*, cit., p. 532, nota 669.

³²⁷ "Los plateros y joyeros que cometieren defraudación alterando en su calidad, ley o peso los objetos relativos a su arte o comercio".

³²⁸ Vid. ANTÓN ONECA, J., «Las estafas y otros engaños», cit., p. 23; GROIZARD GÓMEZ DE LA SERNA, A., *El Código Penal de 1870 concordado y comentado*, cit., p. 141; QUINTANO RIPOLLÉS, A., *Tratado de la Parte Especial del Derecho Penal*, t. II, cit., pp. 694 y 696.

³²⁹ Al margen de consideraciones históricas. Vid., al respecto, ANTÓN ONECA, J., ult. cit., p. 23.

³³⁰ Reiterada afirmación que hemos acompañado siempre de citas ejemplificativas al respecto. En todo caso, vid. DE ÁNGEL YÁGÜEZ, R., «La posición del consumidor y el ejercicio de sus derechos. Daños causados por productos defectuosos», cit., pp. 58 y ss.; SERRANO-PIEDRECASAS FERNÁNDEZ, J.R., *La estafa en el contrato de seguro*, cit., p. 98.

Capítulo I.- Bien jurídico protegido

material, cuando si bien es cierto que, en general, puede afirmarse que un bien de reconocida utilidad social no tiene que poseer un valor en sentido estricto superior a una joya, v.gr., no cabe duda que su «valor social», por así decir, sí es superior.

Por todo lo dicho, a partir de este momento nada empece afirmar que en el tipo especialmente cualificado del inciso final del párrafo 2º del artículo 528 del Código Penal en relación a los números 1º y 8º del mismo texto legal, se está protegiendo, junto al patrimonio individual de los perjudicados, la seguridad del tráfico económico-jurídico como interés de los consumidores y usuarios de bienes y servicios, expectativa que ya fue plenamente identificada en su momento, todo lo cual permite sostener que no se está ante una «metáfora conceptual», "a un mero pretexto de bien jurídico, para ampliar arbitrariamente la intervención del Estado"³³¹.

Este bien jurídico no es más que una manifestación de la necesidad de intervención por parte del Estado para lograr una efectiva libertad e igualdad del individuo y

³³¹ BUSTOS RAMÍREZ, J., «Los bienes jurídicos colectivos», cit., p. 154 (la conocida expresión entre comillas latinas proviene de PADOVANI, T., «La problematica del bene giuridico e la scelta delle sanzioni», *Dei delitti e delle pene*, nº 1, 1984, p. 117, nota 14, citada por BUSTOS).

Capítulo I.- Bien jurídico protegido

sus concretas necesidades, siendo al respecto sumamente ilustrativo BUSTOS RAMÍREZ cuando afirma que "nada se saca desde una concepción actual con proteger la vida y la salud individual, si al mismo tiempo no se protege la calidad del consumo o el medio ambiente; nada se saca con proteger la libertad y la propiedad, si al mismo tiempo no se protege la libre y limpia competencia"³³², debiéndose recordar que en la protección de los consumidores subyace un fin último, la protección del correcto funcionamiento del sistema competitivo de economía de mercado.

4.4.2.3) El momento de la juridificación: un problema interpretativo

Dado que afirmamos que el interés colectivo se encuentra formalizado en el tipo especialmente cualificado de estafa, debemos preguntarnos por el momento a partir del cual puede sostenerse tal aseveración.

Pues bien, entendemos que la doble protección estaba presente en la mente del legislador de 1983, y quedó

³³² BUSTOS RAMÍREZ, J., «Perspectivas actuales del Derecho Penal económico», cit., p. 215.

plasmada en la nueva configuración del delito de estafa que tiene lugar con dicha Reforma³³³. De esto se infiere que nos encontramos frente a un problema meramente interpretativo, como así se percata GUTIÉRREZ FRANCÉS. Esta autora se plantea cómo, a pesar de los cambios producidos tanto a nivel legislativo como dentro del marco donde tienen lugar hoy las estafas (nuevas estructuras socioeconómicas), el intérprete sigue operando con los esquemas tradicionales, por lo que se cuestiona si, efectivamente, esos cambios se han producido a nivel legislativo o, muy por el contrario, es precisamente el intérprete el que está desaprovechando el molde dejado por el legislador, "perdiendo energías en discutir acerca de las conductas de escasa relevancia social -«la estafa del mendigo», «estafa al ladrón»...- y olvidando las nuevas y más graves estafas"³³⁴. Por todo ello, no se trata de aprovechar un tipo penal existente para, de acuerdo con una sólida elaboración teórica, "penalizar supuestos que el legislador ni tuvo ni pudo tener «in mente»"³³⁵.

³³³ Ley Orgánica 8/1983, de 25 de junio, de Reforma Urgente y Parcial del Código Penal (BOE nº 152, de 27 de junio; corrección de errores en BOE nº 175, de 23 de julio).

³³⁴ GUTIÉRREZ FRANCÉS, M.L., *Fraude informático y estafa cit.*, pp. 194 y 195.

³³⁵ TERRADILLOS BASOCO, J., «Delitos financieros», *Documentación Jurídica*, nº 37/40, monográfico dedicado a la PANCP, vol. 2, p. 137.

Esta preocupación por la «infrautilización» no es exclusiva del Derecho Penal ni mucho menos. Precisamente dentro del ámbito de la defensa de los intereses de los consumidores, BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO se cuestiona la necesidad de normas especiales, cuando a lo mejor lo que ocurre, según este autor, "es que no se han desarrollado y aplicado adecuadamente disposiciones ya existentes, para hacer frente a las nuevas realidades"³³⁶. En este sentido, pone como ejemplo el Estatuto de la Publicidad y la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios en relación a las normas sobre veracidad y competencia leal en la actividad publicitaria, en donde lo que se pretende con determinados preceptos de la segunda ya se encontraba resuelto con la primera³³⁷.

Años antes de la Reforma de 1983, QUINTERO OLIVARES ponía de manifiesto respecto de la estafa, por un lado, "la crisis de unas arcaicas estructuras de

³³⁶ BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, A., «Reflexiones críticas sobre la protección de los consumidores en el Derecho español», *Estudios jurídicos sobre protección de los consumidores*, Tecnos, Madrid, 1987, p. 20.

³³⁷ El Estatuto de la Publicidad se encuentra hoy derogado por la Ley 34/1988, de 11 de noviembre, General de Publicidad (BOE nº 274, de 15 de noviembre), si bien la observación realizada continúa plenamente vigente en lo esencial.

responsabilidad punible" y, por otro lado, "la incapacidad del Código mismo para acomodarse a la realidad"³³⁸. Con la citada Reforma, entendemos que esas críticas han sido superadas: el Código responde, en general³³⁹, a las nuevas formas de defraudación en una suerte de nuevas estructuras acomodadas a la realidad³⁴⁰. Sin embargo, el intérprete sigue llevando a cabo la labor hermenéutica conforme a unas estructuras obsoletas, razón por la que, entre otros motivos, le es difícil, aún cuando lo insinúa, afirmar determinadas cuestiones, como es, en este caso, la tutela del interés colectivo. Posiblemente ha esto se refiere el autor precitado cuando señala que "tal vez no haya que buscar

338 QUINTERO OLIVARES, G., «La política penal para la propiedad y el orden económico ante el futuro Código Penal español», cit., p. 205. En igual sentido, FERNÁNDEZ ALBOR, A., *Estudios sobre criminalidad económica*, cit., pp. 23 y 46.

339 Cfr. QUINTERO OLIVARES, G., «Delitos contra intereses generales o derechos sociales», cit., p. 574.

340 Aunque no llegamos tan lejos como BAJO FERNÁNDEZ, M., PÉREZ MANZANO, M. en BAJO FERNÁNDEZ, M. y otros, *Manual de Derecho Penal. Parte Especial*, cit., p. 39, cuando afirman que "hoy, tras la reforma de 1983, puede decirse que el Derecho penal patrimonial y económico español no merece ninguna acusación de ajenidad a las exigencias económicas colectivas de la sociedad moderna, o de vinculación exclusiva a una concepción liberal e individualista propia del siglo XIX"; opinión que reitera BAJO FERNÁNDEZ en «Política criminal y reforma penal. Delitos económicos», *Revista del Foro Canario*, nº 87, 1993, pp. 122 y ss.

la causa de su frecuencia alarmante en los posibles defectos del Código penal"³⁴¹.

Que efectivamente el problema no es legislativo sino interpretativo lo prueba, por ejemplo, la Propuesta de Anteproyecto de nuevo Código Penal de 1983, que con la pretendida finalidad de proteger al consumidor, añadió a la actual redacción del artículo 529.1º "o bien cuando en perjuicio del consumidor se facturaren, en servicio a satisfacer por tarifas, cantidades indebidas", cuando, en primer lugar, esa conducta ya encaja perfectamente en el actual tipo penal y, en segundo lugar, no se consigue una mayor protección del consumidor³⁴², sino posiblemente todo lo contrario, pues ese no es, ni mucho menos, un supuesto que sintetice los fraudes a los consumidores, en la medida en que la protección a éstos tiene que ir mucho más allá que la defraudación en la prestación de servicios³⁴³.

³⁴¹ QUINTERO OLIVARES, G., «La política penal para la propiedad y el orden económico ante el futuro Código Penal español», cit., p. 205.

³⁴² En contra, GÓMEZ BENÍTEZ, J.M., «Delitos contra el patrimonio», cit., p. 702.

³⁴³ Un análisis de la prestación de servicios desde la perspectiva constitucional, y determinadas consecuencias, en QUINTELA GONÇALVEZ, M.T., *La protección de los consumidores y usuarios y la Constitución española de 1978*, cit., pp. 255 y ss.

Capítulo I.- Bien jurídico protegido

Otro claro ejemplo lo constituye el recurso tradicional a la estafa inmobiliaria cuando se quiere poner un ejemplo de estafa de bienes de reconocida utilidad social y con múltiples perjudicados -en la que, generalmente, también concurre la especial gravedad-. Sin dejar de reconocer su trascendencia, se olvidan otros campos en los que este tipo de defraudaciones, desafortunadamente, tiene plena vigencia, como es el caso de las estafas alimentarias³⁴⁴. Acudiendo al ejemplo de la estafa inmobiliaria se quieren poner de manifiesto una serie de deficiencias en la regulación de este delito, lo cual puede ser cierto (de hecho, respecto de determinadas críticas lo es), pero no es un fiel reflejo de las posibilidades reales de punición conforme a este tipo penal.

³⁴⁴ PÉREZ ÁLVAREZ, F., *Protección penal del consumidor. Salud pública y alimentación*, cit., pp. 86 y ss., en relación a las conductas que ponen en peligro la salud pública en materia de alimentos, prefiere utilizar la expresión «delito alimentario nocivo», pues con ella se obvian las dificultades que el término «fraude» conlleva en orden al castigo de las conductas referidas a la salud pública en materia alimenticia.

Frente a ese entendimiento, OCTAVIO DE TOLEDO Y UBIETO, E., «Notas para un estudio de los fraudes alimentarios en Derecho Penal», *Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense*, nº 57, 1979, p. 123, siguiendo a la doctrina italiana, pretende englobar dentro del término «fraude alimentario» tanto las conductas que atentan contra la salud pública -fraudes alimentarios nocivos- como las que atentan a otros intereses distintos, caso del patrimonio -fraudes alimentarios inocuos-. Vid., en sentido contrario, REBOLLO PUIG, M., *Potestad sancionadora, alimentación y salud pública*, cit., pp. 863 y ss.

Sobre las estafas alimentarias vid. *infra* el apartado dedicado a las mismas en el Capítulo siguiente.

Capítulo I.- Bien jurídico protegido

Cuando se comete una estafa alimentaria, tal como se desarrollan hoy las relaciones de consumo, se perjudica a un número considerable de personas, además de producir una afectación grave en el sector de la alimentación en concreto. Afirmar que en estos casos de fraudes colectivos -que además causan perjuicios de enorme entidad y que afectan a un bien de primera necesidad como los alimentos- sólo debe ser protegido el patrimonio de los afectados en la medida en que sólo éste resulta lesionado es, cuanto menos, una ligereza.

En esta misma línea hay que situar la estafa en el contrato de determinadas modalidades de seguro, fundamentalmente, respecto de los seguros obligatorios. Claro que una aparente objeción puede venir dada por el hecho de que, generalmente, aunque el contrato-tipo de una compañía aseguradora contenga cláusulas fraudulentas -es decir, redactadas de tal forma que, aún actualizándose el riesgo asegurado, no se tenga que abonar la prima-, dicho fraude tendrá lugar respecto de un asegurado en concreto, siendo difícil, por lo tanto, que existan múltiples perjudicados³⁴⁵. Sin embargo, esa

³⁴⁵ Adelantamos que, con la doctrina mayoritaria y la jurisprudencia, entendemos por perjudicados, a los efectos del artículo 529.8º, los sujetos pasivos del delito (vid. *infra* el apartado dedicado a la distinción entre sujeto pasivo y perjudicado en el Capítulo III).

Capítulo I.- Bien jurídico protegido

objeción es más aparente que real, y basta citar como ejemplo los seguros por cuenta ajena de prestaciones complementarias a la Seguridad Social, donde siendo tomador normalmente la empresa, asegurados son el colectivo de trabajadores. En este sentido, reconoce SERRANO-PIEDECASAS FERNÁNDEZ que en estos supuestos en los que la redacción confusa del contrato se realiza con la finalidad de hacer decaer el derecho a percibir la contraprestación, se afectan también "intereses de carácter socioeconómico, la seguridad en el tráfico mercantil, la defensa del consumidor"³⁴⁶, pues la práctica demuestra que es reiterado el uso de cláusulas limitativas de derechos, que se traducen, obviamente, en la pérdida del derecho a recibir la contraprestación³⁴⁷, si bien el autor precitado considera que este segundo bien jurídico sólo resulta afectado respecto de seguros que por su obligatoriedad y contenido social merezcan tal protección³⁴⁸.

³⁴⁶ SERRANO-PIEDECASAS FERNÁNDEZ, J.R., *La estafa en el contrato de seguro*, cit., p. 86.

³⁴⁷ *Ibidem*, p. 98.

³⁴⁸ El seguro como posible bien de reconocida utilidad social es analizado dentro del estudio del objeto material en el Capítulo siguiente, analizándose posteriormente, dentro del mismo Capítulo, la virtual concreción del perjuicio en las estafas en el contrato de seguro, esto es, donde los consumidores pueden resultar perjudicados.

Capítulo I.- Bien jurídico protegido

Por otro lado, es sumamente relevante como la doctrina, en diferentes momentos pretéritos, se ha preocupado por los graves inconvenientes que surgen con las construcciones ancladas en interpretaciones tradicionales sin atender a las nuevas realidades³⁴⁹; y en este sentido hay que entender a MUÑOZ CONDE cuando afirma que no se puede olvidar que "la reforma penal de 1983 precisamente ha tenido su principal limitación al incardinarse en un Código ajeno, si no opuesto, a los principios inspiradores de la reforma"³⁵⁰.

En un contexto crítico tenemos que situar las manifestaciones de NOVOA MONREAL, el cual expresa que "la tutela de los intereses de los consumidores se confunde en la legislación moderna con la de los intereses colectivos, porque todo miembro de la comunidad es en definitiva un consumidor"³⁵¹. En esta línea, sigue diciendo que "en los años más recientes ha aparecido una tendencia que busca separar de los delitos contra el patrimonio tradicionales a aquellos que tienen como

³⁴⁹ Cfr. JIMÉNEZ HUERTA, M., «Fraude maquinado y estafa procesal», *Estudios jurídicos en homenaje al Prof. Jiménez de Asúa, Abeledo-Perrot*, Buenos Aires, 1964, p. 135; LÓPEZ HERNÁNDEZ, G., «Sobre la tutela penal del patrimonio», cit., p. 510.

³⁵⁰ MUÑOZ CONDE, F., «La reforma de los delitos contra el patrimonio», cit., p. 679.

³⁵¹ NOVOA MONREAL, E., «Reflexiones para la determinación y delimitación del delito económico», cit., p. 70.

Capítulo I.- Bien jurídico protegido

sujeto pasivo a un conjunto más amplio de individuos", cuando "es difícil admitir que la concurrencia de una gran cantidad de sujetos pasivos pueda alterar, sin más, el bien jurídico protegido y, por ende, la clasificación misma de los tipos penales"³⁵².

Respecto de las anteriores manifestaciones hay que señalar: en primer lugar, en cuanto a la equiparación individuo-consumidor, ya hemos tenido ocasión de manifestarnos; si acaso, recordar la necesaria relativización de la conocida expresión "the consumer is everybody all the time", en la medida en que pretende simplificar toda relación social a una relación consumerista, equiparando consumidor y adquirente³⁵³.

En segundo lugar, es cierto que la comisión de un delito patrimonial en el que resultan perjudicados múltiples sujetos no convierte ese delito, sin más, en un delito económico; el bien jurídico protegido sigue siendo el patrimonio del individuo afectado, y no porque resulten muchos lesionados debe buscarse un bien jurídico

³⁵² *Ibidem*, p. 71.

³⁵³ Esta famosa frase está contenida en *Final Report of the Committee on Consumers Protection*, presentado al Parlamento inglés en julio 1962, conocido como Molony Report (un análisis del mismo en WRAITH, R., *The Consumer Cause*, Royal Institute of Public Administration, London, 1976, citado por BERMEJO VERA, J., «Aspectos jurídicos de la protección del consumidor», cit., p. 258, nota 10).

Capítulo I.- Bien jurídico protegido

colectivo. Pero tampoco puede olvidarse que, como apunta VIVES ANTÓN, la multiplicidad de perjudicados genera un problema social, el cual no hace aparecer otro objeto jurídico, pero no deja de ser un «aviso al navegante», por así decir, sobre la posible afectación de algo más.

Ahora bien, si se constata la existencia de la necesidad de protección de los consumidores, más la existencia de unos intereses económico-sociales concretos, más la de unos ataques intolerables a dichos intereses que hacen necesaria la intervención del Derecho Penal, más un tipo penal que efectivamente nace pensando en la tutela de aquellos intereses económicos y sociales, no puede menos que concluirse que es posible que determinado tipo especialmente cualificado pueda tutelar algo más que el patrimonio³⁵⁴, de suerte que, si acaso, podría hablarse de alteración cuando se niega por el intérprete la protección de un interés que el legislador ha podido tomar en consideración.

En tercer lugar, respecto a esa tendencia de las legislaciones modernas a confundir intereses de los

³⁵⁴ En esta línea de razonamiento se sitúa en ocasiones, precisamente respecto de nuestro objeto de estudio, GUTIÉRREZ FRANCÉS, M.L., Fraude informático y estafa, cit., p. 248 y nota 152, por ejemplo.

consumidores con intereses colectivos, puede que no exista confusión alguna en algunos tipos penales, y que, efectivamente, se pretenda proteger un interés difundido -como así creemos que ocurre-³⁵⁵. En este caso, el problema no sería legislativo, sino interpretativo, es decir, se está interpretando equivocadamente unas normas con unas finalidades concretas distintas a las que se están manejando. Buena prueba de ello es que el mismo NOVOA MONREAL afirma que "lo que sí interesa anotar es que esa masificación del sujeto pasivo exige leyes más apropiadas que las tradicionales"³⁵⁶, cuando, insistimos, puede resultar que esas leyes sí son apropiadas, situándose lo inapropiado en la significación que se pretende de las mismas.

En todo caso, tampoco hay que sacar de contexto las manifestaciones vertidas por NOVOA MONREAL, pues el problema que late en el fondo de la afirmaciones de este autor viene originado por su concepción estricta del delito económico, desde cuya visión «lo socioeconómico» queda reducido a un número muy

³⁵⁵ La atención a los bienes jurídicos colectivos no es más que una consecuencia de la «modernización del Derecho Penal», como sostienen HASSEMER, W., MUÑOZ CONDE, F., *Introducción a la Criminología y al Derecho Penal*, cit., p. 108, en un proceso de adaptación a la evolución social.

³⁵⁶ *Ibidem*.

limitado de tipos penales. Por esta razón, no puede por menos que reconocerse la coherencia en su formulación³⁵⁷.

Si hubiese que sintetizar todas las reflexiones últimas en torno al momento en virtud del cual puede afirmarse que la seguridad del tráfico económico-jurídico se haya formalizada, en relación al uso permanente de unos esquemas interpretativos ya obsoletos, valdrían las palabras de QUINTERO OLIVARES que "la inercia impide abandonar con facilidad hábitos adquiridos"³⁵⁸.

Por todo ello, puede que no se encuentren razones que justifiquen la existencia de un tipo especialmente cualificado cuando concurren los números 7º -especial gravedad- y 8º -múltiples perjudicados- del artículo 529, y sí, por el contrario, podrían apuntarse argumentos para abogar por su supresión. En primer lugar, tal como se ha puesto de manifiesto por la doctrina³⁵⁹, no puede

³⁵⁷ Vid. *infra* el epígrafe siguiente.

³⁵⁸ QUINTERO OLIVARES, G., «Sobre los presupuestos y limitaciones de la legislación penal económica», *Estudios Jurídicos en honor al Profesor Octavio Pérez-Vitoria*, t. II. Bosch, Barcelona, 1983, p. 781.

³⁵⁹ según MUÑOZ CONDE, F., *Derecho Penal. Parte Especial*, cit., pp. 288 y 289, "aunque se haya prescindido del rígido sistema de cuantías, no puede ignorarse [la agravante 7ª] a la hora de determinar la gravedad de la estafa".

Capítulo I.- Bien jurídico protegido

despreciarse en los delitos que lesionan el patrimonio, cuanto menos, el valor del bien afectado, si bien es cierto que, desde esa perspectiva, el artículo 529.7º no es más que un simple criterio corrector en la valoración del desvalor de resultado³⁶⁰; lo cual no debe merecernos un juicio negativo pues, desde nuestro entendimiento, el tipo del injusto tiene un contenido mixto (objetivo-subjetivo) que comprende tanto la valoración interna de la conducta prohibida (desvalor de acción) como la materialización de la misma -la lesión o puesta en peligro del bien jurídico- (desvalor de resultado)³⁶¹. Así, "no parece, pues, descabellado que una de las variantes para acomodar la proporcionalidad del castigo al injusto cometido en buena parte de delitos patrimoniales sea, en cierto modo, el valor económico de lo...defraudado"³⁶². Pero, insistimos, no es más que un

³⁶⁰ Vid. *infra* un análisis de este precepto en el epígrafe 2.5).

³⁶¹ Cfr. BUSTOS RAMÍREZ, J., «Política criminal e injusto», cit., pp. 168 y ss.; MUÑOZ CONDE, F., GARCÍA ARÁN, M., *Derecho Penal. Parte General*, cit., pp. 279 y 280; OCTAVIO DE TOLEDO Y UBIETO, E.; HUERTA TOCILDO, S., *Derecho Penal. Parte General*, cit., pp. 169 y ss.; QUINTERO OLIVARES, G., «Acto, resultado y proporcionalidad», *Estudios Penales. Libro homenaje al Prof. J. Antón Oneca*, Universidad de Salamanca, Salamanca, 1982; el mismo, *Derecho Penal. Parte General*, cit., pp. 296 y ss.; BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, I., *El delito de lesiones*, Universidad de Salamanca, Salamanca, cit., pp. 76 y 77. En contra, MIR PUIG, S., *Derecho Penal. Parte General*, cit., p. 141 y ss.

³⁶² VALLE MUÑIZ, J.M., «Sobre algunas circunstancias que agravan la responsabilidad criminal en el delito de estafa (Art. 529, circunstancias 5ª, 7ª y 8ª CP)», cit., p. 42.

Capítulo I.- Bien jurídico protegido

elemento que toma carta de naturaleza, fundamentalmente, en el ámbito de los delitos patrimoniales.

Y, en segundo lugar, no hemos negado que por el hecho de que existan múltiples perjudicados ya haya que afirmar la existencia de un bien jurídico colectivo, si bien se advirtió que tal eventualidad supone la generación de un problema social que obliga a investigar la posible afectación de algo más que el patrimonio. Pero ya se ha visto que en el artículo 529.7º sólo se toma en consideración éste, todo lo cual puede llevar a la conclusión que en el tipo especialmente cualificado de estafa de los números 7º y 8º del artículo 529, el único interés lesionado es el patrimonial³⁶³.

³⁶³ Cosa completamente distinta es que, por una incorrecta interpretación del principio *ne bis in idem*, no se puedan apreciar conjuntamente ambas circunstancias en un mismo supuesto tomando en consideración los mismos antecedentes fácticos, tal como sostiene la Sentencia del Tribunal Supremo de 22 de junio de 1992 (RA. 5812), la cual, por fortuna, recibe contestación de la propia Sala II. Así, la Sentencia de 24 de diciembre de 1993 (RA. 9712) advierte que es posible que las mismas circunstancias de hecho sean tenidas en cuenta para apreciar dos agravantes distintas, lo cual no vulnera el antecitado principio, pues ambas cualificaciones tienen distinto fundamento -el número 7º se apoya en la especial desaprobación del propósito de enriquecimiento del autor, mientras que el número 8º tiene en cuenta las consecuencias del delito en un número de personas, con independencia del ánimo de lucro-.

No obstante, advertimos nuestra discrepancia con esta última sentencia en orden a la fundamentación de la agravante 7ª, tal como se desprende del contenido de nuestras reflexiones en el texto.

Capítulo I.- Bien jurídico protegido

4.4.2.4) Capacidad de una norma para tutelar intereses individuales y colectivos

Una última cuestión a tratar, pero no menos importante, es la relativa a la añeja discusión sobre la capacidad de las normas tuteladoras del patrimonio para proteger, así mismo, intereses colectivos, que tangencialmente ha salido a relucir en alguna ocasión a lo largo de este Capítulo. Al respecto hay que advertir el error del que parten algunos autores al considerar como meramente potenciales los intereses colectivos, entendiéndolo que intereses reales son sólo los individuales³⁶⁴, cuestión sobre la que ya nos hemos pronunciado, acreditando lo incierto de tales afirmaciones³⁶⁵. Igualmente se parte del equívoco de identificar colectividad con indeterminación³⁶⁶ como inconveniente para obtener la tutela de intereses colectivos a través de tipos penales que protegen intereses individuales. Lo incorrecto de tal

³⁶⁴ Cfr. OLIVA GARCÍA, H., «Sobre el llamado delito financiero. Notas a una Sentencia del Tribunal Supremo», *Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense*, 1972, p. 39.

³⁶⁵ Podría convenirse que, sintéticamente, no es más que un problema de aparente necesidad de aprehensión.

³⁶⁶ Al margen de las necesarias remisiones a otros lugares de este trabajo, vid. nuevamente, sobre aquel error y este equívoco, BUSTOS RAMÍREZ, J., «Perspectivas actuales del Derecho Penal económico», cit., pp. 214 y 215.

Capítulo I.- Bien jurídico protegido

entendimiento se sitúa en el hecho de que, incluso, ya goza de relevancia típica el delito masa o delito con sujeto pasivo masa, de suerte que esta objeción carece hoy de fundamento alguno³⁶⁷.

Ciertamente los principales problemas se plantean en torno a otras cuestiones, entre las que destaca, por su singularidad, la relativa a la determinación del resultado en relación al bien jurídico colectivo, esto es, si es posible y exigible la lesión de aquél o, por el contrario, basta la puesta en peligro, en cuyo caso, hay que determinar si se trata de un peligro concreto o abstracto. En estos momentos nos conformamos, por razones únicamente sistemáticas, con constatar la efectiva tutela de la seguridad del tráfico económico-jurídico en el tipo especialmente cualificado de estafa, dejando para un

³⁶⁷ Así lo reconoce el propio OLIVA GARCÍA, H., «Sobre el llamado delito financiero», cit., p. 40, cuando aún no había recibido consagración por parte del legislador, de manera que sólo encontraba reconocimiento en el ámbito jurisprudencial [vid. *infra* el epígrafe 3) del Capítulo III].

Nuevamente podría convenirse que, sintéticamente, no es más que un problema de aparente necesidad de aprehensión, de pretendida necesidad de captar físicamente el sentido de lo colectivo, cuando el error se sitúa precisamente ahí. En este sentido, es muy ilustrativo HART, H.L.A., «Definición y teoría en la ciencia jurídica», *Derecho y Moral. Contribuciones a su análisis*, trad. y nota preliminar de G. R. Carrió, Depalma, Buenos Aires, 1962, p. 122, cuando sostiene que la palabra «colectividad» es una de las palabras más oscuras del idioma, pues, citando a MAITLAND, "la más grande «colección» de ceros es solamente cero".

Capítulo I.- Bien jurídico protegido

posterior momento el análisis y posicionamiento que exige la cuestión ahora apuntada³⁶⁸.

En todo caso, hoy parece evidente la aptitud de determinados tipos penales que tutelan intereses individuales para proteger, así mismo, intereses colectivos, pues, como advierte TERRADILLOS BASOCO³⁶⁹, la pluriofensividad no justifica por sí sola la criminalización en figuras autónomas. En sede de ejemplo, sin salir nuestro ámbito, puede citarse la estafa procesal, según sostiene un importante sector doctrinal³⁷⁰. Ya fuera de tal esfera, algunos autores se refieren a la receptación³⁷¹.

³⁶⁸ Vid. *infra* el apartado 2.3.3) del Capítulo II.

³⁶⁹ Vid. TERRADILLOS BASOCO, J., «Delitos financieros», cit., p. 138.

³⁷⁰ Cfr., entre otros, BAJO FERNÁNDEZ, M., PÉREZ MANZANO, M. en BAJO FERNÁNDEZ, M. y otros, *Manual de Derecho Penal. Parte Especial*, cit., p. 314; BUSTOS RAMÍREZ, J., *Manual de Derecho Penal. Parte Especial*, 1ª edic., cit., p. 234.

³⁷¹ Cfr. QUERALT JIMÉNEZ, J.J., *Derecho Penal español. Parte Especial*, cit., p. ; VIVES ANTÓN, T.S. en VIVES ANTÓN, T.S. y otros, *Derecho penal. Parte Especial*, cit., p. 799.

4.4.3) Ubicación sistemática: delito patrimonial versus delito socioeconómico

Una vez afirmado el carácter pluriofensivo del delito de estafa en su modalidad de tipo especialmente cualificado, y como quiera que uno de los bienes jurídicos protegidos es de carácter colectivo, podemos plantearnos su ubicación sistemática respecto de dos grandes categorías, esto es, si estamos ante un delito patrimonial o ante un delito socioeconómico. La respuesta está, en principio, en función del concepto de delito socioeconómico que se sostenga, a saber:

- el concepto estricto ("conjunto de normas jurídico penales que protegen el orden económico entendido como regulación jurídica del intervencionismo estatal en la Economía");

- o el concepto amplio ("conjunto de normas jurídico penales que protegen el orden económico entendido como regulación jurídica de la producción, distribución y consumo de bienes y servicios"³⁷²).

³⁷² BAJO FERNÁNDEZ, M., *Derecho Penal económico aplicado a la actividad empresarial*, Civitas, Madrid, 1978, pp. 37 y 40, respectivamente. En igual sentido, TIEDEMANN, C., *Poder económico y delito*, Ariel, Barcelona, 1985, pp. 18 a 20.

Capítulo I.- Bien jurídico protegido

En lo que no cabe duda es que estamos ante un problema abierto, donde las eventuales soluciones, en consecuencia, son variadas. Buena prueba de ello lo constituye el Proyecto de Código Penal de 1994, en donde se engloban en un mismo Capítulo los delitos patrimoniales y los delitos socioeconómicos, sin ningún tipo de criterio diferenciador. Y es una cuestión sin cerrar porque "los delitos económicos precisamente constituyen la zona penal en la que concurren mayor cantidad de posibles enfoques metodológicos y, con ellos, de actitudes ideológicas"³⁷³, las cuales se tienen que reflejar indefectiblemente en los tipos penales, de forma que éstos no pueden ser neutros³⁷⁴. Todo ello sin pretender utilizar el Derecho Penal como instrumento de consecución de fines políticos, sociales o económicos carentes del sustrato necesario para poder participar de la categoría de bienes jurídico-penales³⁷⁵.

³⁷³ QUINTERO OLIVARES, G., «Sobre los presupuestos y limitaciones de la legislación penal económica», cit., p. 779.

³⁷⁴ *Ibidem*, p. 785. Vid., igualmente, respecto de la relación Constitución-Derecho Penal, VIVES ANTÓN, T.S., «Estado de derecho y Derecho Penal», *Comentarios a la legislación penal*, t. I, Edersa, Madrid, 1982, pp. 19 y 20.

³⁷⁵ Cfr. HASSEMER, W., «Il bene giuridico nel rapporto di tensione tra Costituzione e diritto naturale», *Dei delitti e delle pene*, n.º 1, 1984, pp. 110 y ss. En general, no cabe duda que en torno al castigo puede generarse lo que MANNHEIM, K., *Ideology and Utopie*, Routledge & Kegan Paul, London, 1968, llama «sospecha de la ideología».

Pues bien, desde esa perspectiva, es indubitado que la discusión ideológica hay que situarla, necesariamente, en el marco del Estado social y democrático de Derecho consagrado en la Constitución, la cual contiene, como uno de sus preceptos fundamentales en materia económica el artículo 33. Y, tal vez, este precepto pudiera aportar una vía para resolver esta ya clásica discusión, si bien desde una perspectiva novedosa, que puede que no haya sido suficientemente desarrollada³⁷⁶. Así, tal artículo reconoce el derecho a la propiedad privada, fundamento último de la existencia del interés patrimonial individual³⁷⁷. Ahora bien, el contenido de ese derecho queda limitado por la función social que se le reconoce a la propiedad, de manera que un derecho individual se conecta directamente con un interés colectivo, los cuales no pueden ser separados de forma tajante, incluyendo cada uno en un compartimiento estanco³⁷⁸.

³⁷⁶ Cfr. TERRADILLOS BASOCO, J., «Sustracción de cosa propia a su utilidad social», cit., pp. 100 y 101.

³⁷⁷ Entendiéndolo en el sentido de que está justificada la existencia del bien jurídico patrimonio, dado que éste permite la participación del individuo en el sistema social, de suerte que la lesión del mismo disminuye las posibilidades de participación.

³⁷⁸ MUÑOZ CONDE, F., *Derecho Penal. Parte Especial*, cit., p. 367, identifica un delito contra la función social de la propiedad - artículo 367- con un ataque a la economía nacional, equiparación a la que no es ajena una determinada conceptualización de los delitos socioeconómicos (cfr. pp. 820 y 821).

Capítulo I.- Bien jurídico protegido

Esa idea de inevitable interconexión ha estado presente a lo largo de toda nuestra investigación, vinculando la protección de los consumidores (artículo 51 de la Constitución) a la remoción de los obstáculos que impidan o dificulten el ejercicio real y efectivo de la libertad y la igualdad del individuo (artículo 9.2 de la misma).

Lo que resulta evidente es que la conexión libertad y propiedad fruto del pensamiento liberal ha entrado en una profunda crisis, de forma que ha pasado a convertirse en lo que se ha calificado como un «prejuicio metodológico»³⁷⁹. De entrada, parece que ya no es sostenible que la propiedad privada y la libertad del individuo se muevan en un mismo plano³⁸⁰. Con ello tampoco se quiere afirmar que la aprobación de la Constitución haya supuesto una solución de continuidad respecto de la situación anterior o, si se prefiere, no se ha asistido a una ruptura traumática. Así, poniendo en relación el artículo 33.1 con el artículo 53.1 de la Constitución, se infiere que la propiedad goza de un

³⁷⁹ Cfr. PERLINGIERI, P., *Introduzione alla problematica della proprietà*, Scuola di perfezionamento in Diritto civile, Università di Camerino, Jovene, Camerino, 1971, pp. 88 y 89.

³⁸⁰ Cfr. COSTANTINO, M., *Contributo alla teoria della proprietà*, Pubblicazioni della Facoltà Giuridica, Università di Bari, Jovene, Napoli, 1967, pp. 87 y ss.

Capítulo I.- Bien jurídico protegido

contenido esencial que sólo puede ser afectado normativamente³⁸¹. Ahora bien, la concepción liberal según la cual la esencia de la propiedad radica en el libre albedrío del propietario ha sido alterada por obra de la función social que cumple aquélla, en donde lo social viene dado por la consideración del individuo como miembro de la comunidad, de manera que no se le permite que adopte determinadas conductas que atenten contra el interés colectivo, so pena de hacer prevalecer este interés sobre el individual, a través de la prestación de una mayor tutela al primero³⁸². Por ello, el ejercicio del derecho de propiedad no puede satisfacer únicamente el interés individual, sino que tiene que atender, igualmente, a la colectividad, sin que ello suponga un olvido del carácter personalista de nuestro sistema social³⁸³.

Obviamente, las anteriores reflexiones no tienen vocación alguna de exhaustividad, pues el tema requiere

³⁸¹ Mediante una ley motivada que expropie bajo indemnización.

³⁸² Cfr. NICOLO, R., «Diritto civile», *Enciclopedia del Diritto*, t. XII, Giuffrè, Milano, 1964, pp. 910 a 913, fundamentalmente p. 912.

³⁸³ Tal como nos lo recuerda BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, I., «Revisión del contenido del bien jurídico honor», *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, t. XXXVII, fasc. II, 1984, pp. 306 a 308.

Capítulo I.- Bien jurídico protegido

un estudio particularizado³⁸⁴. En realidad, sólo se ha pretendido advertir una inevitable interrelación, la cual, por otro lado, tiene que estar necesariamente jerarquizada, para que no quepa la menor duda sobre el papel esencial que tiene que tener el individuo, tal como hemos finalizado la anterior reflexión. Si no es así, se corre el riesgo de funcionalizar las expectativas, supeditando los intereses individuales al correcto funcionamiento del sistema. Tal vez fuese conveniente recordar que por esta vía se puede llegar a un modelo político que desprecie lo que nuestra Constitución reconoce en su artículo primero como valores superiores del ordenamiento jurídico -la libertad, la justicia, la igualdad y el pluralismo político-, y todo en aras de lo funcional para el sistema. Por ello, los intereses colectivos deben estar supeditados a los intereses individuales.

Por ese motivo, el análisis de lo macrosocial no puede desvincularse de lo microsocial, de suerte que toda actividad económica que se desarrolle dentro del sistema

³⁸⁴ Vid., entre otros, BARNÉS VÁZQUEZ, J., *La propiedad constitucional. El estatuto jurídico del suelo agrario*, Civitas, Madrid, 1988; BASSOLS, M., *Constitución y sistema económico*, cit.; LÓPEZ LÓPEZ, A.M., *La disciplina constitucional de la propiedad privada*, Tecnos, Madrid, 1988; MONTÉS, V.L., *La propiedad privada en el sistema del Derecho Civil contemporáneo*, Civitas, Madrid, 1980. Así mismo, la Sentencia del Tribunal Constitucional 37/87, de 26 de marzo, sobre ley de reforma agraria andaluza.

Capítulo I.- Bien jurídico protegido

competitivo de economía de mercado tiene que tomar en consideración los intereses individuales que puedan resultar afectados por aquella actividad. Y si esto supone admitir una concepción amplia de lo que deba entenderse por delito socioeconómico, no puede esgrimirse como réplica la pérdida de "univocidad y precisión exigibles en la labor conceptual"³⁸⁵, entre otras cosas, porque de entrada hay que poner en tela de juicio la necesidad de conceptualización como imperiosa necesidad derivada directa e inmediatamente de la seguridad jurídica o, si se prefiere, como inevitable manifestación de ésta, de acuerdo con esa orientación tradicional que ha regido la búsqueda de conceptos. Es decir, sin negar el «deber existir» de las definiciones, el problema podría localizarse en un pretendido discurso dicotómico³⁸⁶, inspirado en la idea de que sólo lo que puede identificarse, indefectiblemente, con el papel intervencionista asignado al Estado, es correcto dado un modelo socioeconómico, cuando puede convenirse en que la Constitución no consagra de forma categórica y nítida un modelo determinado, en el que no caben matices. Muy por el contrario, el sistema competitivo de economía de

³⁸⁵ BAJO FERNÁNDEZ, M., PÉREZ MANZANO, M. en BAJO FERNÁNDEZ, M. y otros, *Manual de Derecho Penal. Parte Especial*, cit., p. 564.

³⁸⁶ Pues estamos convencidos de que no se trata de un discurso maniqueísta.

Capítulo I.- Bien jurídico protegido

mercado que nos muestra la realidad³⁸⁷, tiene todo un conjunto de límites que no pueden obviarse.

Pues bien, lo unívoco y preciso es imposible de predicar, en general, respecto del lenguaje jurídico³⁸⁸, y en particular, en un campo donde toda definición viene precedida de una toma de posición ideológica, de manera que lo único que se puede pretender es un concepto que, de acuerdo con el criterio mayoritario, se acepte como válido, sin mayores pretensiones³⁸⁹. Por esta razón, equívoco e impreciso puede ser tanto el concepto amplio como el concepto estricto de delito socioeconómico.

387 Con este reconocimiento iniciamos el análisis de la seguridad del tráfico jurídico-económico.

388 No cabe duda que la norma exige el más alto grado de precisión, pero sin olvidar que si se habla de un ámbito donde existe nitidez, es porque aquél tiene un contorno de sombras y, al decir de HART, H.L.A., *El concepto de Derecho*, 2ª edic., trad. por G.R. Carrió, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1968, p. 159, "la falta de certeza en la zona marginal es el precio que hay que pagar por el uso de términos clasificatorios generales en cualquier forma de comunicación relativa a cuestiones de hecho", lo cual no es más que la manifestación de lo que este autor denomina «textura abierta del Derecho» (cfr. pp. 155 y ss.).

389 Esto lo explicaría HART afirmando que la estructura del sistema jurídico -y de la norma- no puede basarse en actos coactivos, sino en una serie de condiciones -obligaciones y autorizaciones- establecidas no conforme a una pretendida naturaleza ontológica, sino de acuerdo con un criterio colectivo (cfr. HART, H.L.A., «Definición y teoría en la ciencia jurídica», cit., pp. 93 y ss.).

CAPÍTULO II.- TIPO DEL INJUSTO (I): TIPO OBJETIVO

1) POSICIONAMIENTO SOBRE LA TEORÍA DEL TIPO DEL INJUSTO

Afirmar, como hicimos en su momento, que la función del Derecho Penal es la protección de bienes jurídicos, nos obligó por coherencia a analizar, en primer lugar, el objeto jurídico del tipo especialmente cualificado de estafa. Más aún, en la medida en que esa es la función del Derecho Penal, el tipo del injusto debe ser objeto de análisis a partir del interés -de los intereses, en nuestro caso- que tutela¹.

Ahora ya se está en disposición de iniciar el estudio exhaustivo de los diferentes elementos que componen el tipo de la estafa.

No obstante, dicho examen no puede llevarse a efecto sin antes tomar postura sobre el contenido, en general, del tipo del injusto, en la medida que el tema no es unívoco. De este modo, el Capítulo se inicia con una reflexión general sobre aquél.

¹ Como pone de manifiesto BUSTOS RAMÍREZ, J., *Manual de Derecho Penal. Parte General*, cit., p. 155, "lo injusto, y, por tanto, el delito, giran alrededor del bien jurídico".

Capítulo II.- Tipo del injusto (I): tipo objetivo

El Derecho Penal es un medio de control social². Ello supone afirmar que se trata de un instrumento de mantenimiento del «orden social», entendido éste como conjunto de normas de carácter social que sancionan ataques al sistema social -a su funcionamiento y a la convivencia de los miembros de la comunidad, entendida como requisito para ese funcionamiento-. Ese orden social se encuentra plasmado en la Constitución española, pues como ponen de manifiesto BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE y ARROYO ZAPATERO³, ésta "debe ser considerada desde un plano material como expresión consensuada de la voluntad de los miembros de una comunidad, como expresión jerarquizada de aquellos intereses que se estiman esenciales para el funcionamiento del sistema social".

Siguiendo con el papel de la Constitución, la consagración en la misma del Estado social y democrático de Derecho nos conduce a la concepción de un Derecho

² Cfr. MUÑOZ CONDE, F., *Derecho Penal y Control Social*, Fundación Universitaria de Jerez, Jerez de la Frontera, 1985, *passim*. Afirman igualmente de forma expresa que el Derecho Penal es un medio de control social, entre otros, BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, I., *Honor y libertad de expresión*, Tecnos, Madrid, 1987, p. 15; MIR PUIG, S., *Derecho Penal. Parte General*, cit., p. 4; STRATENWERTH, G., *Derecho Penal. Parte General, I* (el hecho punible), trad. de la 2ª edic. alemana (1976) de G. Romero, Edersa, Madrid, 1982, p. 9.

³ BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, I., ARROYO ZAPATERO, L., *Manual de Derecho Penal. Parte General*, cit., p. 10.

Capítulo II.- Tipo del injusto (I): tipo objetivo

Penal preventivo⁴. No obstante, a esa conclusión también se llega a partir de la concepción del Derecho Penal como medio de control social⁵ y del mandato contenido en el artículo 9.2 de aquélla⁶.

Ahora bien, si de lo que se trata es de prevenir la comisión de hechos delictivos, sólo se podrá pretender de aquellos comportamientos que *ex ante* son evitables, lo cual sólo es posible respecto de las conductas dolosas e imprudentes⁷.

Afirmar que sólo se pueden prevenir conductas que *ex ante* revelen un peligro para el bien jurídico no debe conducirnos, necesariamente, a sostener que el juicio de

⁴ Vid., por todos, MIR PUIG, S., *Función de la pena y teoría del delito en el Estado social y democrático de Derecho*, 2ª edic., Bosch, Barcelona, 1982, pp. 10 y ss.

⁵ Vid. MIR PUIG, S., *Derecho Penal. Parte General*, cit., pp. 4 y 5, en cuanto que el Derecho Penal "tiende a evitar determinados comportamientos sociales que se reputan indeseables, acudiendo para ello a la amenaza de imposición de distintas sanciones para el caso de que dichas conductas se realicen".

⁶ Vid. BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, I., *El delito de lesiones*, cit., p. 37, nota 68.

⁷ De suerte que si el sujeto actúa correctamente -con la diligencia debida-, los resultados de su actuación, aun cuando sean dañosos, no pueden ser imputados al mismo; o, dicho de otra manera, su conducta es impune por atípica. Vid. GIMBERNAT ORDEIG, E., «¿Tiene un futuro la dogmática jurídico-penal?», *Estudios de Derecho Penal*, 3ª edic., Tecnos, Madrid, 1990, pp. 154 y 155; el mismo, «El sistema de Derecho Penal en la actualidad», *Estudios de Derecho Penal*, cit., p. 174, nota 40. En igual sentido, BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, I., *Honor y libertad de expresión*, cit., pp. 21 y 22.

Capítulo II.- Tipo del injusto (I): tipo objetivo

antijuricidad descansa únicamente sobre el desvalor de la acción, en la medida en que es lo único que se puede prohibir. Ciertamente es que el Derecho no puede prohibir resultados, porque sólo son constatables *ex post* ("¡no puede prohibir que los hombres mueran o enfermen!"⁸). Pero el juicio de desvalor no se dirige a una conducta sin más, sino a la conducta que lesiona -o pone en peligro- un bien jurídico. De esta forma, junto al desvalor de la acción se hace preciso tomar en consideración también el desvalor del resultado⁹. Con ello "se evita toda tendencia a castigar simplemente las ideas, los pensamientos o la pura peligrosidad del autor"¹⁰.

⁸ MIR PUIG, S., *Función de la pena y teoría del delito en el Estado social y democrático de Derecho*, cit., p. 60.

⁹ Lo dicho cabe respecto de los delitos dolosos, por cuanto que en los delitos imprudentes, sólo se toma en consideración el desvalor de la acción. Vid., en este sentido, BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, I., *Honor y libertad de expresión*, cit., p. 25 y nota 64. También destacan el papel del desvalor del resultado, BUSTOS RAMÍREZ, J., *Manual de Derecho Penal. Parte General*, cit., pp. 156 y ss.; MUÑOZ CONDE, F., GARCÍA ARÁN, M., *Derecho Penal. Parte General*, cit., pp. 279 y 280, que califican de superflua la discusión sobre la relevancia del desvalor de la acción o desvalor del resultado; OCTAVIO DE TOLEDO Y UBIETO, E., HUERTA TOCILDO, S., *Derecho Penal. Parte General (Teoría Jurídica del Delito)*, 2ª edic., Rafael Castellanos (ed.), Madrid, 1986, pp. 169 y ss.; QUINTERO OLIVARES, G., *Derecho Penal. Parte General*, 2ª edic., reedición, Marcial Pons, Madrid, 1992, pp. 300 y ss.; ROXIN, C., *Política criminal y estructura del delito (elementos del delito en base a la política criminal)*, trad. por J. Bustos Ramírez y H. Mormazábal Malarée, PPU, Barcelona, 1992, pp. 51 y 52.

¹⁰ BUSTOS RAMÍREZ, J., ult. cit., p. 157.

Capítulo II.- Tipo del injusto (I): tipo objetivo

Por otro lado, la prevención se articula a través de la motivación¹¹, esto es, se prohíben (quieren evitarse) conductas dañosas para bienes jurídicos amenazando (motivando) a los sujetos a que no delincan. Esta afirmación va a tener consecuencias inmediatas en la construcción del tipo del injusto.

No obstante, es preciso poner de manifiesto que el hecho de prohibir -querer evitar- una conducta supone realizar un juicio de valor: se valora una conducta y se estima disvaliosa en la medida que supone un peligro para un bien jurídico. De esta manera, constatamos un tipo valorado y no descriptivo y valorativamente neutro¹².

La función de motivación -consecuencia de la concepción preventiva del Derecho Penal- obliga a entender el tipo como juicio de valor, lo cual nos

¹¹ Sobre la función de motivación, vid. GIMBERNAT ORDEIG, E., «El sistema del Derecho Penal en la actualidad», cit., pp. 172 y ss.; MUÑOZ CONDE, F., *Derecho Penal y Control Social*, cit., pp. 31 y ss.; BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, I., ARROYO ZAPATERO, L., *Manual de Derecho Penal. Parte General*, cit., pp. 12 y ss.

¹² Afirma ROXIN, C., *Teoría del tipo penal*, (tipos abiertos y elementos del deber jurídico), trad. de E. Bacigalupo, Depalma, Buenos Aires, 1979, p. 268, que "la concepción de Welzel, según la cual el legislador habría subrayado con la inclusión del tipo en la ley sólo la relevancia jurídica de determinados comportamientos, pero absteniéndose de calificar a la acción descrita como antijurídica o adecuada a Derecho, no es correcta". Por ello, dice este autor más adelante que "el tipo no es valorativamente neutro con respecto a la antijuricidad, sino que es un tipo de injusto" (p. 270).

Capítulo II.- Tipo del injusto (I): tipo objetivo

conduce a diferenciar ya en el tipo el dolo de la imprudencia, esto es, a distinguir entre tipo doloso y tipo imprudente, pues el juicio de desvalor es mayor frente a una conducta dolosa (el sujeto conoció y quiso la conducta prohibida) que frente a una conducta imprudente (el sujeto actuó sin la diligencia debida)¹³.

Desde otra perspectiva podemos afirmar que, como consecuencia directa de la función de motivación, si de lo que se trata es de motivar a las personas para que no delincan, es preciso que el tipo contenga todos los elementos que integran la descripción de la conducta, con el fin de que el sujeto pueda identificar la materia objeto de prohibición -prevención-. En este sentido es muy claro GIMBERNAT ORDEIG al señalar que "la problemática de qué es lo que pertenece al tipo es la problemática de cuál es la conducta que el legislador quiere evitar"¹⁴.

¹³ Cfr. BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, I., *Honor y libertad de expresión*, cit., p. 22.

¹⁴ GIMBERNAT ORDEIG, E., «El sistema del Derecho Penal en la actualidad», p. 172. Destaca ROXIN, C., *Política criminal y sistema del Derecho Penal*, trad. por F. Muñoz Conde, Bosch, Barcelona, 1972, p. 50, que la pertenencia del dolo al tipo se deduce de la exigencia de determinabilidad propia del estado de Derecho, lo cual le lleva a afirmar que "únicamente el dolo confiere a un suceso sus contornos delimitadores".

Capítulo II.- Tipo del injusto (I): tipo objetivo

En síntesis, el tipo está compuesto de elementos objetivos y subjetivos.

Debido a que la presente investigación no va a ocuparse de manera exhaustiva de las posibles causas de justificación que puedan concurrir en el ámbito del delito de estafa, en estos momentos podría darse por concluido nuestro posicionamiento en torno a la Teoría del tipo del injusto. Sin embargo, por coherencia interna parece razonable tomar postura también en este punto.

Dicho lo anterior, la concepción de un Derecho Penal preventivo orientado a la motivación puede conducir a la aceptación de la Teoría de los elementos negativos del tipo¹⁵, pues si se sostiene que el tipo tiene que contener todos los elementos que integran la descripción de la conducta, de forma que el sujeto pueda identificar la materia de prohibición, para saber lo que está

¹⁵ Sobre esta Teoría, argumentando a favor, vid. GIMBERNAT ORDEIG, E., *Delitos cualificados por el resultado y causalidad*, Reus, Madrid, 1966, p. 60, nota 214; el mismo, «El sistema del Derecho Penal en la actualidad», cit., p. 171, nota 32; el mismo, *Introducción a la Parte General del Derecho Penal español*, Sección de Publicaciones, Facultad de Derecho, Universidad Complutense, Madrid, 1979, pp. 33 y ss. y 51; MIR PUIG, S., *Derecho Penal. Parte General*, cit., pp. 128 y ss., si bien, aunque asume esta doctrina, introduce matices terminológicos; ROXIN, C., *Política criminal y sistema del Derecho Penal*, cit., pp. 55 y 56, nota 56; el mismo, *Teoría del tipo penal*, cit., pp. 273 y ss.; BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, I., *El delito de lesiones*, cit., p. 31, nota 48; el mismo, *Honor y libertad de expresión*, cit., pp. 23 y ss.

Capítulo II.- Tipo del injusto (I): tipo objetivo

prohibido "hay que poner en conexión el tipo en sentido estricto...con las causas de justificación"¹⁶.

Se han esgrimido diversos argumentos en contra de la misma¹⁷, aunque según BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, con ella se consigue sortear definitivamente la distinción entre lo no prohibido y lo prohibido pero permitido¹⁸.

De esa forma, la relación tipicidad-antijuricidad se entiende de una manera muy concreta: como valoración definitiva de una conducta. Esto es, no se trata de dos escalones diferentes en donde se realiza un juicio provisional (tipicidad) y luego, en función de la concurrencia o no de causas de justificación, el definitivo (antijuricidad). Dicho de otra forma, el tipo no es *ratio cognoscendi* sino *ratio essendi* de la

¹⁶ GIMBERNAT ORDEIG, E., *Introducción a la Parte General del Derecho Penal*, cit., p. 33.

¹⁷ Vid. BUSTOS RAMÍREZ, J., *Manual de Derecho Penal. Parte General*, cit., pp. 134 y ss.; GÓMEZ BENÍTEZ, J.M., *Teoría jurídica del delito*, cit., pp. 278 y ss.; MUÑOZ CONDE, F., GARCÍA ARÁN, M., *Derecho Penal. Parte General*, cit., pp. 233 y ss.; OCTAVIO DE TOLEDO Y UBIETO, E., HUERTA TOCILDO, S., *Derecho Penal. Parte General*, cit., pp. 173 y ss.; QUINTERO OLIVARES, G., *Derecho Penal. Parte General*, cit., pp. 312 y ss. y 433 y ss.

¹⁸ Vid. BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, I., *Honor y libertad de expresión*, p. 23.

Capítulo II.- Tipo del injusto (I): tipo objetivo

antijuricidad, de suerte que en él deben incluirse todos los elementos determinantes de lo injusto¹⁹.

2) ANÁLISIS DEL TIPO OBJETIVO EN LA ESTAFA ESPECIALMENTE CUALIFICADA

2.1) PLANTEAMIENTO

Adoptado un posicionamiento en la discusión sobre la Teoría del tipo de injusto, nos corresponde ahora analizar los elementos integrantes del tipo objetivo, para lo cual es necesario realizar una serie de advertencias previas: en primer lugar, de los elementos del tipo objetivo, el trabajo se desarrolla, fundamentalmente, a partir del estudio del tipo objetivo positivo, si bien se hacen unas referencias sucintas al tipo negativo.

En segundo lugar, el análisis propiamente dicho trata primero la conducta y después el resultado. No obstante, dado que estamos ante un tipo cualificado que tiene como una de sus peculiaridades respecto del tipo básico el tener determinado el objeto de la acción, de suerte que éste va a vincular, inevitablemente, a la

¹⁹ vid. ROXIN, C., *Teoría del tipo penal*, cit., pp. 276 y ss.

Capítulo II.- Tipo del injusto (I): tipo objetivo

conducta, se analiza primero el objeto (desmenuzándolo en cada una de sus partes para determinar con la mayor claridad posible su significado y alcance), y a continuación la acción (abordando distintos aspectos de la misma).

El epígrafe dedicado a la conducta comprende igualmente el estudio de un problema peculiar que se plantea en este ámbito de las «estafas de consumo», cual es el relativo a la determinación de la idoneidad del engaño cuando el sujeto pasivo ha analizado, al menos aparentemente, el objeto sobre el que recae la defraudación.

Ese apartado acaba con el análisis de determinados medios engañosos especialmente relevantes en este ámbito de las defraudaciones en las relaciones de consumo, esto es, las falsedades, el delito alimentario nocivo, y una cuestión muy peculiar pero de gran trascendencia, la publicidad engañosa.

En tercer lugar, dado que hemos constatado que el tipo especialmente cualificado de estafa es un delito pluriofensivo, se estudian los distintos resultados, el acto de disposición perjudicial y la afectación de la

Capítulo II.- Tipo del injusto (I): tipo objetivo

seguridad del tráfico económico-jurídico, analizándolos en profundidad.

En cuarto lugar, una vez definidos los resultados se hace imprescindible determinar el momento consumativo y, en relación a él, delimitar los tipos de imperfecta ejecución.

En quinto lugar, dado que estamos analizando los elementos objetivos del tipo especialmente cualificado de estafa, éste suele presentar también como elemento objetivo si bien de carácter accidental la "especial gravedad atendido el valor de la defraudación", circunstancia contenida en el artículo 529.7º, motivo por el cual debe ser objeto de estudio igualmente.

Una sexta y última advertencia es que como puede observarse, se ha excluido de este Capítulo el estudio de los sujetos, debido, sobre todo, a los específicos problemas que se plantean en sede de sujeto pasivo, pues otra de las peculiaridades del tipo especialmente cualificado de estafa es que presenta un «sujeto pasivo masa» o, dicho de otra manera, estamos ante una modalidad de «delito masa». Por este motivo, el análisis de este

Capítulo II.- Tipo del injusto (I): tipo objetivo

elemento se lleva a cabo en un capítulo independiente, a continuación de éste.

2.2) CONDUCTA TÍPICAMENTE ANTIJURÍDICA

2.2.1) Objeto sobre el que recae la conducta

2.2.1.1) Introducción

Tal como se advirtió, en contra de lo usual en el estudio de un tipo penal que es analizar primero la conducta y después el objeto sobre el que ésta recae (sobre todo en la estafa, donde tradicionalmente se ha considerado a la conducta engañosa elemento esencial y característico por excelencia del tipo penal), nosotros vamos a examinar en primer lugar el objeto de la acción.

El motivo que en última instancia justifica tal decisión es que esta investigación no está dedicada al tipo básico de estafa, sino al tipo especialmente cualificado -artículos 529.1º y 8º en relación al 528-, el cual se define, en el aspecto que ahora nos interesa, porque el objeto material viene determinado en la configuración típica -"cosas de primera necesidad, viviendas u otros bienes de reconocida utilidad social"

Capítulo II.- Tipo del injusto (I): tipo objetivo

reza el artículo 529.1º-, vinculando inevitablemente a la conducta, pues sólo podrán tener encaje en el tipo muy agravado aquéllas que recaigan sobre bienes que tengan una determinada consideración.

Podría argumentarse que también la conducta viene definida específicamente en el tipo -"cuando de cometa alterando", comienza el antecitado precepto-, de manera que se subsumirían exclusivamente aquellos supuestos que tuviesen su origen en una conducta también determinada. Sin embargo, adelantamos ya que no participamos del sector doctrinal que propugna tal entendimiento. Muy por el contrario, sostenemos que esa referencia a la alteración contenida en la cualificación no está dirigida a la conducta sino al resultado patrimonial (la disposición perjudicial).

A todo lo anterior hay que sumar una razón eminentemente práctica, y es que en el examen de la conducta se hacen reiteradas referencias al objeto, y dado que sólo en apariencia el contenido de éste aparece indubitado, se nos antoja más razonable definirlo primeramente.

Capítulo II.- Tipo del injusto (I): tipo objetivo

En otro orden de cosas, en la medida en que nuestra investigación se centra en un tipo cualificado con un objeto determinado, el análisis lo realizamos de ese objeto en concreto, refiriéndonos únicamente al objeto genérico de la estafa cuando sea necesario.

Para concluir esta Introducción, reiterar que lo que se entiende por "cosas de primera necesidad, viviendas u otros bienes de reconocida utilidad social" sólo aparentemente se presenta como una cuestión resuelta, pues un estudio en profundidad pone de manifiesto un alto grado de complejidad. En concreto, se trata de analizar, hasta sus últimas consecuencias, la expresión «bienes de reconocida utilidad social», en la medida en que entendemos que las cosas de primera necesidad y las viviendas no son más que ejemplos puestos por el legislador de la primera expresión o, si se prefiere, no son más que recursos metonímicos. Dicho análisis se lleva a cabo examinando, por un lado, el concepto de «cosa» y «bien» y, por otro, el concepto de «primera necesidad» y «reconocida utilidad social».

2.2.1.2) Conceptos de «cosa» y «bien»

Respecto de los términos «cosa» y «bien», la doctrina sólo destaca que tiene que ser susceptible de defraudación, además de ostentar la condición de primera necesidad o reconocida utilidad social²⁰.

Nuestra opinión es que lo que debemos entender desde la óptica jurídico-penal por ambos términos ya lo hemos definido cuando hablamos del patrimonio como bien jurídico, de suerte que aquel entendimiento, *mutatis mutandi*, es el que tenemos de traer ahora aquí, pues no podemos pretender otra cosa que mantener una coherencia en nuestra construcción. Desde esa perspectiva, podemos afirmar con BUSTOS RAMÍREZ²¹ que lo que debemos entender por «bien» es aquello que, respecto de un sujeto, le satisface una necesidad, es valorable económicamente y la relación con él goza de tutela jurídica.

²⁰ Vid. BAJO FERNÁNDEZ, M., «Estafa sobre cosas de primera necesidad», cit., p. 1219.

²¹ BUSTOS RAMÍREZ, J., *Manual de Derecho Penal. Parte Especial*, cit., p. 197.

2.2.1.3) Conceptos de «primera necesidad» y «reconocida utilidad social»

Haciendo un recorrido por las distintas opiniones mantenidas por la doctrina y la jurisprudencia en torno a estos conceptos, se observa la existencia de dos grandes opciones interpretativas: una que puede denominarse tradicional, pues es la que se ha venido manteniendo de forma muy mayoritaria desde la reelaboración de estos preceptos en 1983, y que se caracteriza por fijar su atención en el término «primera necesidad» sosteniendo una interpretación sumamente estricta; y una opinión alternativa, sin duda minoritaria, centrada, al contrario que la anterior, en el término «reconocida utilidad social».

2.2.1.3.1) Interpretación tradicional

La práctica totalidad de la doctrina sólo se ha fijado, tradicionalmente, en el concepto de «primera necesidad», limitándose a dotar de contenido dicho término. Como manifestaciones de ese entendimiento pueden citarse los siguientes autores:

Capítulo II.- Tipo del injusto (I): tipo objetivo

- RODRÍGUEZ DEVESA²², entre otros²³, incluyen los alimentos, medicamentos, calzado, vestido, productos de limpieza y aseo y el combustible de uso doméstico, excluyendo los artículos de lujo.

- GONZÁLEZ RUS²⁴ sólo introduce algunas matizaciones a la relación anterior. Así, respecto a los combustibles para uso doméstico, exige que el suministro no sea por redes generales y que sea objeto de medición en cada compra; en cuanto al calzado y los vestidos, sólo incluye los de uso general. Finalmente, introduce una cláusula general, referida a todos los productos "que sean de uso ordinario en las facetas más imprescindibles de la vida".

²² RODRÍGUEZ DEVESA, J.M., *Derecho Penal español. Parte Especial*, 14ª edic., cit., p. 556.

²³ Así, MANJÓN-CABEZA OLMEDA, A., «Naturaleza de las circunstancias del artículo 529 del Código Penal. La circunstancia primera: especial referencia a las viviendas», cit., p. 851; RUIZ VADILLO, E., «La punición de los delitos de robo con fuerza en las cosas, hurto y estafa en la reforma parcial del Código Penal de 25 de junio de 1983. Las circunstancias de agravación específica», cit., p. 366.

²⁴ GONZÁLEZ RUS, J.J., *Los intereses económicos de los consumidores. Protección penal*, cit., pp. 318 y 319.

Capítulo II.- Tipo del injusto (I): tipo objetivo

- BAJO FERNÁNDEZ y PÉREZ MANZANO incluyen, además de los bienes antecitados, las defraudaciones de agua, luz y gas respecto del usuario de la vivienda²⁵.

Respecto a lo que debe entenderse por bienes de reconocida utilidad social, pueden distinguirse dos acepciones, si bien ambas caracterizadas por mantener una interpretación igualmente estricta:

- Una tesis limita esta categoría a las construcciones escolares y aquellos edificios declarados oficialmente como tales, propuesta por RODRÍGUEZ DEVESA²⁶.

- Otra vincula los bienes de reconocida utilidad social a las cosas de primera necesidad, sosteniendo que en la práctica deben ser lo mismo. Así, según VIVES ANTÓN, se incluyen "aquellos bienes que, como

²⁵ BAJO FERNÁNDEZ, M., PÉREZ MANZANO, M. en BAJO FERNÁNDEZ, M. y otros, *Manual de Derecho Penal. Parte Especial*, cit., p. 312, inclusión que llevan a cabo en la medida en que entienden que la energía es cosa, lo cual conduce a un concurso a resolver conforme al artículo 68.

²⁶ RODRÍGUEZ DEVESA, J.M., *Derecho Penal español. Parte Especial*, 14ª edic., cit., p. 509. A este entendimiento se suma GONZÁLEZ RUS, J.J., ult. cit., p. 319.

Parece que también PUIG PEÑA se adhiere a la tesis de RODRÍGUEZ DEVESA, pues distingue entre «primera necesidad», referida a las cosas muebles, y «utilidad social», aplicada a la vivienda y otros bienes inmuebles (en PUIG PEÑA, F., *Derecho Penal. Parte Especial*, cit., p. 630).

Capítulo II.- Tipo del injusto (I): tipo objetivo

las viviendas, sin ser en todo caso de primera necesidad, sean prácticamente estimadas como tales"²⁷.

En cuanto a la jurisprudencia, a partir de la Reforma de 1983, salvo una excepción²⁸, ésta sólo ha conocido de casos en los que la conducta defraudatoria ha recaído sobre viviendas, hecho que no deja de ser sumamente relevante, pues de ello podría deducirse que las únicas cosas de primera necesidad que han sido objeto de fraude han sido las viviendas. Por este motivo, lo que puede inferirse de manera indubitada es que el tipo especialmente cualificado de estafa ha visto reducida su virtualidad práctica a las estafas inmobiliarias, desconociendo otros objetos posibles no tomados hasta ahora en consideración, tal como apuntamos más adelante.

²⁷ VIVES ANTÓN, T.S. en VIVES ANTÓN, T.S. y otros, *Derecho Penal. Parte Especial*, cit., p. 929, tesis a la que se adhieren BAJO FERNÁNDEZ, M., PÉREZ MANZANO, M., ult. cit., p. 312; MANJÓN-CABEZA OLMEDA, A., ult. cit., p. 851.

²⁸ Sentencia de 23 de abril de 1992 (RA. 6783) sobre el tristemente conocido caso del aceite de colza desnaturalizado.

2.2.1.3.2) Interpretación alternativa

Para BUSTOS RAMÍREZ²⁹ el planteamiento es distinto, sirviendo el propio texto legal como fundamento para tal entendimiento. Así, el Código Penal se refiere en su artículo 529.1º a "cosas de primera necesidad, viviendas u otros bienes de reconocida utilidad social", de lo que infiere que las cosas de primera necesidad y las viviendas son bienes de reconocida utilidad social³⁰. Dicho de otra forma, el objeto de protección es, entre otros bienes de reconocida utilidad social, las cosas de primera necesidad y las viviendas.

Puede constatarse la existencia de alguna sentencia que se refiere, expresamente, a la vivienda como bien de reconocida utilidad social³¹, aunque del análisis de la jurisprudencia se deduce que tal referencia no es más que una

²⁹ BUSTOS RAMÍREZ, J., *Manual de Derecho Penal. Parte Especial*, cit., p. 197.

³⁰ Para BUSTOS RAMÍREZ, ult. cit., p. 197, las cosas de primera necesidad y la vivienda son utilizados por el legislador como ejemplos de utilidad social y bien. Según QUERALT JIMÉNEZ, J.J., *Derecho Penal español. Parte Especial*, cit., p. 305, la referencia a las viviendas y a los bienes de primera necesidad constituye una "técnica innecesaria".

³¹ Sentencia de 26 de abril de 1988 (RA. 2923).

Capítulo II.- Tipo del injusto (I): tipo objetivo

equiparación respecto de la expresión «primera necesidad».

2.2.1.3.3) Toma de postura

A) Planteamiento

Sin otorgarle un valor preeminente a la interpretación gramatical³², el criterio alternativo anterior entendemos que queda corroborado por el análisis semántico de la expresión utilizada: de las dos posibles acepciones de la conjunción «o»³³, explicativa y disyuntiva, es claro que el legislador no optó por la segunda de ellas, por cuanto que no tiene carácter excluyente (o esto o lo otro), sino que tiene un carácter explicativo o aclarativo. En este sentido se afirma que dicha conjunción "también se emplea para unir una expresión con el desarrollo o explicación de ella"³⁴.

³² Entre otros motivos, porque puede llevar a una «gramaticalización» de la discusión desde la literalidad, lo cual "puede conducir a resultados de absoluta incomprensión y a contradicciones palmarias", rechazable tanto desde un punto de vista dogmático como político-criminal [en QUINTANO RIPOLLÉS, A., «Interpretación de las normas penales», *Nueva Enciclopedia Jurídica*, vol. XIII, Francisco Seix (ed.), Barcelona, 1968, p. 320].

³³ Aunque en este caso se utilice la conjunción «u» para evitar la cacofonía.

³⁴ MOLINER, M., *Diccionario del uso del español*, t. II, Gredos, Madrid, 1987.

Capítulo II.- Tipo del injusto (I): tipo objetivo

De esta idea obtenemos un primer resultado, y es que el objeto del tipo especialmente cualificado de estafa son los bienes de reconocida utilidad social.

Además, el hecho de fijar la atención en ellos conduce a unos resultados altamente positivos, pues sin negar que aquellas cosas de primera necesidad que la doctrina tradicionalmente ha considerado como tales lo son, pueden incluirse otros bienes que, con base en un criterio individual o colectivo³⁵, tienen una reconocida utilidad social³⁶.

El fundamento de este planteamiento se basaría en las necesidades de las personas, que varían en función de cada momento histórico. Lo que antes era estimado

³⁵ Según BUSTOS RAMÍREZ, J., *Manual de Derecho Penal. Parte Especial*, cit., p. 197, "por «bienes de reconocida utilidad social» habría que entender todo bien que no sólo sirve para satisfacer necesidades de algunos o muchos de los miembros de la sociedad, sino de cada uno de ellos". Esta referencia a lo individual y a lo colectivo también la hace BOIX REIG, J. en VIVES ANTÓN, T.S., BOIX REIG, J. y otros, *Derecho Penal. Parte Especial*, cit., p. 985, en relación al artículo 541.1º.

³⁶ TERRADILLOS BASOCO, J., «Sustracción de cosa propia a su utilidad social», cit., p. 103, identifica utilidad social con utilidad a la economía nacional, si bien es necesario advertir que este autor efectúa tal equiparación en el marco del artículo 287 de la Propuesta de Anteproyecto de nuevo Código Penal de 1983, precepto que viene recogido dentro del Título XII relativo a los delitos socioeconómicos, por lo que existe una coherencia en función del concepto que se sostenga de tales delitos. En igual sentido, respecto del actual artículo 562, MUÑOZ CONDE, F., *Derecho Penal. Parte Especial*, cit., p. 367; en contra, BAJO FERNÁNDEZ, M., PÉREZ MANZANO, M. en BAJO FERNÁNDEZ, M. y otros, *Manual de Derecho Penal. Parte Especial*, cit., pp. 510 y 511, criticando aquella identificación.

Capítulo II.- Tipo del injusto (I): tipo objetivo

superfluo hoy puede tener otra consideración, sin que tenga que poseer una cualidad tan restrictiva como es ser un objeto de primera necesidad.

Que la evolución socio-económica y cultural de un colectivo humano hace variar sus necesidades se observa claramente en RODRÍGUEZ DEVESA, el cual estima que dentro de ese catálogo de cosas de primera necesidad al que se hizo referencia más arriba, se encuentra el combustible doméstico, pero construye esa relación de cosas con base en una Orden del año 1943³⁷, en la que, concretamente, se menciona el carbón de uso doméstico, y hoy, aún cuando existan hogares donde se haga uso del carbón, puede comprenderse fácilmente la sustitución en esa relación del carbón por otra u otras fuentes de energía.

En todo caso, no se nos escapa que estas ideas no son más que concreciones del carácter dinámico propio de un concepto jurídico indeterminado.

Es de observar que en otros tipos penales donde, al igual que en la estafa, se agrava la conducta cuando ésta recae sobre objetos con una determinada consideración, la

³⁷ Artículo 6.2º de la Orden de 26 de junio de 1943, citada en RODRÍGUEZ DEVESA, J.M., *Derecho Penal español. Parte Especial*, 14ª edic., cit., p. 556.

Capítulo II.- Tipo del injusto (I): tipo objetivo

doctrina propugna un concepto dinámico en la misma línea del postulado por nosotros. Así, respecto del artículo 516.1º, sostiene QUINTERO OLIVARES que por cosas de primera necesidad hay que entender "las precisas para el desarrollo de las condiciones mínimas de vida". No obstante, señala que el concepto de primera necesidad es variable en el tiempo, pues en caso de catástrofe, por ejemplo, un bien común puede convertirse en un bien de primera necesidad³⁸.

Respecto del artículo 541.1º³⁹, BOIX REIG manifiesta que por cosas de primera necesidad hay que entender todos aquellos objetos que respondan a tal condición, "en función de la situación del mercado y atendidas las circunstancias sociales del momento en relación con las necesidades de subsistencia de las personas, individual o colectivamente consideradas"⁴⁰.

³⁸ QUINTERO OLIVARES, G., «El hurto», *Comentarios a la legislación penal*, t. V, vol. 2º, Edersa, Madrid, 1985, p. 1151.

³⁹ Artículo 541: "Se impondrán las penas señaladas en el artículo anterior, en su grado máximo: 1º. Cuando, cualquiera que fuera la forma de determinación del precio, las conductas previstas en él recayeren sobre sustancias alimenticias, medicamentos, viviendas u otros objetos de primera necesidad".

⁴⁰ BOIX REIG, J. en VIVES ANTÓN, T.S., BOIX REIG, J. y otros, *Derecho Penal. Parte Especial*, cit., p. 985.

Capítulo II.- Tipo del injusto (I): tipo objetivo

De estas últimas reflexiones obtenemos un segundo resultado, y es que los conceptos que estamos manejando tienen que ser dinámicos, a fijar en cada momento histórico, de acuerdo con determinados criterios.

De los dos resultados obtenidos extraemos como conclusión de lo hasta ahora dicho que el objeto del tipo especialmente cualificado de estafa son los bienes de reconocida utilidad social, siendo ésta una expresión que fluctúa en el tiempo, de acuerdo con lo que en cada momento se reconozca como socialmente útil.

Para una mejor comprensión de esa conclusión parece conveniente poner algunos ejemplos, si bien es evidente que, por lo dicho hasta ahora, no tienen ninguna pretensión de exhaustividad.

B) Ejemplos de posibles bienes de reconocida utilidad social

Cabe plantearse si, por ejemplo, los vehículos pueden estimarse dentro de la categoría de primera necesidad. La conclusión puede ser clara en un sentido negativo, pues no es un bien que reúna la condición de vital o imprescindible para la existencia de un individuo

Capítulo II.- Tipo del injusto (I): tipo objetivo

o de una colectividad. Pero, ¿y dentro de la categoría de bienes de reconocida utilidad social?. Pensemos en el alto número de personas, y empresas, que precisan del vehículo como elemento esencial de su trabajo, o pensemos en una ciudad sin transportes públicos. Tal vez ahora sí se podría estar en disposición de contestar afirmativamente, pues el vehículo cumple una función social si es observado desde determinada perspectiva, la cual tendría que ser apreciada.

En la Sentencia de 25 de noviembre de 1991⁴¹ se desestima la pretensión del Ministerio Fiscal de aplicar el número 1º del artículo 529 siendo el objeto material un coche. Se afirma por la Sala que no puede entenderse que sea un bien de primera necesidad "cuando muchos ciudadanos ni lo poseen ni lo usan", añadiendo a continuación que "no cubre ninguna [necesidad] esencial y es perfectamente sustituible por otro medio de transporte". Pero entiende que menos aún es un bien de reconocida utilidad social, "ya que el automóvil particular sólo sirve a intereses individuales, sea para el ocio o para el trabajo". Sin entrar a debate con esta Resolución, pues no es esto lo que en última

⁴¹ RA. 8549.

Capítulo II.- Tipo del injusto (I): tipo objetivo

instancia se pretende con estas reflexiones, habría que realizar algunas puntualizaciones: en cuanto a la desestimación fundada en que muchas personas no lo tienen, sin ánimo comparativo, lo mismo sucede con la vivienda, sin que se dude del carácter primariamente necesario de ella. Y en cuanto al no reconocimiento de la utilidad social basándose en que sólo cubre intereses particulares, olvida, de un lado, que lo útil socialmente no es sólo aquello que satisface necesidades colectivas, sino también los bienes que cubren necesidades individuales de acuerdo con el criterio de la colectividad (mayoritariamente se decide que algo es socialmente útil); y, de otro lado, olvida que el trabajo tiene, sin lugar a la más mínima duda, una enorme y sólida vertiente social, en términos de necesidad y utilidad.

También podemos cuestionarnos si los seguros pueden entrar también en esa relación. Pensemos en los seguros obligatorios de responsabilidad civil derivada del uso y circulación de vehículos a motor, en los seguros de responsabilidad civil en numerosas profesiones, en los seguros de asistencia sanitaria de carácter obligatorio o en los seguros obligatorios de viajeros, por citar

Capítulo II.- Tipo del injusto (I): tipo objetivo

algunos ejemplos. Como destaca SERRANO-PIEDECASAS FERNÁNDEZ, "el seguro se ha transformado en un sector básico de la economía de la nación, no sólo por el volumen económico que representa, creciente en la medida que va ligado al desarrollo económico general, sino porque además constituye un factor condicionante de ese desarrollo general"⁴².

De lo anterior resulta que si el seguro tiene tal importancia y trascendencia, tanto desde la perspectiva del seguro en sí como desde la óptica económica, se podría tratar de un bien de reconocida utilidad social. De hecho, el autor precitado⁴³ niega el carácter socio-económico de la estafa de seguro en general, excepto en el ámbito de la estafa en el contrato de seguro cuando el asegurador es el sujeto activo, pues en este caso no sólo se perjudica al asegurado, sino que se ataca a la credibilidad del sector, afectándose en concreto la seguridad del tráfico, el interés de los consumidores. No obstante, matiza que "ese tratamiento debe reservarse sólo a aquellos seguros que, por su obligatoriedad y

⁴² SERRANO-PIEDECASAS FERNÁNDEZ, J.R., *La estafa en el contrato de seguro*, cit., p. 96. En sentido similar se expresa ELGUERO MERINO, J.M., *La estafa de seguro*, cit., p. 26.

⁴³ SERRANO-PIEDECASAS FERNÁNDEZ, J.R., ult. cit., pp. 103 y 104.

Capítulo II.- Tipo del injusto (I): tipo objetivo

contenido social de sus prestaciones, merezcan tal protección"⁴⁴.

Especialmente relevante es la conclusión de SILVA SÁNCHEZ en el estudio de la estafa de seguro, ya que si bien rechaza también la calificación de delito socioeconómico, afirma que estamos "ante un delito contra el patrimonio de especial trascendencia social", idea con la que justifica una mayor penalidad. Para esta afirmación se basa en el elevado número de personas que resultan perjudicadas y en la idea de «maquinación en el marco de la relación de seguro», propugnando, de *lege ferenda*, que esta calificación alcance a toda estafa de seguro⁴⁵.

Esa trascendencia social es la que, precisamente, podría llevar a afirmar que el seguro es un bien de reconocida utilidad social.

⁴⁴ *Ibidem*, p. 104.

⁴⁵ SILVA SÁNCHEZ, J.M., «La estafa de seguro (Criminología, Dogmática y Política Criminal)», *Cuadernos de Política Criminal*, nº 32, 1987, p. 359 y nota 137.

Capítulo II.- Tipo del injusto (I): tipo objetivo

Incluso, nos podemos plantear la consideración de determinadas "subvenciones"⁴⁶ como bien de reconocida utilidad social, pues como pone de manifiesto ARROYO ZAPATERO, se trata, refiriéndose al fenómeno subvencional, de "un elemento esencial de la actividad económica general"⁴⁷, de modo que no es imaginable la economía de un país sin la existencia de las mismas. A veces, incluso, es un elemento esencial para la realización efectiva de derechos fundamentales, como el ya citado ejemplo de las becas de estudio, de manera que determinadas "subvenciones" conllevan una utilidad social.

⁴⁶ Entrecorramos el término subvención por cuanto que existen diferentes acepciones del mismo, según se engloben determinadas instituciones, de tal suerte que aquellas que no queden estrictamente comprendidas en el ámbito de punición del artículo 350 del Código Penal por su vinculación a una actividad económica, quizá podrían ser reconducidas al artículo 529.1º del mismo texto, caso de las ayudas para acceso y disfrute de un servicio público, como enseñanza o educación.

Vid., respecto a aquella diferenciación, desde la perspectiva administrativista, FERNÁNDEZ FARREDES, G., «De nuevo sobre la subvención y su régimen jurídico en el Derecho español», *Revista de Administración Pública*, nº 113, 1987, pp. 41 y ss. Respecto al ámbito de punición del artículo 350, ARROYO ZAPATERO, L., *Delitos contra la Hacienda Pública en materia de subvenciones*, cit., pp. 23 y ss.; en contra, incluyendo también dentro del concepto de subvención las que atienden a fines sociales o culturales, BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, I., FERRÉ OLIVÉ, J.C., *Todo sobre el fraude tributario*, Praxis, Barcelona, 1994, p. 136.

Sobre la subvención en general, vid. además del ya citado trabajo de FERNÁNDEZ FARREDES, el mismo, *La subvención: concepto y régimen jurídico*, Centro de Estudios Fiscales, Madrid, 1983; DÍAZ LEMA, J.M., *Subvenciones y Crédito oficial en España*, Instituto de Estudios Fiscales e Instituto de Crédito Oficial, Madrid, 1985.

⁴⁷ ARROYO ZAPATERO, L., ult. cit., p. 17.

Capítulo II.- Tipo del injusto (I): tipo objetivo

En todo caso, el que se destaque su papel dentro del sistema económico, sólo se realiza con la finalidad de recalcar su importancia para el conjunto de la sociedad y, de ahí, su consideración como socialmente útil. La subvención no sólo tiene trascendencia en el ámbito de la economía en general, sino también en el marco de las economías domésticas, como acabamos de ver, pues muchos jóvenes, v.gr., pueden acceder al sistema educativo gracias a la concesión de becas.

En esta línea, también podemos preguntarnos si los bienes de interés histórico, artístico o cultural encajan en esa categoría⁴⁸.

No obstante, tal como advertimos más arriba, no es nuestro objeto de estudio entrar en el examen exhaustivo que requeriría la determinación del vehículo como un bien de reconocida utilidad social, ni de la subvención, ni del seguro, ni de los bienes de reconocido interés

⁴⁸ Así lo estima HUERTA TOCILDO, S., «Los delitos patrimoniales en el Proyecto de Código Penal de 1980», cit., p. 500. En contra, MANJÓN-CABEZA OLMEDA, A., «Naturaleza de las circunstancias del artículo 529 del Código Penal. La circunstancia primera: especial referencia a las viviendas», cit., pp. 851 y 852; VIVES ANTÓN, T.S. en VIVES ANTÓN, T.S. y otros, *Derecho Penal. Parte Especial*, cit., p. 929.

Capítulo II.- Tipo del injusto (I): tipo objetivo

histórico, artístico o cultural⁴⁹, sino, simplemente, poner unos ejemplos que sirvan para poner de manifiesto que no podemos restringir el concepto de «utilidad social» a lo que sea «primariamente necesario»⁵⁰.

Sin embargo, sí que se hace imprescindible establecer unos criterios en virtud de los cuales un bien pueda recibir tal consideración.

C) Criterios de determinación

Efectivamente, el hecho de que la concreta calificación de un bien como de reconocida utilidad social no pueda realizarse de forma exhaustiva y con vocación de absoluta permanencia en el tiempo, no puede ni debe impedir el establecimiento de unos criterios a partir de los cuales se lleve a cabo la citada calificación.

⁴⁹ Podrían también incluirse otros ejemplos, caso de los utensilios de trabajo. Pensemos en la cooperativa de agricultores que para mejorar su trabajo decide adquirir determinada maquinaria, siendo estafada por el vendedor.

⁵⁰ Esta parece, en principio, la posición de QUERALT JIMÉNEZ, J.J., *Derecho Penal español. Parte Especial*, cit., p. 305, al afirmar que esta circunstancia "debe versar sobre bienes socialmente relevantes en cuanto a su utilidad social...", pero, a renglón seguido, parece limitar el alcance de esa afirmación al continuar diciendo "...que aquí, a tenor del texto, puede interpretarse como necesidad".

Pudiera pensarse que la Sociología del Consumo⁵¹, pues no olvidemos que hablamos de estafas que tienen lugar en el ámbito de las relaciones de consumo, podría aportar esos criterios. Sin embargo, adelantamos que no va a ser así. En esta rama de la Sociología se mantenía tradicionalmente una distinción entre bienes primarios o de primera necesidad y bienes secundarios, incluyendo dentro de la primera categoría, fundamentalmente, aquellos bienes que contribuyesen al orden social y tecnológico de la colectividad. Hoy, sin embargo, se ha abandonado esa clasificación por impracticable, dada la dificultad de constatación práctica, prefiriéndose la distinción entre bienes de lujo y no de lujo, siendo dos los aspectos que definen la primera categoría: de un lado, que no se equipara el uso con la utilidad, sino que prima la consideración del bien como símbolo de status; y, de otro lado, que se trata de bienes respecto de los que la colectividad entiende que no tiene derecho a ellos.

⁵¹ vid., entre otros, BAUDRILLARD, J., *Crítica de la economía política del signo*, Siglo XXI, Madrid, 1979; DOGANA, F., *Psicopatología del consumo cotidiano*, Gedisa, Barcelona, 1984; FEATHERSTONE, M., *Consumer culture and postmodernism*, Sage, London, 1991; HELLER, A., *Sociología de la vida cotidiana*, trad. por J.F. Ivans y E. Pérez Nadal, 2ª edic., Península, Barcelona, 1992; LEE, M.J., *Consumer culture reborn: the cultural politics of consumption*, Routledge, London, 1993; MCCracken, G., *Culture and consumption*, Indiana University Press, Indiana, 1990; PRETECEILLE, E., TERRAIL, J.P., *Capitalismo, consumption and needs*, Basil Blackwell, Oxford, 1986.

Capítulo II.- Tipo del injusto (I): tipo objetivo

Lo anterior nos indica que los criterios utilizados en la Sociología del Consumo no son adecuados para una delimitación de lo que puede entenderse por socialmente útil dentro de una rama del Derecho que se caracteriza, entre otras cosas, por una necesaria interpretación estricta de los conceptos utilizados, al margen de su inutilidad de cara a nuestros fines.

En cualquier caso, no se puede pretender que el catálogo concreto de tales bienes venga establecido agotadoramente por vía legislativa, como pretende algún autor⁵². En lugar de ello, el legislador opta, acertadamente, por el manejo de un concepto jurídico indeterminado⁵³; lo que sin embargo no quiere decir que

⁵² Vid. RODRÍGUEZ RAMOS, L., *Compendio de Derecho Penal. Parte Especial*, cit., p. 317.

⁵³ El acudir a la técnica de los conceptos jurídicos indeterminados no sólo es, en ocasiones, inevitable (cfr. BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, I., ARROYO ZAPATERO, L., *Manual de Derecho Penal. Parte General*, cit., p. 50), sino que, además, es conveniente en determinadas circunstancias, lo que pone de manifiesto la bondad de tal técnica (cfr. BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, A., «Significado de la ley y requisitos generales de la acción de competencia desleal», cit., p. 26). Cosa bien distinta es la correcta conceptualización y manejo de esta técnica, de forma que el acudir a ella no encubra una mera dejación atentatoria del principio de determinación, de certeza o taxatividad como manifestación del principio de legalidad -como ocurre cuando se confunde discrecionalidad con arbitrariedad del Tribunal-.

Vid., en general, sobre la Teoría de los conceptos jurídicos indeterminados, GARCÍA DE ENTERRÍA, E., *La lucha contra las inmunidades del poder*, 3ª edic., Civitas Madrid, 1983, pp. 32 y ss.; el mismo, *La Constitución como norma y el Tribunal Constitucional*, cit.; SAINZ MORENO, F., *Conceptos jurídicos, interpretación y discrecionalidad administrativa*, Civitas, Madrid, 1976, *passim*; SALAS, J., «Los decretos-leyes en la teoría y en la práctica constitucional», *Estudios sobre la Constitución española. Homenaje* (continúa...)

Capítulo II.- Tipo del injusto (I): tipo objetivo

todo bien puede catalogarse como socialmente útil. Por este motivo, exclusivamente tendrán la consideración de «bienes de reconocida utilidad social» aquellas que respondan a unos criterios básicos:

1º) Sólo aquellas cosas que sean precisas, de acuerdo con el sentir general, para un mejor desarrollo del conjunto de las personas, pero tomadas éstas tanto individual como colectivamente; es decir, puede tratarse tanto de bienes necesarios para los sujetos considerados unitariamente como para la comunidad en general. En definitiva, tanto bienes de uso individual como de uso colectivo. Por ejemplo, un vehículo particular y una guagua.

2º) No todo bien puede recibir tal consideración en términos absolutos, sino que debe relativizarse en función de las necesidades de los individuos. Por ejemplo, un vehículo para una persona que lo necesita para trabajar.

⁵³(...continuación)
al Profesor E. García de Enterría, vol. I, Civitas, Madrid, 1991, pp. 267 y ss., donde analiza el concepto «caso de extraordinaria y urgente necesidad» como requisito establecido en el artículo 86.1 de la Constitución para que el Gobierno pueda dictar decretos-leyes, concepto, por otro lado, rodeado de una seria controversia, destacando la severa crítica que se vierte sobre la concepción amplia mantenida por el Tribunal Constitucional (pp. 273 y ss.).

Capítulo II.- Tipo del injusto (I): tipo objetivo

3º) La concurrencia de específicas circunstancias coyunturales puede determinar que un bien entre en el catálogo al que hemos venido haciendo referencia; incluso, que pueda participar de la restrictiva categoría de «cosa de primera necesidad», tal como apuntaba QUINTERO OLIVARES. Por ejemplo, en una catástrofe todo vehículo particular.

D) Mecanismo de determinación

Por lo dicho hasta ahora, parece inevitable que sea el intérprete el que, de acuerdo con los criterios fijados, lleve a cabo la tarea de establecer la relación de tales bienes. Ahora bien, el que en última instancia quede en manos del arbitrio judicial no debe ser motivo de rechazo sin más, si de antemano se afirma su validez dentro de un contexto concreto y determinado. En este sentido, y siguiendo la línea argumental defendida por QUINTERO OLIVARES⁵⁴, destacamos lo siguiente: primero, hemos afirmado que lo que debe considerarse como socialmente útil está en función de cada momento histórico, de acuerdo a las necesidades individuales y colectivas. Desde esta perspectiva, se hace imprescindible otorgarle al juez un margen para que pueda

⁵⁴ QUINTERO OLIVARES, G., «El hurto», cit., p. 1154.

Capítulo II.- Tipo del injusto (I): tipo objetivo

apreciar lo que en cada momento se estime dentro de aquella categoría, pues, insistimos, su carácter dinámico impide, como ya hemos manifestado, la determinación legislativa previa de lo que ha de entenderse por tal⁵⁵.

Es lo que sucede, por ejemplo, con la expresión «plazo razonable» en relación al derecho a un proceso público sin dilaciones indebidas, pues como concepto jurídico indeterminado, obviamente "ha de ser valorado en función de las circunstancias y naturaleza del asunto así como por la complejidad en su resolución"⁵⁶. O lo que sucede con la agravante 7ª del artículo 529, "cuyos límites y alcances deja [el legislador] al Juzgador en quien delega o encomienda tal función, concepto presidido por criterios de experiencia y en sintonía con la realidad socioeconómica en que se halla inmerso"⁵⁷.

⁵⁵ Lo cual permite el mantenimiento en el tiempo del tenor literal de un precepto (cfr. QUINTANO RIPOLLÉS, A., «Interpretación de las normas penales», cit., p. 316).

⁵⁶ Sentencia del Tribunal Supremo de 19 de junio de 1991 (RA. 4756).

⁵⁷ Sentencia de 13 de julio de 1993 (RA. 5925), teniendo en cuenta que en tal sentido ya existían pronunciamientos anteriores, caso de la Sentencia de 5 de febrero de 1991 (RA. 758).

Capítulo II.- Tipo del injusto (I): tipo objetivo

Y, segundo, en general, es preciso que un Estado social y democrático de Derecho confíe en sus órganos judiciales, pues "la desconfianza en los jueces conduce a defender una métrica penal cerrada y tasada, como la que hasta ahora hemos tenido, con funestos resultados"⁵⁸. De todos modos esta confianza no debe apreciarse en un sentido absoluto, ni de hecho es así, pues existe, por un lado, un sistema de recursos y, por otro, todo un conjunto de principios que informan de forma efectiva la actuación de tales órganos.

Es muy ilustrativo a estos efectos GONZÁLEZ RUS⁵⁹, pues al comentar el cambio en la formulación del delito de estafa del sistema de cuantías al sistema de circunstancias agravantes en la Reforma de 1983, señala que "se gana con ello en justicia lo que se pierde en concreción y facilidad de aplicación", reconociendo que "la nueva fórmula se sirve de conceptos que habrán de ser necesariamente concretados por el aplicador", citando como ejemplo de aquéllos a la expresión «bienes de reconocida utilidad social». En definitiva, reconoce el citado autor que a través del arbitrio judicial se puede

⁵⁸ QUINTERO OLIVARES, G., *ult. cit.*, p. 1154.

⁵⁹ GONZÁLEZ RUS, J.J., *Los intereses económicos de los consumidores. Protección penal*, *cit.*, p. 308.

Capítulo II.- Tipo del injusto (I): tipo objetivo

llegar también a una mayor justicia, sobre todo, reiteramos, en el ámbito de un Estado social y democrático de Derecho⁶⁰.

E) Conclusión

En síntesis, el objeto material del tipo especialmente cualificado de estafa son los bienes de reconocida utilidad social, los cuales no pueden venir establecidos de forma agotadora en la norma penal debido a su propio carácter fluctuante, pues lo que se reconozca como socialmente útil varía en función de las necesidades del colectivo humano, tomado éste tanto individual como colectivamente, de suerte que es el intérprete el que en cada momento histórico y de acuerdo con unos criterios prefijados, determina, en última instancia, la inclusión de un bien dentro de la categoría «reconocida utilidad social».

En todo caso, este entendimiento no puede conducirnos a una ampliación desmedida del tipo⁶¹, pues

⁶⁰ Vid. *infra* un posicionamiento favorable de la doctrina respecto del arbitrio judicial en el apartado 2.5) dedicado al artículo 529.7º.

⁶¹ Este peligro, debido a la propia noción, lo advierte PEDRAZZI, C., «El bien jurídico en los delitos económicos», cit., p. 294.

Capítulo II.- Tipo del injusto (I): tipo objetivo

hay que tener presente, ante todo, los criterios que deben presidir la labor hermenéutica en el ámbito penal, a lo que se suma, en este caso concreto, que nos encontramos ante un tipo especialmente cualificado, con una penalidad muy elevada en relación al tipo básico. Sin embargo, una interpretación «estricta y rigurosa» -que no restrictiva- no tiene que suponer un obstáculo a una interpretación acorde con la *ratio* del precepto, aun cuando dicha interpretación implique una aparente ampliación del ámbito de punición tal como ha sido entendido tradicionalmente⁶², pues no hay que olvidar algo en lo que se insistió permanentemente en el Capítulo anterior, en "la funcionalidad de las figuras delictivas o, dicho de otra manera, en la adaptabilidad de las mismas en cada momento histórico"⁶³, lo cual no es más que una manifestación del «principio dinámico» como uno

⁶² Afirman COBO DEL ROSAL, M., VIVES ANTÓN, T.S., *Derecho Penal. Parte General*, 3ª edic., Tirant lo Blanch, Valencia, 1991, p. 92, que, en contra de lo que sostienen algunos autores, cabe la interpretación extensiva aun cuando sea contraria al reo, siempre que se ajuste "exactamente al sentido objetivo del texto de la ley".

Por su parte, según BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, I., ARROYO ZAPATERO, L., *Manual de Derecho Penal. Parte General*, cit., p. 51, debe rechazarse la interpretación extensiva, si bien entienden por ella "aquella interpretación que extiende la incriminación penal a conductas que están más allá del sentido literal posible del propio precepto", de lo que podemos inferir que la diferencia entre estos autores y los anteriormente citados es puramente terminológica.

⁶³ BERMEJO VERA, J., «Aspectos jurídicos de la protección del consumidor», cit., p. 272; tesis que le permite sostener que "el tradicional concepto de estafa puede servir, sin demasiado esfuerzo, como instituto protector de los consumidores".

Capítulo II.- Tipo del injusto (I): tipo objetivo

de los principios rectores de la interpretación de las normas⁶⁴.

2.2.2) Análisis de la conducta típica

2.2.2.1) Introducción

Por los motivos ya expuestos -sintéticamente, el tipo especialmente cualificado tiene un objeto específico que vincula indefectible a la conducta-, se procedió a analizar primeramente el objeto material, por lo que corresponde ahora examinar la conducta típicamente antijurídica, punto de gran complejidad dado que, sólo de forma aparente, parece que el tipo penal describe una conducta determinada, cual es la alteración; esto es, sólo serán subsumibles en el tipo aquellas conductas que consistan en alterar determinadas cualidades de un bien de reconocida utilidad social.

Por esa misma razón, nuestro estudio se centra en la alteración como posible forma específica de engaño, sin

⁶⁴ vid. COBO DEL ROSAL, M., VIVES ANTÓN, T.S., ult. cit., p. 93, según los cuales, "dado que las normas están destinadas a regir la realidad, la interpretación ha de tener en cuenta las modificaciones que se producen, constantemente, en el mundo real".

Capítulo II.- Tipo del injusto (I): tipo objetivo

referencia expresa, salvo en lo necesario, a la conducta genérica de la estafa.

Pues bien, analizar la conducta típica⁶⁵ supone resolver una serie de controversias que, paradójicamente

⁶⁵ Evidentemente, y por pura coherencia con nuestro posicionamiento sobre el contenido del tipo de injusto, cuando nos referimos a la conducta típica, en realidad, se quiere decir conducta típicamente antijurídica, en una suerte de no concurrencia de causas de justificación -no obstante, por razones de economía, en los sucesivos haremos uso de la expresión conducta típica, teniendo que tener presente en todo momento la observación realizada-.

Aunque, ciertamente, dudamos de la posible concurrencia de alguna causa de justificación en el tipo especialmente cualificado de estafa objeto de nuestro estudio, ello no implica una negativa global (vid. ANTÓN ONECA, J., «Las estafas y otros engaños», cit., p. 29 sobre el estado de necesidad; GUTIÉRREZ FRANCÉS, M.L., *Fraude informático y estafa*, cit., p. 305, acerca de la obediencia debida).

GUTIÉRREZ FRANCÉS, M.L., ult. cit., pp. 305 y 306, discrepa de QUERALT JIMÉNEZ, J.J., *Derecho Penal español. Parte Especial*, cit., p. 304, cuando éste afirma que el tipo negativo del delito de estafa puede venir conformado por el consentimiento, dado que si éste concurre, al decir de esta autora, el engaño ya no es idóneo y, por tanto, la conducta no es típica. Dicho de otra forma, no es que nos encontremos ante una conducta justificada, sino ante una conducta jurídicamente irrelevante, diferencia, por otro lado, que no ha pasado por alto entre los autores que asumen la teoría de los elementos negativos del tipo (vid., en este sentido, MIR PUIG, S., *Función de la pena y teoría del delito en el Estado social y democrático de Derecho*, cit., pp. 85 y ss.; el mismo, *Derecho Penal. Parte General*, cit., pp. 446 y ss.; ROXIN, C., *Teoría del tipo penal*, cit., pp. 202 y ss.; BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, *Honor y libertad de expresión*, cit., pp. 26 y ss.).

Sobre el consentimiento, vid., desde distintas perspectivas, pero que pueden sustentar esta crítica, BUSTOS RAMÍREZ, J., *Manual de Derecho Penal. Parte General*, cit., pp. 303 y ss.; GÓMEZ BENÍTEZ, J.M., *Teoría jurídica del delito*, cit., pp. 421 y ss.; MIR PUIG, S., *Derecho Penal. Parte General*, cit., pp. 552 y ss.

En todo caso, dado que nos encontramos en este tipo penal concreto ante un delito pluriofensivo, donde uno de los bienes jurídicos protegidos es de carácter colectivo, parece que no existen dudas acerca de la ineficacia del consentimiento (cfr. COBO DEL ROSAL, M., VIVES ANTÓN, T.S., *Derecho Penal. Parte General*, cit., p. 376).

Capítulo II.- Tipo del injusto (I): tipo objetivo

-o tal vez no⁶⁶-, tienen su origen en la redacción que tenía el delito de estafa antes de la Reforma de 1983.

En primer lugar, se trata de constatar, si en este tipo se invierten los términos tradicionales del delito de estafa⁶⁷, esto es, si debe concurrir o no engaño -y, en consecuencia, lo relevante es la causación de un perjuicio patrimonial sin más-, o si, por el contrario, éste debe ser el resultado de una previa conducta engañosa.

En segundo lugar, hay que posicionarse en relación a la «alteración», pues para la doctrina mayoritaria, la conducta consiste en alterar, de manera que la alteración es una forma concreta de engaño. Sin embargo, para algunos autores -a los que, vaya por delante, nos adherimos-, la variación no va referida al engaño sino al perjuicio, de suerte que no es preciso que la comisión del delito tenga lugar mediante una conducta determinada.

⁶⁶ La paradoja es que como tendremos oportunidad de comprobar más adelante -y como ya tuvimos ocasión con el análisis del bien jurídico-, los problemas se plantean en numerosas ocasiones debido al permanente recurso a los criterios tradicionales de interpretación del delito de estafa, sin percibir que la Reforma de 1983 supuso una nueva concepción de la misma.

⁶⁷ Cfr. GONZÁLEZ RUS, J.J., *Los intereses económicos de los consumidores. Protección penal*, cit., p. 316.

Capítulo II.- Tipo del injusto (I): tipo objetivo

En tercer lugar, entender que la alteración hay que vincularla al perjuicio trae consigo una serie de consecuencias, destacando por nuestra parte dos de ellas: de un lado, y por lo que ahora nos interesa, al no referir la alteración a la conducta, caben otras formas engañosas en una suerte de ampliación ámbito de punición en su delimitación tradicional; y, de otro lado, en la medida en que se amplía el marco de punición conforme se había venido delimitando por la doctrina, se obtiene una mayor tutela de los intereses económicos y sociales de los consumidores, pues no debemos olvidar que el objeto de nuestra investigación son las estafas masivas que tienen lugar en el seno de las relaciones de consumo.

En cuarto y último lugar, dado que nos movemos en el ámbito de las relaciones consumeristas, éstas tienen normalmente como fundamento un contrato, de forma que se hace necesario realizar algunas observaciones sobre el engaño en el seno de las denominadas «estafas contractuales».

2.2.2.2) La exigencia de engaño

En cuanto al primer problema que localizamos en la delimitación de la conducta típica -exigencia o no de

Capítulo II.- Tipo del injusto (I): tipo objetivo

engaño-, el origen de esta polémica se podría situar en la inicial controversia mantenida entre QUINTANO RIPOLLÉS y ANTÓN ONECA a propósito de la interpretación del antiguo artículo 528, el cual castigaba al que "defraudare a otro en la sustancia, cantidad o calidad de las cosas que le entregare en virtud de un título obligatorio".

Debido a la no exigencia expresa de una maquinación engañosa en el tipo, pudo sostenerse, como hizo QUINTANO RIPOLLÉS en un principio⁶⁸, que aquél estaba configurado de forma objetiva, de manera que cabía su realización "adulterando las cosas o simplemente ofreciéndolas a la venta en las indebidas condiciones cuantitativas o cualitativas"⁶⁹; en síntesis, que no se exigía engaño. Sin embargo, el propio autor precitado rechaza posteriormente este entendimiento, dándole la

⁶⁸ Vid. QUINTANO RIPOLLÉS, A., *Comentarios al Código Penal*, vol. II, Madrid, 1946, p. 447. En el mismo sentido ya se había expresado GROIZARD GÓMEZ DE LA SERNA, A., *El Código Penal de 1870 concordado y comentado*, cit., pp. 105 y 106, señalando que requisito de este delito es la defraudación, sin hacer referencia al engaño. Así, cuando comenta un caso juzgado por el Tribunal de Casación francés, en donde se apreció estafa, afirma que dicha calificación no hubiera sido posible en España, "aunque exista engaño", de lo que se deduce que, para este autor, en esta figura no se requiere su presencia como elemento indispensable.

⁶⁹ QUINTANO RIPOLLÉS, A., *Tratado de la Parte Especial del Derecho Penal*, t. II, cit., p. 688.

Capítulo II.- Tipo del injusto (I): tipo objetivo

razón a ANTÓN ONECA, en el sentido de que el engaño debe concurrir necesariamente⁷⁰.

Para ANTÓN ONECA, efectivamente, el engaño debe requerirse siempre⁷¹. Lo que no exige el precepto son maquinaciones engañosas, de forma que "basta con la simulación de dar lo malo por bueno, lo deficiente por completo"⁷².

Hoy por hoy esta cuestión no ofrece ningún tipo de duda⁷³: tal como se puso de manifiesto en su momento, a la vista de la redacción dada al artículo 529, los diferentes números contenidos en el mismo deben ser

⁷⁰ *Ibidem*, nota 1.

⁷¹ En el mismo sentido, RODRÍGUEZ DEVESA, J.M., *Derecho Penal Español. Parte Especial*, 8ª edic., Dykinson, Madrid, 1980, p. 509, afirmando que concurre engaño "porque ha de mediar un previo propósito de enriquecerse con el perjuicio del otro contratante, en donde reside el engaño".

⁷² ANTÓN ONECA, J., «Las estafas y otros engaños», cit., p. 22.

⁷³ La totalidad de la doctrina reconoce en el engaño un elemento esencial del delito de estafa (vid., por todos, VALLE MUÑIZ, J.M., *El delito de estafa*, cit., pp. 142 y ss.), unanimidad que alcanza igualmente a la jurisprudencia [v. gr. Sentencias del Tribunal Supremo de 20 de junio de 1987 (RA. 4976), 15 de noviembre de 1988 (RA. 9166), 24 de noviembre de 1989 (RA. 8722), 19 de junio de 1990 (RA. 5568), 27 de septiembre de 1991 (RA. 6626), 24 de marzo de 1992 (RA. 2435), 15 de junio de 1993 (RA. 5017) y 18 de marzo de 1994 (RA. 2369)].

Dada la configuración del tipo del artículo 640 del Código Penal italiano, aun cuando se reconozca la necesidad de engaño, la cuestión se plantea en otros términos (vid., por todos, MARINI, G., *Profili della truffa nell'ordinamento penale italiano*, Giuffrè, Milano, 1970, pp. 63 y ss.; ZANNOTTI, R., *La truffa*, cit., pp. 17 y ss.).

Capítulo II.- Tipo del injusto (I): tipo objetivo

considerados como tipos cualificados, de suerte que los elementos esenciales del tipo básico de estafa tienen que reproducirse necesariamente: una conducta -el engaño idóneo- y un resultado -el acto de disposición perjudicial- objetivamente imputable a aquélla⁷⁴, aunque en nuestro caso, en vez de un único resultado, nos encontramos con dos, si bien uno complementario del otro

⁷⁴ Al ser la estafa un delito de resultado, el tipo requiere una acción seguida de la causación de un resultado separable espacio-temporalmente de la conducta, tal como define aquella clase de delitos MIR PUIG, S., *Derecho Penal. Parte General*, cit., p. 215. Así, en el tipo básico de estafa nos encontramos con una conducta y un resultado.

La conducta es el engaño, que viene definido por su capacidad para producir error ("engaño bastante para producir error en otro"), de suerte que el error no es un elemento autónomo; su función es, como señala GÓMEZ BENÍTEZ, J.M., «Función y contenido del error en el tipo de estafa», *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, t. XXXVIII, fasc. II, 1985, p. 339, "delimitar restrictivamente las acciones prohibidas como atentatorias contra el bien jurídico protegido". Cuestión distinta es el criterio en función del cual se determina la idoneidad del engaño, aspecto al que nos referiremos más adelante.

El resultado es el acto de disposición perjudicial, que viene dado por el engaño ("realizar un acto de disposición en perjuicio de sí mismo o de tercero"). Así, el engaño relevante a efectos del delito de estafa no es sólo un engaño bastante, sino también inductor de la disposición patrimonial lesiva ("induciéndole a").

La conducta y el resultado deben estar unidos causalmente, de acuerdo con la teoría de la condición. Pero no es suficiente afirmar la causalidad para obtener una conducta típica si no concurre también la imputación objetiva, como afirma GIMBERNAT ORDEIG, E., «¿Qué es la imputación objetiva?», *Estudios de Derecho Penal*, 3ª edic., Tecnos, Madrid, 1990, p. 212. Así, el resultado tiene que ser objetivamente imputable a la conducta, de acuerdo con los criterios de creación del riesgo desautorizado o incremento del riesgo permitido, no manejando el criterio del fin de protección de la norma en la medida en que, para nosotros, carece de virtualidad práctica.

Vid. un exhaustivo análisis y desarrollo de esta construcción en GUTIÉRREZ FRANCÉS, M.L., *Fraude informático y estafa*, cit., *passim*.

Capítulo II.- Tipo del injusto (I): tipo objetivo

(la lesión de la seguridad del tráfico económico jurídico y el acto de disposición perjudicial⁷⁵).

En definitiva, el tipo exige la concurrencia de una conducta engañosa. Cosa distinta es la forma que debe revestir el engaño, cuestión que vemos a continuación.

2.2.2.3) La alteración: ¿forma de engaño o forma del perjuicio?

2.2.2.3.1) Introducción y estado de la cuestión

Otra de las controversias que se plantean en el ámbito de la conducta del tipo especialmente cualificado de estafa es si la alteración de la sustancia, calidad o cantidad de los bienes de reconocida utilidad social se refiere a la conducta o al resultado. Esto es, puede entenderse que la conducta consiste en engañar a otros modificando determinadas cualidades de un objeto (se engaña alterando), o bien entender que basta cualquier engaño (bastante e inductor; idóneo, en definitiva), de

⁷⁵ En buena teoría, tendríamos que hablar de actos de disposición perjudiciales, en plural, pues no debemos olvidar que estamos analizando la especial cualificación contenida en los números primero y octavo del artículo 529, esto es, la estafa que tiene lugar mediante la alteración de la sustancia, calidad o cantidad en bienes de reconocida utilidad social en la que resultan múltiples perjudicados.

Capítulo II.- Tipo del injusto (I): tipo objetivo

forma que es al perjuicio al que se refiere dicha variación (el perjuicio tiene lugar porque se ha producido la alteración).

Las consecuencias a que puede conducirnos una u otra postura son bien distintas -caso de la estafa que recae sobre un producto ya envasado, pues según se sostenga uno u otro criterio, es subsumible en el tipo básico o en el tipo cualificado⁷⁶-, razón por la que es necesario tomar postura.

También el origen de esta controversia lo podemos situar en un momento legislativo anterior. Nos referimos a la distinta interpretación sostenida por ANTÓN ONECA respecto de la antigua redacción del artículo 528 frente a la que había dado GROIZARD GÓMEZ DE LA SERNA al artículo 547 del Código Penal de 1870.

Para GROIZARD GÓMEZ DE LA SERNA⁷⁷, la regla general en la estafa es que el sujeto activo no entregue nada, mientras que frecuentemente recibe algo. Sin

⁷⁶ Cuando hablamos de tipo cualificado sin más lo hacemos por simple razón de economía, pues, en realidad, debe hablarse de tipo especialmente cualificado; esto es, cuando la defraudación recae sobre un bien de reconocida utilidad y se afectan a múltiples personas (artículos 529.1ª y 8ª).

⁷⁷ GROIZARD GÓMEZ DE LA SERNA, A., *El Código Penal de 1870 concordado y comentado*, cit., p. 110.

Capítulo II.- Tipo del injusto (I): tipo objetivo

embargo, en este tipo se rompe dicha regla, de forma que la especialidad radica en que se produce una entrega por parte del estafador, si bien lo que da es una cosa deficiente, incompleta o mermada⁷⁸.

Por el contrario, estima ANTÓN ONECA que en la medida en que estos hechos son generalmente "parásito de la compraventa", el delito se refiere al perjuicio. En concreto, afirma que "el perjuicio del sujeto pasivo con el lucro correspondiente del activo se perfecciona al recibir el último el precio"⁷⁹.

En síntesis, y de acuerdo con la moderna dogmática del delito de estafa, para el primero de los autores la alteración va referida a la conducta -el engaño idóneo-, mientras que para el segundo de ellos, la alteración va referida al resultado patrimonial -el acto de disposición perjudicial-.

⁷⁸ En esta línea se sitúa CUELLO CALÓN, E., *Derecho Penal. Parte Especial*, t. II, vol. II, cit., p. 937, repitiendo casi literalmente las palabras de GROIZARD, pues afirma que "esta figura se distingue de las demás estafas en que, a diferencia de ellas, el culpable no recibe sino que entrega, pero no lo que debiera, sino cosa diversa, o de peor calidad o en menor cantidad". En definitiva, pone igualmente el acento en la entrega.

⁷⁹ ANTÓN ONECA, J., «Las estafas y otros engaños», cit., p. 23.

Capítulo II.- Tipo del injusto (I): tipo objetivo

En cuanto al estado de la cuestión en la doctrina actual, en general se muestra partidaria del primer entendimiento -la alteración no es más que la forma concreta en que se manifiesta el engaño típico-. No obstante, tal aseveración no impide a esta corriente mayoritaria criticar la construcción dada a esta cualificación, pues en la medida en que limita la forma de engaño, no se consigue el fin perseguido por el legislador, cual es una óptima tutela de los intereses de los consumidores cuando el objeto de contratación son bienes de reconocida utilidad social. En esta línea se sitúan autores como GONZÁLEZ RUS⁸⁰, HUERTA TOCILDO⁸¹, VIVES ANTÓN⁸² o BUSTOS RAMÍREZ⁸³, entre otros. Este último pone un ejemplo muy ilustrativo de la restricción del ámbito de punición que se produce por exigir el precepto una concreta forma de engaño: los casos de ventas de productos de primera necesidad pagados por anticipado, cuando la alteración tiene lugar con

⁸⁰ GONZÁLEZ RUS, J.J., *Los intereses económicos de los consumidores. Protección penal*, cit., pp. 315 y 316, aunque se refiere a este problema en otros lugares.

⁸¹ HUERTA TOCILDO, S., «Los delitos patrimoniales en el Proyecto de Código Penal de 1980», cit., p. 498, analizando el artículo 257.1º del Proyecto, idéntico al actual 529.1º.

⁸² VIVES ANTÓN, T.S. en VIVES ANTÓN, T.S., y otros, *Derecho Penal. Parte Especial*, cit., p. 929.

⁸³ BUSTOS RAMÍREZ, J., *Manual de Derecho Penal. Parte Especial*, cit., p. 196.

Capítulo II.- Tipo del injusto (I): tipo objetivo

posterioridad al pago y antes de realizar la entrega⁸⁴. Como el tipo exige que el engaño tenga lugar alterando, y esta alteración no coincide con el momento del engaño (que tiene lugar cuando el sujeto paga creyendo que va a recibir el producto por el que abonó una cantidad de dinero), la conducta no es subsumible en el número primero del artículo 529⁸⁵.

Frente a esta corriente sin duda mayoritaria se hallan BAJO FERNÁNDEZ y PÉREZ MANZANO, para los cuales "la exigencia de que el hecho se cometa alterando, ha de referirse al perjuicio y no al engaño, de modo que no es preciso que la maniobra engañosa característica de la estafa consista exactamente en alterar la sustancia, calidad o cantidad, sino que puede realizarse de manera distinta". De esta forma, siguen diciendo, "lo que, en todo caso, exige este precepto es que el perjuicio consista en la alteración de la sustancia, calidad o cantidad de las cosas"⁸⁶.

⁸⁴ *Ibidem*.

⁸⁵ Sin que ello implique la impunidad de tal conducta. Lo que sucede en este caso es que el hecho debe ser reconducido al tipo básico.

⁸⁶ BAJO FERNÁNDEZ, M., PÉREZ MANZANO, M. en BAJO FERNÁNDEZ, M. y otros, *Manual de Derecho Penal. Parte Especial*, cit., p. 311. Se adhiere a este entendimiento MANJÓN-CABEZA OLMEDA, A., «Naturaleza de las circunstancias del artículo 529 del Código Penal. La circunstancia primera: especial referencia a las viviendas», cit., p. 849.

Capítulo II.- Tipo del injusto (I): tipo objetivo

2.2.2.3.2) Toma de postura

A) Preliminares

Como cuestión preliminar a nuestra posición, creemos necesario destacar, ante todo, que a la hora de analizar un tipo penal, para fijar su sentido exacto, es preciso examinar el comportamiento globalmente, con las consecuencias que se deriven del mismo. Lo que resulta evidente es que si la investigación no se realiza de esa forma, las conclusiones a las que se pueden llegar resultarían, casi con toda seguridad, erróneas o, cuanto menos, carentes de un fundamento coherente. En nuestro caso, en la medida en que nos encontramos ante un tipo cualificado, nuestro análisis debe comprender, necesariamente, los elementos esenciales del tipo básico, esto es, el engaño y el acto de disposición lesivo.

En definitiva, de lo que se trata es de no circunscribir el examen a la conducta exclusivamente, perdiendo de vista el resultado. Como acabamos de afirmar, se hace necesario observar el comportamiento

Capítulo II.- Tipo del injusto (I): tipo objetivo

globalmente, con todas las consecuencias que eso conlleve⁸⁷.

Desde esa perspectiva, el delito de estafa viene caracterizado por la existencia de un engaño inicial, una conducta engañosa que tiene que estar presente desde el mismo momento en que se plantea el autor la obtención de un lucro ilícito. Ahora bien, en la vida práctica, las conductas no siempre revisten una forma determinada y simple. Y así es, entre otras razones, porque no todos los sujetos de los que se pretende un acto de disposición perjudicial son iguales, por así decir, de suerte que el «engaño bastante para producir error en otro» debe estar en función de todo un conjunto de características objetivas y subjetivas pertenecientes al sujeto en concreto que se pretende engañar⁸⁸. A ello hay que

⁸⁷ Vid., al respecto, la Sentencia del Tribunal Supremo de 27 de septiembre de 1991 (RA. 6628).

⁸⁸ Razón por la cual sostenemos que la idoneidad del engaño debe determinarse de acuerdo a criterios subjetivos, es decir, tomando en consideración a la persona en concreto a la que va dirigida el engaño, pues es a ese, y no a otro, al que hay que inducir a realizar el acto de disposición patrimonial. Así, el juicio de idoneidad debe referirse al sujeto en concreto con sus propias peculiaridades, y no a un sujeto hipotético, abstracto, dotado de una capacidad media.

En todo caso, del propio precepto no creemos que se pueda inferir sin más, como sostiene, entre otros, ARROYO ZAPATERO, L., *Delitos contra la Hacienda Pública en materia de subvenciones*, cit., p. 56, que el criterio adoptado sea el objetivo, tal como ha acreditado suficientemente GUTIÉRREZ FRANCÉS, M.L., *Fraude informático y estafa*, cit., pp. 352 y ss., fundamentalmente a partir de la p. 362.

(continúa...)

Capítulo II.- Tipo del injusto (I): tipo objetivo

sumar la finalidad que persigue el autor, pues también ésta condiciona su actuación. De esta forma, el sujeto

88 (...continuación)

Cuestión distinta es cómo concretar este criterio subjetivo en los fraudes colectivos, donde no es posible ni necesaria la identificación de cada uno de los sujetos engañados. La respuesta más razonable es la aportada por GUTIÉRREZ FRANCÉS, M.L., ult. cit., p. 367, en relación a la solución dada por QUINTANO RIPOLLÉS, A., *Tratado de la Parte Especial del Derecho Penal*, t. II, cit., p. 595, para resolver los problemas derivados de efectiva ineficacia de la conducta, como ocurre con los tipos de imperfecta ejecución. En estos casos, entiende este autor que hay que acudir al criterio "más arduo y relativo de la idoneidad en abstracto", lo cual "se traduce en la operación imaginaria de decidir si el engaño utilizado sin éxito hubiera servido para mover eventualmente la voluntad del destinatario".

Caso de rechazarse esta solución, sólo alcanzamos a localizar dos opciones: o bien, rechazar el criterio subjetivo y volver al objetivo; o bien, manejar un criterio mixto, esto es, aplicar el criterio subjetivo en los supuestos de un único sujeto identificable, y el objetivo cuando se trata de una colectividad. La primera alternativa la rechazamos por cuanto hemos despreciado el criterio objetivo, lo cual nos conduce a no estimar tampoco la segunda opción, más rechazable en la medida en que no es conveniente manejar criterios dispares para resolver, en definitiva, un mismo problema: la idoneidad del engaño.

En cualquier caso, hay que reconocer que el plano teórico y el práctico no se sitúan en un mismo nivel, pues es constatable que el Juez, en el día a día, resuelve atendiendo a la eficacia del engaño, verificando la idoneidad en la medida en que, efectivamente, se ha logrado engañar; y esto no significa otra cosa que el manejo de un criterio subjetivo [aun cuando desde el plano teórico la jurisprudencia hable de un criterio mixto, esto es, atendiendo a módulos objetivos y a las condiciones personales del sujeto afectado, de suerte que "la idoneidad abstracta se complementa con la suficiencia en el específico supuesto contemplado", como afirma la Sentencia de 26 de mayo de 1994 (RA. 4053), en consonancia con el pacífico criterio teórico mantenido por Resoluciones como la de 24 de noviembre de 1989 (RA. 8722), 12 de noviembre de 1990 [RA. 8879] y 18 de mayo de 1993 (RA. 4172)]; siendo un buen exponente de esta realidad fáctica las Sentencias de 27 de septiembre de 1991 (RA. 6626) y 18 de marzo de 1994 (RA. 2369), o la de 15 de noviembre de 1988 (RA. 9166), que tras sostener que el engaño debe medirse de acuerdo a módulos objetivos y subjetivos, afirma que, en definitiva, debe apreciarse el "engaño *intuito personae*". De esta manera, no se plantea si el engaño era burdo o no atendiendo a unas características tipo, estandarizadas, de un sujeto tomado en abstracto, porque si ello fuese así, no cabría apreciar estafa, por ejemplo, en el supuesto en que el sujeto pasivo es una persona con amplios conocimientos de Derecho y, en consecuencia, situada por encima de ese teórico nivel, cuando la práctica demuestra lo contrario, que es posible engañar a un abogado o a un juez. Ya QUINTANO RIPOLLÉS, A., ult. cit., pp. 590 y 594, se refería explícitamente a esta cuestión cuando señalaba que la entidad del engaño ha de ser medida en relación con su eficacia operativa real frente al caso concreto.

Capítulo II.- Tipo del injusto (I): tipo objetivo

activo confecciona una estratagema muy elaborada de acuerdo con los conocimientos que sobre la materia puede tener la otra parte, por ejemplo, y de acuerdo con el plan trazado.

Si ello es así, y creemos que sí, lo relevante es que mediante un engaño bastante, el sujeto activo consigue inducir a otros⁸⁹ a realizar un acto de disposición, en donde el perjuicio viene dado porque se produce una alteración en la sustancia, cantidad o calidad de un bien de reconocida utilidad social.

Veamos un ejemplo: un promotor inmobiliario pone un anuncio en prensa para atraer la atención de posibles interesados sobre un complejo de viviendas, relatando en dicho anuncio una serie de características, aunque la venta se produce sobre plano, es decir, cuando aún no se ha iniciado la construcción de aquéllas.

Una vez que los posibles interesados se reúnen con el promotor y conocen, de palabra y por maquetas y planos, lo que serán las futuras viviendas, se deciden a

⁸⁹ No necesariamente el término «otro» hay que identificarlo con persona física determinada, como tendremos ocasión de comprobar al analizar los sujetos del delito (cfr. GONZÁLEZ RUS, J.J., *Manual de Derecho Penal. Parte Especial*, cit., p. 196).

Capítulo II.- Tipo del injusto (I): tipo objetivo

adquirirlas, de forma que inician todos los trámites burocráticos y realizan los pagos correspondientes.

Dicho promotor, tal como había planeado desde un principio, no construye las viviendas de acuerdo con la información que había facilitado en su momento, pues los metros útiles son inferiores a lo manifestado, siendo también inferior la calidad del material utilizado.

Si entendemos que la conducta engañosa consiste, precisamente, en la alteración, la conclusión a la que tenemos que llegar es que la conducta del promotor no es subsumible en el tipo del artículo 529.1º, toda vez que la alteración se produjo con posterioridad al engaño, el cual tuvo lugar en el momento de la venta sobre plano.

Sin embargo, si se sostiene, como es nuestro criterio, que lo relevante es que a causa de una conducta engañosa se haya producido un acto de disposición perjudicial, y que el perjuicio patrimonial ha consistido, precisamente, en que al alterarse la cantidad y calidad de la vivienda -bien de reconocida utilidad social-, ha tenido lugar una «compensación patrimonial

Capítulo II.- Tipo del injusto (I): tipo objetivo

incompleta»⁹⁰, no hay ya obstáculo para afirmar la concurrencia del tipo especialmente cualificado: además de los elementos esenciales del tipo básico, se han alterado determinadas cualidades de un bien de reconocida utilidad social, y han resultado múltiples perjudicados⁹¹.

Obviamente, hablamos de estafa dado que entendemos que nos encontramos frente a un ilícito penal y no ante un mero ilícito civil⁹².

⁹⁰ Del uso de esta expresión no debe deducirse nuestra posición en torno a los criterios para la determinación del perjuicio.

⁹¹ En estos supuestos suele concurrir, igualmente, la cualificación de la especial gravedad (artículo 529.7ª).

⁹² La doctrina mayoritaria, acertadamente a nuestro juicio, entiende hoy el problema del límite entre el ilícito civil y la estafa como un «problema de tipicidad», de suerte que siempre que se cumplan todas las exigencias del tipo debe aplicarse la norma penal (vid., por todos, VALLE MUÑIZ, J.M., *El delito de estafa*, cit., passim). No obstante, le asiste la razón a GUTIÉRREZ FRANCÉS, M.L., *Fraude informático y estafa*, cit., pp. 259 y ss., cuando matiza el criterio anterior en el sentido de que, efectivamente, es una «cuestión de tipicidad», pero porque es una «cuestión de bien jurídico» (si es posible la subsunción de un hecho en el tipo es porque se ha producido la lesión -o puesta en peligro- del bien jurídico). En nuestro caso en concreto, la calificación como estafa viene plenamente justificada, no porque se lesione el patrimonio individual, pues existen mecanismos de protección de éste ajenos al Derecho Penal (principio de intervención mínima), sino fundamentalmente porque se afecta un bien jurídico colectivo (la seguridad del tráfico), de forma que la conducta objeto de calificación trasciende de la mera lesión de un interés individual, afectando un interés colectivo.

Capítulo II.- Tipo del injusto (I): tipo objetivo

B) Argumentos

Podemos manejar dos órdenes de argumentos para sostener nuestra posición: de un lado, acudiendo a los criterios de interpretación de la norma penal (gramatical, sistemático, histórico y teleológico); y, de otro, apoyándonos en la propia jurisprudencia, pues de un análisis de la misma se concluye que, en la práctica, el criterio por nosotros sustentado es el que mantiene el Tribunal Supremo.

La primera línea argumental apunta a que, sencillamente, del tipo no se desprende que necesariamente el engaño consista en la alteración. El artículo 529.1º lo que dice es que la estafa se cometa alterando, pero no que el engaño tenga lugar alterando: "Son circunstancias que agravan el delito a los efectos del artículo anterior: 1º. Cuando se cometa alterando...". Es decir, una circunstancia que cualifica el delito de estafa es que se realice alterando, sin especificar si dicha alteración va referida a la conducta o al resultado patrimonial, esto es, si al engaño idóneo e inductor o al acto de disposición perjudicial. Todo lo que se diga a continuación son interpretaciones que con

Capítulo II.- Tipo del injusto (I): tipo objetivo

mayor o menor fundamento, con mayor o menor fortuna, realiza el intérprete.

Lo que hemos acreditado hasta este momento es que no es un argumento acudir al *literal del precepto*, en la medida en que con la interpretación gramatical no averiguamos el sentido de la expresión objeto de nuestro estudio, conclusión que nada debe extrañar dado que, al decir de SAINZ CANTERO, "muy raramente el valor gramatical de las palabras de la norma es suficiente para el acto interpretativo"⁹³.

Tampoco el *criterio sistemático* nos aporta nada, pues acudir a la sistemática del Código Penal vigente es, cuanto menos, un atrevimiento, pues es evidente que se halla completamente rota por las múltiples reformas que se han realizado: si algo caracteriza al Código desde esta perspectiva es, sin duda, su «asistemática». En todo caso, como sostiene BAJO FERNÁNDEZ, "no merece la pena aportar argumentaciones de convicción ni de autoridad para demostrar la evidencia de que las rúbricas de los

⁹³ SAINZ CANTERO, J.A., *Lecciones de Derecho Penal. Parte General*, 3ª edic., Bosch, Barcelona, 1990, p. 368. Más rotundo se muestra QUINTANO RIPOLLÉS, A., «Interpretación de las normas penales», cit., p. 320, cuando afirma que la interpretación gramatical es "de vocación servil y nada nuevo añade en el aspecto científico y político criminal, por lo que es generalmente poco apta para las exposiciones doctrinales", e incluso, judiciales.

Capítulo II.- Tipo del injusto (I): tipo objetivo

apartados de un Código pueden coherentemente jugar el papel de ordenación sistemática, a través de la referencia a bienes jurídicos, objetos de la acción, motivos políticos criminales, etc."⁹⁴, de suerte que tal criterio carece de virtualidad a nuestros efectos.

En cambio, partiendo de la necesidad de interpretar las normas de acuerdo a sus antecedentes históricos y legislativos -artículo 3.1 del Código Civil⁹⁵-, la *interpretación histórica* si nos puede aportar alguna pista⁹⁶, en la medida en que se reconoce por la doctrina que el legislador-reformador de 1983, con la especial cualificación, tomó en consideración la protección de los intereses de los consumidores⁹⁷ y, en concreto, las estafas en el ámbito de la construcción de

⁹⁴ BAJO FERNÁNDEZ, M., «La Constitución económica española y el Derecho Penal», cit., p. 175.

⁹⁵ La Sala II del Tribunal Supremo ha acudido a este precepto para resolver cuestiones de toda índole, caso de un problema de competencia jurisdiccional -ordinaria o militar- [Sentencia de 31 de octubre de 1980 (RA. 4239)], o para una correcta interpretación del artículo 325 bis [Sentencia de 1 de febrero de 1990 (RA. 2956)].

⁹⁶ Aunque su aportación no sea decisiva, conocer el origen y evolución de la norma -v.gr. el proceso parlamentario-, puede coadyuvar a un mejor entendimiento de la misma (cfr. QUINTANO RIPOLLÉS, A., «Interpretación de las normas penales», cit., pp. 320 y 321).

⁹⁷ Vid. *supra* la doctrina y la jurisprudencia citadas en las notas 114 y 115, respectivamente, del Capítulo I.

Capítulo II.- Tipo del injusto (I): tipo objetivo

viviendas⁹⁸, con lo cual también se cumple el mandato del citado precepto del Código Civil cuando establece que la norma ha de interpretarse de acuerdo a la realidad social del tiempo en que ha de ser aplicada⁹⁹.

Y, como pone de manifiesto JESCHECK¹⁰⁰, la interpretación histórica conduce a la *interpretación teleológica*, esto es, aquella que se esfuerza en poner de relieve los fines de la norma, siendo éste el criterio de interpretación de mayor relevancia¹⁰¹, y el que nos aporta un argumento a nuestro entender decisivo, a saber: si el fin de la norma penal es la protección de bienes jurídicos, con la interpretación alternativa¹⁰² se consigue una mayor y mejor tutela de los intereses de los consumidores, fin que, como acabamos de recordar, estaba en la mente del reformador de 1983, cumpliendo nuevamente

⁹⁸ Cfr. GÓMEZ BENÍTEZ, J.M., «Delitos contra el patrimonio», cit., p. 701; QUINTERO OLIVARES, G., MUÑOZ CONDE, F., *La reforma penal de 1983*, Destino, Barcelona, 1983, p. 169.

⁹⁹ Vid. una referencia jurisprudencial a los distintos criterios interpretativos de acuerdo con el artículo 3.1 del Código Civil en la Sentencia del Tribunal Supremo de 31 de marzo de 1980 (RA. 1209).

¹⁰⁰ JESCHECK, H.H., *Tratado de Derecho Penal. Parte General*, vol. I, trad. y adiciones de Derecho español por S. Mir Puig y F. Muñoz Conde, Bosch, Barcelona, 1981, p. 210.

¹⁰¹ Cfr. COBO DEL ROSAL, M., VIVES ANTÓN, T.S., *Derecho Penal. Parte General*, cit., p. 92.

¹⁰² La alteración va referida al perjuicio patrimonial y no a la conducta engañosa.

Capítulo II.- Tipo del injusto (I): tipo objetivo

con la exigencia del artículo 3 anteriormente mencionado de atender fundamentalmente al espíritu y finalidad de la norma en la labor hermenéutica¹⁰³.

Todo ello sin traspasar el límite máximo de interpretación de la ley penal, conformado por el "sentido literal posible"¹⁰⁴.

Como segunda línea argumental de nuestra posición, es posible afirmar que, en la práctica, es el criterio del Tribunal Supremo entender que la alteración no va referida al engaño sino al perjuicio. Así, estas defraudaciones subsumibles en el artículo 529.1º suelen tener lugar en el marco de los denominados «contratos civiles criminalizados», constatándose que la verificación del engaño la circunscriben al contrato; es decir, "el contrato mismo, en una operación de engaño fundamentalmente implícito, aunque no privado de exteriorizaciones o manifestaciones que lo delatan, se erige en instrumento disimulador, de ocultación,

¹⁰³ Con lo cual queda corroborada la idea expresada por QUINTANO RIPOLLÉS, A., «Interpretación de las normas penales», cit., p. 321, según la cual "la interpretación teleológica favorece ciertamente la tesis...de la *adecuación social*, que no es otra cosa en el fondo que la proyección de la norma abstracta en la realidad circundante".

¹⁰⁴ Vid. MUÑOZ CONDE, F. en Adiciones de Derecho español a JESCHECK, H.H., *Tratado de Derecho Penal. Parte General*, vol. I, cit., p. 215.

Capítulo II.- Tipo del injusto (I): tipo objetivo

fingimiento y fraude, valiéndose el infractor de la confianza y buena fe reinante en la concertación o perfección de los negocios jurídicos, con claro y terminante ánimo, *ab initio*, de incumplimiento por parte del defraudador". De esta manera, de lo que se trata, en principio, es de constatar la existencia intencional e inicial de engaño, apreciando posteriormente la concurrencia del tipo cualificado en función de la producción del perjuicio debido a la alteración. En síntesis, parece que la jurisprudencia no vincula el engaño a la alteración, sino a la existencia de un engaño concretado, en este ámbito, en un contrato aparentemente válido¹⁰⁵.

C) Conclusión

En definitiva, bastantes limitaciones tiene de por sí la Reforma de 1983 "al incardinarse en un Código ajeno, cuando no opuesto, a los principios inspiradores de la reforma"¹⁰⁶, como para someterlo aún a mayores restricciones sin fundamento político-criminal ni

¹⁰⁵ Obviamente, serán las circunstancias del caso concreto las que permitan la calificación pertinente. Vid., al respecto, las Sentencias del Tribunal Supremo de 24 de febrero de 1989 (RA. 1653), 6 de junio de 1990 (RA. 5149), 24 de marzo de 1992 (RA. 2435), 25 de febrero de 1993 (RA. 1547) y 13 de abril de 1994 (RA. 3281).

¹⁰⁶ MUÑOZ CONDE, F., «La reforma de los delitos contra el patrimonio», cit., p. 679.

Capítulo II.- Tipo del injusto (I): tipo objetivo

dogmático para ello, razón por la cual, con base en los criterios de interpretación de la norma penal así como en la jurisprudencia, concluimos que la alteración no va referida al engaño sino al perjuicio.

2.2.2.4) Consecuencias de nuestra posición

Entender que la alteración hay que vincularla al perjuicio trae consigo una serie de consecuencias, destacando por nuestra parte dos de ellas: de un lado, y por lo que ahora nos interesa, al no referir la alteración a la conducta, caben otras formas engañosas en una suerte de ampliación del ámbito de punición conforme se había venido delimitando éste por la doctrina; y, de otro lado, en la medida en que se produce tal ampliación, se obtiene una mayor tutela de los intereses económicos y sociales de los consumidores, pues no debemos olvidar que el objeto de nuestra investigación son las estafas masivas que tienen lugar en el seno de las relaciones de consumo.

2.2.2.4.1) Ampliación del tradicional ámbito de punición

Tal como acabamos de afirmar, referir la alteración al perjuicio tiene como efecto directo el abrir el

Capítulo II.- Tipo del injusto (I): tipo objetivo

abanico, por así decir, de posible conductas engañosas¹⁰⁷, en la medida en que la conducta no queda reducida a una forma concreta de engaño, de manera que, v.gr., cabe ofrecer una cosa alterada o que se piensa alterar como si no lo estuviese, todo lo cual podría entenderse atentatorio del principio de legalidad.

Al hilo de este resultado obtenido hay que hacer mención de aquellos autores que se hacen eco, desde una perspectiva crítica, de la expansión del delito de estafa, fenómeno que tiene lugar, según ellos, mediante una interpretación extensiva de los elementos del tipo objetivo.

ARROYO ZAPATERO localiza el fundamento de la expansión en las presiones a que es sometido el tipo de estafa "ante las necesidades de protección patrimonial que aparecen en el tráfico económico propio de la sociedad post-industrial"¹⁰⁸; y critica este hecho por cuanto que "toda ampliación debe hacerse por vía

¹⁰⁷ Siempre en comparación con el ámbito establecido conforme a la interpretación tradicional.

¹⁰⁸ ARROYO ZAPATERO, L., *Delitos contra la Hacienda Pública en materia de subvenciones*, cit., p. 52. También en Italia se constata un proceso de expansión del tipo de la estafa, tal como lo reconoce ZANNOTTI analizando el tema del daño (en *La truffa*, cit., p. 92).

Capítulo II.- Tipo del injusto (I): tipo objetivo

legislativa, configurando tipos específicos para los concretos problemas que se pretenden abordar¹⁰⁹.

Coincidimos con el citado autor tanto en el momento histórico en que sitúa el origen del problema -el liberalismo económico-, como en el fundamento del mismo, si bien con matizaciones¹¹⁰.

Sin embargo, insistimos en la idea de que lo que ha ocurrido con la reforma de la estafa es, precisamente, que se ha adecuado la norma penal a los problemas que se querían solucionar; en definitiva, a los intereses que se querían tutelar. Por este motivo es por el que en todo momento hemos adjetivado la idea de ampliación del ámbito de punición, en el sentido de que la ampliación ha tenido lugar sólo y exclusivamente si se compara con el criterio tradicional. Y así lo ha reconocido la propia doctrina en relación a la necesidad de tutela de los intereses económicos y sociales de los consumidores. Incluso, podemos entender que también lo ha reconocido el propio

¹⁰⁹ ARROYO ZAPATERO, L., ult. cit., p. 54.

¹¹⁰ La necesidad de protección no hemos creído que deba circunscribirse en determinados supuestos al ámbito patrimonial de forma exclusiva, en la medida en que la colectividad no sólo quiere que se tutele su patrimonio, sino el propio marco en el que se desenvuelven sus relaciones económicas, pues como ya pusimos de manifiesto en el estudio del bien jurídico, protegiendo el tráfico económico-jurídico se obtiene una mejor tutela del patrimonio individual.

Capítulo II.- Tipo del injusto (I): tipo objetivo

legislador cuando afirma en la Exposición de Motivos de la Ley Orgánica 8/1983, de 25 de junio, de Reforma Urgente y Parcial del Código Penal, que las reformas en los delitos contra la propiedad eran inaplazables, recogiendo, respecto de las estafas, supuestos que requerían una expresa mención.

Se sigue pensando en la estafa para resolver el «timo del tocomocho»¹¹¹, o el «timo del nazareno»¹¹², o «el de la estampita», sin pensar en las grandes y nuevas defraudaciones en el ámbito de las relaciones de consumo.

Por todo ello, vuelve a cobrar sentido la conclusión a la que llegamos en el análisis del segundo bien jurídico protegido en el tipo especialmente cualificado, a saber: el problema no es legislativo, sino interpretativo¹¹³; claro que, recordando nuevamente a

¹¹¹ Vid. Sentencia del Tribunal Supremo de 16 de julio de 1992 (RA. 6645).

¹¹² Vid. Sentencia del Tribunal Supremo de 20 de junio de 1990 (RA. 6534).

¹¹³ Vid. *supra* el apartado 4.4.2.3) del Capítulo anterior.

Capítulo II.- Tipo del injusto (I): tipo objetivo

QUINTERO OLIVARES, "la inercia impide abandonar con facilidad hábitos adquiridos"¹¹⁴.

Los argumentos que se manejan para rechazar la subsunción de determinados comportamientos en el tipo de estafa se sitúan siempre en una misma línea: no se da alguno de los elementos del tipo objetivo. Ejemplos en este sentido son de sobra conocidos; con situarnos en el terreno del fraude informático encontramos muchos de ellos¹¹⁵.

El que no sea posible afirmar la concurrencia de algún elemento objetivo se produce, en ocasiones, porque se manejan criterios sumamente restrictivos¹¹⁶, no

¹¹⁴ QUINTERO OLIVARES, G., «Sobre los presupuestos y limitaciones de la legislación penal económica», cit., p. 781.

¹¹⁵ Vid., entre otros, CORCOY BIDASOLO, M.; JOSHI, U., «Delitos contra el patrimonio cometidos por medios informáticos», *Revista Jurídica de Cataluña*, nº 3, 1988; GONZÁLEZ RUS, J.J., «Aproximación al tratamiento penal de los ilícitos patrimoniales relacionados con medios o procedimientos informáticos», *Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense*, monográfico nº 12, 1986; GUTIÉRREZ FRANCÉS, M.L., *Fraude informático y estafa*, cit.; HERRERO HERRERO, C., «Modelos peculiares de estafa. Estafas con tarjetas de crédito, con y sin banda magnética. Estafas por medio del ordenador», *Boletín de Información*, nº 1701, Ministerio de Justicia, 1994; ROMEO CASABONA, C.M., «La utilización abusiva de tarjetas de crédito», *Actualidad Penal*, t. II, 1987.

¹¹⁶ Sin que con ello, volvemos a insistir, nos mostremos partidarios de una interpretación que vaya más allá de lo posible. Como señala JESCHECK, H.H., *Tratado de Derecho Penal. Parte General*, vol. I, cit., pp. 213 y 214, lo importante es el sentido razonable de la ley, el cual puede tanto ampliar como restringir el sentido literal inmediato, si bien teniendo siempre presente aquel límite constituido por el "sentido literal posible".

acordes con la realidad legislativa impuesta por la Reforma de 1983. Pero esa negativa nos la encontramos, generalmente, frente a nuevas formas defraudatorias, de suerte que aquellas conductas que tradicionalmente han sido calificadas como estafa no plantean ningún problema -aunque puedan existir-, siendo perfectamente subsumibles en el tipo. Así, no se alcanza a entender cómo surgen esas reticencias en materia de error, por ejemplo, en relación al fraude informático, y no hay después ningún impedimento para manejar un concepto de acto de disposición sumamente amplio, al margen de su sentido estricto. Si nos tenemos que atener a una interpretación restrictiva en el artículo 528 es claro el sentido activo de la conducta. Pero como apunta GUTIÉRREZ FRANCÉS¹¹⁷, la doctrina es pacífica cuando se trata de entender el acto de disposición tanto en sentido activo, como en sentido pasivo e, incluso, como acto de permisividad o tolerancia.

En síntesis, es constatable la diversidad de criterios a la hora de resolver un mismo problema -uso no justificado de parámetros bien restrictivos bien ampliatorios-, lo cual sí que es generador de inseguridad

¹¹⁷ GUTIÉRREZ FRANCÉS, M.L., *Fraude informático y estafa*, cit., pp .436 y ss.

Capítulo II.- Tipo del injusto (I): tipo objetivo

encontramos en OCTAVIO DE TOLEDO Y UBIETO¹²⁰ cuando analiza los fraudes alimentarios.

Todo lo cual, reiteramos, no debe entenderse como una propuesta de renuncia a principio alguno; tan sólo se quiere poner de manifiesto determinadas zonas de penumbra, por así decir.

En definitiva, existen campos tan complejos legislativamente, con tal *mare mágnum* de normas a aplicar, que no es imposible -más bien al contrario- para el delincuente económico bien asesorado encontrar una salida a su situación, esto es, lograr fundamentar la impunidad de su conducta¹²¹, de suerte que, dentro del más exquisito respeto al principio de legalidad, es posible sostener un determinado ámbito de punición del tipo especialmente cualificado de estafa, aunque no se adecue al que tradicionalmente había venido siendo delimitado, pero que permite evitar aquellas zonas de penumbra en las que se mueve el delincuente económico.

¹²⁰ Vid. OCTAVIO DE TOLEDO Y UBIETO, E., «Notas para un estudio de los fraudes alimentarios en Derecho Penal», cit., pp. 60 y ss.

¹²¹ Lo que da lugar a lo que, *mutatis mutandi*, ZANDER, M., «What is the Evidence on Law and Order?», *New Society*, (50), nº 897, 1979, p. 591, denomina la "absolución del culpable" (citado por DAHRENDORF, R., *Ley y orden*, cit., p. 45).

Capítulo II.- Tipo del injusto (I): tipo objetivo

No obstante, no olvidamos, en ningún caso, que estamos en presencia de un tipo especialmente cualificado, pero una interpretación estricta no tiene que suponer un obstáculo a una interpretación acorde con la *ratio* del precepto.

2.2.2.4.2) Mayor tutela de los intereses de los consumidores

Otra importante consecuencia de nuestra posición sobre la conducta del tipo especialmente cualificado de estafa se deriva de la anterior, pues al ampliar el tradicional marco de punición se obtiene una mayor tutela de los intereses económicos y sociales de los consumidores. Así, insistimos en que el objeto de nuestra investigación son los fraudes colectivos que se producen en el marco de las relaciones de consumo y que recaen sobre bienes de reconocida utilidad social.

Es paradójico que, como apunta ARROYO ZAPATERO¹²², la expansión del delito de estafa haya tenido lugar "como instrumento de defensa de los agentes económicos frente a los consumidores convertidos en hipotéticos autores",

¹²² ARROYO ZAPATERO, L., *Delitos contra la Hacienda Pública en materia de subvenciones*, cit., p. 53.

Capítulo II.- Tipo del injusto (I): tipo objetivo

cuando de lo que se trata es precisamente de lo contrario, de lograr una efectiva tutela de los consumidores como parte débil frente al poder de los agentes económicos.

Debe recordarse que el precitado autor localizó el origen de la expansión del delito de estafa en el momento de aparición de los consumidores como colectivo, pero carentes éstos de todo poder frente a los agentes económicos que, producto del sistema, controlan el mercado -por ejemplo, vía proliferación de contratos de adhesión-. Y así se entiende la cada vez mayor necesidad de intervención de la Administración en el ámbito de las relaciones de consumo, con la única finalidad de tutelar a esa amplia masa de individuos sometidos al poder de aquéllos; o las asociaciones de consumidores y usuarios, que no surgen de forma caprichosa, sino desde la necesidad de orientación, consulta y defensa de los intereses de una colectividad.

No obstante, no dejamos de reconocer que responsabilizar sólo y exclusivamente a los empresarios privados de la constante lesión de los derechos económicos y sociales de los consumidores y usuarios puede ser algo simplista. Obsérvese una tremenda

Capítulo II.- Tipo del injusto (I): tipo objetivo

contradicción que se produce en la «cosa pública»: de un lado, la Administraciones locales crean unas oficinas municipales de información al consumidor -las conocidas OMIC¹²³- con la finalidad de que éste puedan obtener gratuitamente información, a la vez que realizan tareas de consulta y, si es menester, efectuar las correspondientes reclamaciones vía mediación; las Administraciones autonómicas, por ejemplo, crean direcciones generales de comercio y consumo, con importantes funciones de información y control; y la Administración central crea el Instituto Nacional del Consumo, entre otras actuaciones en este ámbito. Sin embargo, de otro lado, las empresas públicas generalmente utilizan los contratos de adhesión tan denostados en sus relaciones con los administrados cuando se trata de determinadas prestaciones de servicios esenciales (luz, agua, teléfono), por citar uno de los múltiples ejemplos de actuación agresiva por parte de «lo público» hacia los intereses de los consumidores y usuarios.

¹²³ Decimos conocidas porque, según revelan datos estadísticos, el 65% de los consumidores han oído hablar en alguna ocasión de las OMIC. De hecho, cada año se incrementa el porcentaje de población que tiene conocimiento de ella; así, si en 1988 sólo la conocían el 21% de la población, al año siguiente el porcentaje era del 44% [fuente: CASTRO GIL, N.; MONTERO BOBILLO, F., «Opiniones y actitudes del consumidor español» (encuestas), cit.].

Capítulo II.- Tipo del injusto (I): tipo objetivo

En definitiva, de lo que se trata es de obtener la mayor eficacia posible en la tutela de determinados intereses merecedores de protección jurídico-penal de acuerdo con una interpretación «razonable» de los elementos objetivos del tipo objeto de nuestra investigación.

2.2.2.4.3) Otras consecuencias

A partir de la tesis por nosotros sustentada de que la alteración no se refiere al engaño sino al perjuicio, y al margen de las consecuencias ya expuestas, cabe replantearse cuestiones que hasta ahora parecían indubitadas para la doctrina, como son la no subsunción de la conducta consistente en defraudar a otros no entregando la contraprestación a la que estaba obligado el sujeto activo, y la necesidad de que sea el sujeto activo el que lleve a cabo la alteración.

En cuanto a la primera de las cuestiones planteadas, se resume en determinar si la conducta consistente en defraudar a otros no entregando la contraprestación a la que estaba obligado el sujeto activo es subsumible en el artículo 529.1º, entendiéndose que al no entregar nada se está alterando la sustancia de la cosa objeto de la

Capítulo II.- Tipo del injusto (I): tipo objetivo

ahora destacar aquellas notas que caracterizan a la conducta engañosa en el ámbito contractual; si bien es de advertir que es en sede de resultado donde se ponen de manifiesto con mayor intensidad las peculiaridades que se derivan de tal circunstancia.

Ante todo, la denominada estafa contractual no es más que una modalidad de estafa, de suerte que, para afirmar la tipicidad es necesario que concurran todos y cada uno de los elementos integrantes del tipo, tal como viene afirmando, acertadamente, la jurisprudencia¹²⁵. Siendo una obviedad no por ello deja de ser importante resaltarlo pues, como tuvimos ocasión de comprobar anteriormente, cierto sector doctrinal había dudado de la necesidad de exigir la presencia de engaño en el antiguo artículo 528, el cual, salvando las diferencias, guarda similitudes con el actual artículo 529.1º, no quedando ninguna duda en entender que aquella discusión se

¹²⁴(...continuación)
desarrollo del artículo 51 de la Constitución-, se circunscriben en un marco contractual de referencia, si bien el interés a tutelar transcendía del mismo (vid., por todos, QUINTELA GONÇALVEZ, M.T., *La protección de los consumidores y usuarios y la Constitución española de 1978*, cit., pp. 107 y ss., y la bibliografía allí citada).

¹²⁵ Sentencias del Tribunal Supremo de 20 de septiembre de 1989 (RA. 6755), 26 de febrero de 1990 (RA. 1622), 16 de septiembre de 1991 (RA. 6198), 24 de marzo de 1992 (RA. 2435), 25 de febrero de 1993 (RA. 1547) y 15 de febrero de 1994 (RA. 923).

Capítulo II.- Tipo del injusto (I): tipo objetivo

originó, precisamente, por tratarse, al igual que el 529.1º, de una modalidad de estafa contractual.

En síntesis, como toda estafa, requiere un engaño idóneo, es decir, bastante e inductor.

Llegados a la pregunta clave, en qué se caracteriza el engaño en este caso, hay que responder, con VALLE MUÑIZ, que "se trata...de una conducta engañosa dirigida a captar maliciosamente el consentimiento de la otra parte contratante"¹²⁶.

Lo anterior tiene una consecuencia inmediata, relativa al momento en que tiene que estar presente el engaño: éste tiene que estar presente, sin lugar a dudas, desde un inicio. De acuerdo con la moderna doctrina civil¹²⁷, las fases de la vida del contrato se dividen en dos, antes y después de la celebración del mismo, de suerte que exclusivamente tiene la consideración de estafa contractual aquella que tiene lugar en la fase de preparación o formación del contrato, esto es, antes de su celebración. De esta manera, el cumplimiento

¹²⁶ VALLE MUÑIZ, J.M., *El delito de estafa*, cit., p. 238.

¹²⁷ Cfr. DÍEZ-PICAZO, L., *Fundamentos del Derecho Civil patrimonial*, vol. I (Introducción. Teoría del contrato), 4ª edic., Civitas, Madrid, 1993, pp. 268 y ss.

defectuoso -o incumplimiento sin más- de las respectivas obligaciones contraídas no puede ser constitutivo de estafa, sin que por eso se niegue la existencia de fraudes fundados en contratos ya conclusos¹²⁸. Lo que sucede en estos casos es que las responsabilidades que se deriven deben ventilarse conforme a la normativa civil sobre incumplimiento de las obligaciones¹²⁹.

Por último, es de destacar que la jurisprudencia, analizando los denominados por ella «contratos civiles o mercantiles criminalizados»¹³⁰, distingue entre intención o engaño inicial de no cumplir, y conocimiento previo de no poder cumplir con la prestación prometida. Pues bien, al respecto hay que realizar algunas observaciones. En primer lugar, que esa distinción carece de relevancia práctica en la medida en que son formas concretas de manifestarse el engaño, como lo demuestra la propia Sala II al estimar, en todo caso, la concurrencia

¹²⁸ Cfr. SAMMARCO, G., *La truffa contrattuale*, Giuffrè, Milano, 1970, p. 9.

¹²⁹ En el mismo sentido las Sentencias del Tribunal Supremo de 25 de octubre de 1989 (RA. 8481), 24 de marzo de 1992 (RA. 2435) y 13 de mayo de 1994 (RA. 3696), y VALLE MUÑIZ, J.M., *ult. cit.*, p. 240, aunque apunta una pretendida criminalización de este supuesto por parte un sector de la doctrina alemana -CRAMER, LACKNER, LENCKNER- bajo la denominación de «estafa de cumplimiento o de ejecución» (p. 240, nota 46).

¹³⁰ Como ejemplos generales pueden verse las Sentencias del Tribunal Supremo de 25 de febrero de 1993 (RA. 1547) y 13 de abril de 1994 (RA. 3281), entre otras muchas, algunas de las cuales se citarán.

del delito de estafa -siempre que se den los otros elementos del tipo¹³¹-. En segundo lugar, hay que hacer notar que el problema que plantean muchas de las resoluciones del Tribunal Supremo en este ámbito de las estafas contractuales -o contratos criminalizados- es que equiparan dolo y engaño, en una suerte de tratamiento del engaño como elemento subjetivo, sin percatarse que éste es un elemento de carácter objetivo y, en consecuencia, distinto del dolo¹³². Y, en tercer lugar, teniendo presente la última observación, es cierto que la subsunción de un supuesto de hecho en el ámbito penal o en la esfera civil la llevan a cabo a partir de la constatación de un engaño inicial, de manera que los casos de «dolo subsequens» siempre los sitúan en el área civil¹³³.

¹³¹ Sin olvidar que, tal como expusimos en su momento, el problema de la diferencia entre el ilícito civil y la estafa es un problema de tipicidad, pero porque es un problema, ante todo, de bien jurídico (vid. *supra* nota 92).

¹³² Es el caso de las Sentencias de 20 de septiembre de 1989 (RA. 6755), 7 de junio de 1990 (RA. 5158), 28 de mayo (RA.3883), 16 de septiembre (RA. 6198) y 27 de septiembre (RA. 6628) de 1991. En un sentido correcto y coincidente con el texto, la Sentencia de 27 de septiembre de 1991 (RA. 6626), 18 de mayo de 1993 (RA. 4172) y las ya citadas de 24 de marzo de 1992 (RA. 2435) y 13 de mayo de 1994 (3696), que si bien en algún momento esta última parece entrar en el lenguaje confuso ya referido, afirma no obstante que "el engaño es el que causalmente propicia los demás [elementos de la estafa] aunque el ánimo de lucro aparezca como verdadero elemento subjetivo del injusto".

Por las fechas de las resoluciones podría inferirse, sin ninguna pretensión de firmeza, que la Sala II ha corregido aquella confusión inicial.

¹³³ *V.gr.*, Sentencias de 26 de junio de 1989 (RA. 5228), 26 de febrero (RA. 1622) y 7 de junio (RA. 5158) de 1990.

Capítulo II.- Tipo del injusto (I): tipo objetivo

Es sumamente ilustrativa como síntesis de todo lo expuesto la Sentencia de 14 de enero de 1989¹³⁴ cuando sostiene, en orden a los contratos jurídicos criminalizados, que "la línea divisoria entre tal instrumentación como medio comisivo del ilícito penal y el mero incumplimiento civil estriba en que...el dolo específico del delito de estafa -el engaño- ha de ser antecedente y nunca subsecuente o sobrevenido para causalizar el desplazamiento interpatrimonial".

2.2.3) El juicio de idoneidad del engaño y el reconocimiento por el sujeto pasivo del objeto material

En la delimitación de la idoneidad de la conducta engañosa se plantea un problema muy específico, y es el relativo a la relevancia o irrelevancia del reconocimiento por parte de los adquirentes del bien objeto de contratación¹³⁵. Es el caso de las «ventas por catálogo»¹³⁶, en donde los sujetos adquieren el producto sin verlo.

¹³⁴ RA. 32.

¹³⁵ El cual, obviamente, tiene que tener una reconocida utilidad social.

¹³⁶ Con esta expresión no queremos limitarnos a dicha modalidad en sentido estricto, sino a todas aquellas en que la compraventa se produce diferida en el tiempo, caso de las nuevas formas de adquisición a través de medios de comunicación.

Capítulo II.- Tipo del injusto (I): tipo objetivo

Normalmente, dado que en este tipo de ventas se permite la devolución de lo adquirido si el comprador no queda satisfecho, hay una tendencia a despreciar este tipo de supuestos desde un inicio en el entendimiento de que no existe perjuicio -lo cual, en ocasiones, tampoco es cierto-. En todo caso, tal planteamiento no es correcto desde un punto de vista dogmático, pues ante todo hay un problema de conducta que debe resolverse primero. A partir de ahí, si por medio de una campaña publicitaria se pretende provocar una compra masiva por múltiples personas de un determinado bien de reconocida utilidad social, aunque con la intención inicial de obtener un beneficio ilícito -por ejemplo, entregando el producto con una calidad inferior a la ofertada-, es evidente que tal engaño debe ser sometido al juicio de idoneidad de la conducta¹³⁷, pues es posible que tenga relevancia jurídico-penal.

Es de interés para nosotros en la medida en que la conducta puede subsumirse en el tipo especialmente cualificado al tratarse de un engaño que puede tener por objeto un bien de reconocida

¹³⁷ Juicio de idoneidad que se llevará a cabo de acuerdo con el criterio subjetivo, introduciendo el criterio corrector al tratarse de un fraude colectivo (vid. *supra* nota 88).

Capítulo II.- Tipo del injusto (I): tipo objetivo

utilidad social (artículo 529.12¹³⁸) y del que pueden resultar múltiples perjudicados (artículo 529.82¹³⁹).

Al hilo de esta cuestión queremos aprovechar la ocasión para apuntar otra idea que guarda estrecha relación con lo anterior. En alguna ocasión se ha sostenido que la irrelevancia penal de tales conductas viene fundada en la falta de diligencia de los adquirentes¹⁴⁰. Al respecto hay que hacer notar el equívoco que supone tal argumento, pues se olvida que el juicio de desvalor de la acción recae sobre la conducta del sujeto activo -el comerciante- y no sobre la de los sujetos pasivos -los consumidores-¹⁴¹. Además, tal

138 El interés se concreta en que a través de las ventas por correo se están adquiriendo hoy cosas de primera necesidad. En sede de ejemplo, el 37% de la ropa o calzado que se compra se hace a través de esa modalidad de venta [fuente: encuesta del Instituto Nacional de Consumo (1989), citada por CASTRO GIL, N., MONTERO BOBILLO, F., «Opiniones y actitudes del consumidor español» (encuestas), cit.].

139 Cada vez es mayor el número de personas que adquieren a través de las ventas por correo, debido a que resulta más cómodo y más rápido, pues se puede comprar sin salir de casa y sin perder el poco tiempo libre del que se dispone (cfr. CASTRO GIL, N.; MONTERO BOBILLO, F., ult. cit.).

140 Cfr. GONZÁLEZ RUS, J.J., *Los intereses económicos de los consumidores. Protección penal*, cit., pp. 213 y 214.

141 No es más que una reproducción del esquema clásico en virtud del cual el error juega el papel de excluir los supuestos de falta de diligencia del sujeto pasivo. En esta línea se sitúa TAMARIT SUMALLA, J.M., «La tutela penal de los intereses de los consumidores en la actividad publicitaria: problemas fundamentales», cit., p. 338. Es de destacar, en cualquier caso, el peligro que (continúa...)

Capítulo II.- Tipo del injusto (I): tipo objetivo

razonamiento produce lo que podríamos denominar una inversión de los requisitos exigibles a quien entra a participar en el tráfico económico, pues el deber de diligencia se hace recaer, en primer lugar, en los consumidores, cuando debe recaer, ante todo, en el comerciante¹⁴². Por último, y como consecuencia de lo anterior, con ese argumento se da a entender que los adquirentes deben desconfiar por principio, lo cual no redundaría en beneficio de la agilidad y confianza del tráfico, entendidas como aspectos concretos del segundo bien jurídico tutelado en el tipo especialmente cualificado de estafa, la seguridad del tráfico¹⁴³. En síntesis, los consumidores deben confiar en que lo manifestado se corresponde con la realidad.

¹⁴¹(...continuación)

puede encerrar este tipo de argumentos, que pueden ser llevados a un límite absolutamente intolerable, cual es aquel que sostiene que el culpable no es el criminal sino la víctima (cfr. DOWNES, D., *Law and Order: Theft of an Issue*, cit., p. 8).

¹⁴² y, en muchos casos, en la propia Administración, que hace dejación de sus funciones de control.

¹⁴³ Protegiendo la seguridad se logra la agilidad y confianza en el tráfico económico-jurídico. DE JESÚS SÁNCHEZ, M.G., «La publicidad engañosa como figura típica objeto de criminalización», *Poder Judicial*, nº especial IX, Nuevas formas de delincuencia, 1988, pp. 315 y 316, señala como aspectos a tener en cuenta a la hora de tipificar la publicidad engañosa como delito autónomo, entre otros, "la seguridad del tráfico mercantil" y "las consecuencias eminentemente graves y perjudiciales que pueden derivarse de la publicidad engañosa para los consumidores y aun para la sociedad en general".

Lo anterior, a su vez, trae a colación otra cuestión que merece ser tratada, aunque sea de forma sucinta. Exigir un nivel de diligencia en las personas que contratan supone exigirles unos conocimientos que no tienen que tener. Así, el hecho de ser consumidor no implica que se tenga unos conocimientos especiales, por la sencilla razón de que aquél adquiere variadísimos productos, siendo imposible que pueda poseer los conocimientos técnicos precisos sobre todos ellos para poder evitar ser sujeto de una estafa. En esta línea, sostiene REBOLLO PUIG -acertadamente a nuestro juicio- que el progreso tecnológico en las formas de producción y comercialización de los bienes ha generado una serie de consecuencias negativas para los consumidores, entre las que se destaca el hecho de que "el consumidor es incapaz de adquirir bienes o servicios con el indispensable conocimiento, tanto de sus caracteres y cualidades, como de los sujetos con que contrata y de aquello a que se obligan"¹⁴⁴.

Tal vez haya que recordar que el principal argumento para justificar una pena superior en el

¹⁴⁴ REBOLLO PUIG, M., *Potestad sancionadora, alimentación y salud pública*, cit., p. 70.

artículo 529.2º en su anterior regulación¹⁴⁵, era la mayor dificultad para valorar dichos objetos por parte del profano¹⁴⁶. En cualquier caso, la realidad estadística nos aporta unos datos dignos de tener en consideración, y que sucintamente indican que un núcleo importante de los adquirentes adoptan medidas de autocontrol¹⁴⁷.

Cosa distinta a todo lo anterior es el supuesto al que se refiere ANTÓN ONECA: "si el vendedor declara la sustitución de la cosa en la sustancia, calidad o cantidad, y el comprador pasa por ello, evidentemente queda excluido el delito"¹⁴⁸, lo cual, como el propio autor reconoce, es una obviedad, dado que antes de la adquisición el comerciante revela la existencia de la alteración. Por ese motivo, nos mostramos contrarios a la crítica que le hace al autor precitado QUINTANO RIPOLLÉS,

¹⁴⁵ En dicho precepto se agravaba la pena respecto de "los plateros y joyeros que cometieren defraudación alterando en su calidad, ley o peso los objetos relativos a su arte o comercio".

¹⁴⁶ Cfr. ANTÓN ONECA, J., «Las estafas y otros engaños», cit., p. 23.

¹⁴⁷ El 57% de los consumidores encuestados [en CASTRO GIL, N.; MONTERO BOBILLO, F., «Opiniones y actitudes del consumidor español» (encuestas), cit.] comprueba el etiquetado siempre o casi siempre (sólo un 10% no lo hace nunca); un 61% lee las instrucciones de uso (sólo un 10% no lo hace nunca); y un 55% comprueba las garantías (sólo un 11% no lo hace nunca).

¹⁴⁸ ANTÓN ONECA, J., ult. cit., p. 22.

Capítulo II.- Tipo del injusto (I): tipo objetivo

refiriéndose a las épocas de escasez, en las que los "comerciantes desaprensivos defraudaban a ciencia y paciencia de sus víctimas propiciatorias, obligadas, por así decir, a sufrir el engaño"¹⁴⁹. Respecto a esta apreciación hay que manifestar que, aunque dichas conductas puedan merecer nuestra más severa crítica, lo cierto es que difícilmente puede sostenerse la idoneidad de la conducta de los comerciantes, dado que los adquirentes son conscientes de la defraudación¹⁵⁰.

Por último, del conocimiento por parte del sujeto pasivo de la alteración producida en el bien no debe inferirse que, en estos casos, no exista alteración. Una cosa es la existencia de la modificación de la sustancia, calidad o cantidad de un bien y otra bien distinta es negar dicha existencia por el hecho que se conozca. Por ello, no coincidimos con GONZÁLEZ RUS cuando afirma que la alteración debe permanecer oculta para el comprador, de suerte que "si se sabe lo que se adquiere, ya no se ha modificado ni la sustancia, ni la calidad ni la

¹⁴⁹ QUINTANO RIPOLLÉS, A., *Tratado de la Parte Especial del Derecho Penal*, t. II, cit., p. 688, nota 1.

¹⁵⁰ Todo ello sin propugnar la impunidad de tales conductas, reconducibles tal vez a otros tipos penales más adecuados, caso de las maquinaciones para alterar el precio de las cosas de los artículos 540 y 541 del Código Penal.

Capítulo II.- Tipo del injusto (I): tipo objetivo

cantidad"¹⁵¹. En síntesis, la cuestión no es que porque se conozca la variación ya deje ésta de existir, sino que en la medida en que el sujeto la conoce de antemano, no puede sostenerse el engaño típico de la estafa.

A modo de conclusión, en los casos en que los sujetos pasivos hayan podido comprobar, al menos aparentemente, el objeto de contratación, el problema de tipicidad debe resolverse de acuerdo al juicio de idoneidad de la conducta engañosa -conducta idónea para engañar-; sin perjuicio de que, en última instancia, como siempre ocurre, todo quede reducido a un problema casuístico, de análisis del caso concreto, teniendo en cuenta que el engaño sólo es uno de los elementos que configuran el tipo de injusto del delito de estafa¹⁵².

¹⁵¹ GONZÁLEZ RUS, J.J., *Los intereses económicos de los consumidores. Protección penal*, cit., p. 316.

¹⁵² vid, al respecto, la sentencia de 24 de marzo de 1992 (RA. 2435), en donde se desestima la pretensión de la parte demandante -apreciación del número 1º del artículo 529-, entendiéndose que se trata de un hecho enmarcable en el área civil.

2.2.4) Análisis de determinados medios engañosos constitutivos de delito

2.2.4.1) Introducción

El epígrafe dedicado a la conducta típicamente antijurídica se cierra con un análisis de determinados medios engañosos, si acaso, los más característicos. Debe advertirse, no obstante, que se incluye un acercamiento a un fenómeno con un enorme peso específico, la publicidad engañosa, que si bien no goza de tutela jurídico-penal, no es menos cierto que es un medio que se ha mostrado altamente eficaz para defraudar, siendo objeto de estudio por nosotros dado que las relaciones de consumo se encuentran cada vez más mediatizadas por las campañas publicitarias, las cuales pueden estar orientadas a generar un engaño idóneo en los consumidores, resultando finalmente estafados¹⁵³.

Insistimos en que no se trata de hacer un análisis pormenorizado de los medios comisivos de estafa, dado que sería interminable. Buena prueba de ello es que uno de

¹⁵³ Como reflejo de tal aseveración, el 78% de los consumidores encuestados cree que en ocasiones la publicidad engaña [en CASTRO GIL, N.; MONTERO BOBILLO, F., «Opiniones y actitudes del consumidor español» (encuestas), cit.].

Capítulo II.- Tipo del injusto (I): tipo objetivo

los motivos de la Reforma de 1983 fue, precisamente, huir de lo casuístico para buscar reglas generales. En este sentido, es absolutamente ilustrativo GARRAUD cuando afirmaba que "tipificar los fraudes en base a la naturaleza de los medios que se han empleado para producirlos, sería un error de la misma categoría que definir el delito de lesiones por el arma que el agente ha utilizado"¹⁵⁴.

Por ese motivo, y porque no se trata tanto de hacer referencia a todos y cada uno de los medios engañosos constitutivos de delito en relación a la estafa en general, sino sólo de aquellos medios más relevantes respecto de la estafa a los consumidores, no vamos a referirnos a supuestos como la simulación de delito en relación a la estafa de seguro¹⁵⁵; o, respecto de la estafa en general, el cheque en descubierto¹⁵⁶, el

¹⁵⁴ GARRAUD, R., *Traité théorique et pratique du droit pénal français*, t. VI, 3ª edic., Librairie du Recueil Sirey, Paris, 1935, p. 307.

¹⁵⁵ Vid. ELCUERO MERINO, J.M., *La estafa de seguro*, cit., pp. 175 y ss.

¹⁵⁶ Vid. BAJO FERNÁNDEZ, M., «El delito de estafa», cit., pp. 1201 y ss. Según la Sentencia del Tribunal supremo de 24 de noviembre de 1989 (RA. 8722), citando numerosa jurisprudencia, la estafa absorbe al delito de cheque en descubierto, cuando el cheque sea el medio engañoso utilizado para defraudar.

Capítulo II.- Tipo del injusto (I): tipo objetivo

intrusismo¹⁵⁷, o, incluso, los matrimonios ilegales¹⁵⁸.

Una última advertencia es en relación a los delitos contra la salud pública. Dentro del conjunto de tipos penales que quedan englobados en esta categoría, son varios los que pueden presentarse conjuntamente con una estafa, si bien nos vamos a limitar al denominado «delito alimentario nocivo», en la medida en que, sin duda, es el que más atención ha recibido por razones obvias. No obstante, conductas como la contenida en el artículo 344 ter del Código Penal pueden ser medio idóneo para la comisión de una estafa. Además, dado que el medicamento es considerado de forma indubitada como un bien de reconocida utilidad social, entraría en juego el tipo especialmente cualificado objeto de nuestra investigación.

En relación a ese fraude en medicamentos, coincidimos con MUÑOZ CONDE en estimar exclusivamente

¹⁵⁷ vid. VIVES ANTÓN, T.S., en VIVES ANTÓN, T.S. y otros, *Derecho Penal. Parte Especial*, cit., p. 926, el cual se muestra contrario al criterio sostenido por la Sentencia de 7 de junio de 1986 (RA. 3118), que, citando otras, entiende que el cobro de honorarios, siempre que se mantenga dentro de unos márgenes normales, forma parte de la dinámica del tipo del artículo 321, hecho que impide la apreciación concursal de la estafa.

¹⁵⁸ vid. QUERALT JIMÉNEZ, J.J., *Derecho Penal español. Parte Especial*, cit., p. 305.

Capítulo II.- Tipo del injusto (I): tipo objetivo

como medicamentos "aquellos productos químico-farmacéuticos que sólo pueden venderse en farmacias", de manera que se excluyen "aquellos otros cuya venta se permita en perfumerías o en tiendas de comestibles..., aunque también se vendan en farmacias"¹⁵⁹. Hecha esta delimitación no habría obstáculo para incluir al medicamento dentro de la restrictiva categoría de «cosas de primera necesidad», esto es, de aquellas cosas que satisfacen las necesidades más primarias de los individuos¹⁶⁰.

Según opina acertadamente la doctrina¹⁶¹, el problema concursal hay que resolverlo vía concurso ideal de delitos, solución igualmente aplicable para el supuesto en que estos delitos contra la salud pública no sean medio para la comisión de una estafa, sino consecuencia de la misma, es decir, cuando se cometa una

¹⁵⁹ MUÑOZ CONDE, F., *Derecho Penal. Parte Especial*, cit., p. 477.

¹⁶⁰ Vid. *supra* el apartado 2.2.1.3).

¹⁶¹ Vid., entre otros, CARMONA SALGADO, C. en CARMONA SALGADO, C. y otros, *Manual de Derecho Penal. Parte Especial*, t. IV, cit., p. 135; LORENZO SALGADO, J.M., «Título XIV. Delitos contra la salud colectiva. Capítulo III. De los delitos contra la salud pública», *Documentación Jurídica*, nº 37/40, monográfico dedicado a la PANCP, vol. 2, 1983, p. 969; MUÑOZ CONDE, F., *Derecho Penal. Parte Especial*, cit., p. 478; QUINTANO RIPOLLÉS, A., *Tratado de la Parte Especial del Derecho Penal*, t. II, cit., p. 695. Algunos de estos autores se refieren a este precepto en su anterior numeración - artículo 344 bis-.

Capítulo II.- Tipo del injusto (I): tipo objetivo

defraudación a consecuencia de la cual se ponga en peligro la salud pública.

2.2.4.2) Las falsedades

2.2.4.2.1) Advertencias preliminares

Ante todo, se hace necesario poner la manifiesto una serie de advertencias preliminares a modo de delimitaciones negativas. En primer lugar, no se trata de llevar a cabo un análisis pormenorizado de los múltiples problemas concursales que se plantean entre el delito de estafa y el delito de falsedad. En concreto, sólo se hará referencia a aquellas situaciones que pueden tener lugar, más comúnmente, en el ámbito de las estafas a los consumidores, cuales son las falsedades como medio para lograr una defraudación; esto es, cuando con ánimo de lucro se falsifica un documento o una marca con el fin de engañar al público y provocar un acto de disposición perjudicial.

En segundo lugar, tal como se acaba de indicar, esas falsedades se circunscribirán, fundamentalmente, a dos ámbitos: de un lado, a las falsedades documentales, que tienen lugar, por ejemplo, en el ámbito de las estafas

Capítulo II.- Tipo del injusto (I): tipo objetivo

inmobiliarias; y, de otro, a las falsedades de sellos y marcas, como ocurre en el marco de las estafas alimentarias.

Sin lugar a dudas, cabe pensar en otro tipo de falsedades, pero no deben olvidarse las limitaciones existentes, caso de la que nace en relación al perjuicio, pues éste se produce al existir una alteración de las cualidades de determinados bienes.

2.2.4.2.2) Falsedades documentales

En cuanto a las falsedades documentales, son dables supuestos en los que el agente provoca el engaño mediante documentos falsos¹⁶². Así, pensemos en el sujeto que oferta, mediante un anuncio en prensa, un edificio de viviendas con una dimensión de 100 metros cuadrados útiles por piso. Un significativo grupo de personas, tras observar los planos de la construcción y recibir información adicional, decide firmar un contrato de opción de compra a cambio de la entrega anticipada de una cantidad de dinero, contrato donde consta la superficie

¹⁶² Como advierte QUINTANO RIPOLLÉS, A., *Tratado de la Parte Especial del Derecho Penal*, t. IV (infracciones contra la comunidad social), coordinado por E. Gimbernat Ordeig, Edersa, Madrid, 1967, p. 691, raramente se comete la falsedad documental con el único propósito de falsear, sino que lo normal es que se persiga otra finalidad, generalmente, de carácter delictivo igualmente.

Capítulo II.- Tipo del injusto (I): tipo objetivo

útil de aquéllas. Sin embargo, la realidad no se corresponde con lo contenido en el anuncio y en dicho contrato, pues las viviendas construidas sólo tienen 90 metros cuadrados. Este es un supuesto donde, con ánimo de lucro, se falta a la verdad en la narración de los hechos en un contrato privado, engañando a un grupo de personas, motivo por el que se les ocasiona un perjuicio patrimonial, imputable objetivamente al engaño, dado que se ha producido una alteración en la cantidad de un bien de reconocida utilidad social como es la vivienda¹⁶³.

Con este ejemplo aprovechamos para destacar que, generalmente, este tipo de fraudes a los consumidores tiene lugar a través del falseamiento de documentos de carácter privado¹⁶⁴, planteándose la respuesta penal adecuada a estas conductas, puesto que, en principio, nos encontramos frente a un delito de falsedad en documento privado y a un delito de estafa. Para dar solución a este

¹⁶³ Todo lo cual produce, sin lugar a dudas, una quiebra en la seguridad del tráfico económico-jurídico. De esta manera, en la medida en que se atacan unos bienes jurídicos y concurren todos los elementos de un tipo penal, estamos ante un ilícito penal (vid. *supra* nota 73 sobre los criterios de distinción entre un ilícito civil y el delito de estafa).

¹⁶⁴ En igual sentido LUZÓN CUESTA, J.M., *Fraudes inmobiliarios*, Colex, Madrid, 1992, p. 11. Sobre el concepto de documento privado, vid., por todos, CASAS BARQUERO, E., *El delito de falsedad en documento privado*, Bosch, Barcelona, 1984, pp. 225 y ss.

Capítulo II.- Tipo del injusto (I): tipo objetivo

problema concursal, la doctrina que parece mayoritaria¹⁶⁵ se inclina por afirmar la existencia de un concurso de leyes a resolver por el principio de consunción, resultando el delito de estafa aplicable exclusivamente¹⁶⁶.

Sin embargo, se establece una excepción para el supuesto en que la falsedad resulte con una pena superior, en cuyo caso se aprecia ésta, excepción que carece de relevancia para nosotros dado que, de acuerdo con lo establecido en el artículo 528 en relación al 529, siempre prevalece el delito de estafa¹⁶⁷.

¹⁶⁵ Así lo afirman BAJO FERNÁNDEZ, M., PÉREZ MANZANO, M. en BAJO FERNÁNDEZ, M. y otros, *Manual de Derecho Penal. Parte Especial*, cit., p. 290. En la misma línea, CEREZO MIR, J., «La estafa procesal», *Problemas fundamentales del Derecho Penal*, Tecnos, Madrid, 1982, p. 273, nota 75; ELGUERO MERINO, J.M., *La estafa de seguro*, cit., p. 174. QUERALT JIMÉNEZ, J.J., *Derecho Penal español. Parte Especial*, cit., p. 305, parece que se posiciona en esta línea en el supuesto de que no se atente contra el bien jurídico protegido por el artículo 306; en caso contrario entiende que hay que castigar por falsedad y estafa.

¹⁶⁶ No obstante, algunos autores sostienen igualmente que se trata de un concurso de leyes, pero estiman que el tipo aplicable no es la estafa sin más, sino el que resulte conforme la aritmética del artículo 68. Vid., en este sentido, GONZÁLEZ RUS, J.J., *Manual de Derecho Penal. Parte Especial*, cit., pp. 191 y 192; ORTS BERENGUER, E. en VIVES ANTÓN, T.S., BOIX REIG, J., ORTS BERENGUER, E. y otros, *Derecho Penal. Parte Especial*, cit., p. 253, si bien este último autor se limita a constatar la solución jurisprudencial.

¹⁶⁷ Según artículo 306, "el que, con perjuicio de tercero o con ánimo de causárselo, cometiere en documento privado alguna de las falsedades designadas en el artículo 302, será castigado con la pena de prisión menor". Por su parte, el inciso final del párrafo 2º artículo 528 establece que "si concurrieren las circunstancias primera o séptima con la octava [del artículo 529], la pena será de prisión mayor".

Capítulo II.- Tipo del injusto (I): tipo objetivo

Un sector de la doctrina¹⁶⁸ y la jurisprudencia¹⁶⁹ entienden igualmente que se trata de un concurso de normas, pero resuelven justo al contrario; es decir, la regla general es que la falsedad absorbe a la estafa y, excepcionalmente, es la falsedad la que resulta absorbida¹⁷⁰.

A partir de ahí, hay que determinar el motivo por el cual se afirma que se trata de un concurso de leyes, de suerte que sólo un delito resulta estimable¹⁷¹. La razón aducida es que el delito de falsedad en documento privado sólo es punible cuando hay perjuicio o ánimo de causarlo, de tal modo que el desvalor de la estafa abarca, «consume» -de ahí la aplicación del principio de consunción- el desvalor de la falsedad, consecuencia de lo cual sólo es aplicable el primero.

¹⁶⁸ HUERTA TOCILDO, S., *Protección penal del patrimonio inmobiliario*, cit., p. 164; MUÑOZ CONDE, F., *Derecho Penal. Parte Especial*, cit., p. 284.

¹⁶⁹ Sentencias del Tribunal Supremo de 24 de marzo de 1988 (RA. 2084), 14 de diciembre de 1989 (RA. 9583), 14 de noviembre de 1989 (RA. 9661), 9 de noviembre de 1990 (RA. 8871), 14 de mayo de 1991 (RA. 3655), 21 de abril de 1992 (RA. 3168), 2 de septiembre de 1992 (RA. 7080) y 15 de octubre de 1992 (RA. 8003).

¹⁷⁰ Caso de la Sentencia de 10 de mayo de 1990 (RA. 3893).

¹⁷¹ Pues, en caso contrario, se atentaría contra el principio *ne bis in idem* (cfr., MIR PUIG, S., *Derecho Penal. Parte General*, cit., p. 736).

Capítulo II.- Tipo del injusto (I): tipo objetivo

No obstante, es de observar que la aplicación de este principio puede presentar ciertas dudas. Así, se afirma que los casos incluidos en la consunción son dos. En primer lugar, el supuesto en que resulta consumido el «hecho copenado posterior». En este sentido, se sostiene que "una acción típica, posterior a un hecho punible, destinada a asegurar, a aprovechar o realizar la ganancia antijurídica obtenida mediante el primer hecho, resulta consumida si no se lesiona ningún nuevo bien jurídico y el daño no se extiende cuantitativamente por encima de la medida del ya producido"¹⁷². Pues bien, si atendemos a la primera parte del texto reproducido, podría verse en él reflejado el supuesto de hecho objeto de nuestro estudio¹⁷³. Sin embargo, puede entenderse que surgen dos objeciones de la segunda parte del mismo, dado que se establecen dos limitaciones: una, que no se lesione otro bien jurídico, cuando parece que sí se produce la lesión de objetos jurídicos distintos, como así sostienen

¹⁷² JESCHECK, J.J., *Tratado de Derecho Penal. Parte General*, vol. II, trad. y adiciones de Derecho español por S. Mir Puig y F. Muñoz Conde, Bosch, Barcelona, 1981, p. 1038.

¹⁷³ Hay un hecho punible anterior, la falsedad, seguido de otro, la estafa, destinado éste a aprovechar la ganancia antijurídica obtenida mediante el primer hecho, en el sentido de aprovechar el engaño en que se ha hecho incurrir a los sujetos pasivos con las falsas manifestaciones vertidas en los contratos de opción de compra de las viviendas, por seguir con el ejemplo inicial.

Capítulo II.- Tipo del injusto (I): tipo objetivo

algunos autores¹⁷⁴; y dos, que el daño no exceda cuantitativamente del ya producido, hecho que sin duda ocurre.

El segundo caso incluido en la consunción es el del «hecho acompañante típico». "Tal caso debe estimarse cuando el legislador, al establecer un precepto penal cualificado, ya ha tomado en cuenta la circunstancia de que el hecho, normalmente, aparece acompañado de otro hecho dotado de un contenido de injusto esencialmente inferior que no afecta a la gravedad del hecho principal"¹⁷⁵. Aquí puede entenderse que queda mejor subsumido nuestro supuesto de hecho¹⁷⁶. Sin embargo, la objeción aquí resulta más evidente, pues el hecho que acompaña seguidamente tiene un contenido de injusto superior.

Muy al contrario de la tesis hasta ahora expuesta, otro sector doctrinal entiende que, en principio, el problema concursal planteado debe resolverse vía *concurso*

¹⁷⁴ Cfr., entre otros, QUINTANO RIPOLLÉS, A., *Tratado de la Parte Especial del Derecho Penal*, t. II, cit., p. 681.

¹⁷⁵ JESCHECK, J.J., ult. cit., p. 1039.

¹⁷⁶ Hay que tener en cuenta que, según algunos autores, aunque el artículo 306 no se refiera al lucro, éste se podría entender implícito (caso de OLIVA GARCÍA, H., *La estafa procesal*, 2ª edic., Instituto de Criminología, Universidad de Madrid, Madrid, 1974, p. 332).

Capítulo II.- Tipo del injusto (I): tipo objetivo

de delitos, en la medida en que ambos tipos penales no son incompatibles. Se fundamenta la compatibilidad en dos órdenes de razones: de un lado, en la estructura de los tipos, distinción sostenible tanto respecto del tipo subjetivo como respecto del tipo objetivo: en cuanto al primero, se afirma que el artículo 306 no se refiere al ánimo de lucro, de suerte que puede ser otro el propósito¹⁷⁷; respecto al tipo objetivo, el perjuicio que se pretende tiene que ser obtenido mediante engaño en la estafa, peculiaridad de este tipo penal "que verdaderamente resulta intrascendente en toda clase de falsedades"¹⁷⁸. De otro lado -y si acaso, fundamentalmente-, se basa la compatibilidad en el bien jurídico, puesto que, como afirma QUINTANO RIPOLLÉS, en las falsedades "es la trascendencia de la fe pública o de la eficacia del documento en la seguridad del tráfico jurídico, que merecen tutela penal per se sin atenderse

¹⁷⁷ Puede ser también moral afirma OLIVA GARCÍA, H., ult. cit., p. 332. Igualmente sostiene que el precepto no se refiere al lucro BUSTOS RAMÍREZ, J., *Manual de Derecho Penal. Parte Especial*, 1ª edic., cit., p. 415; SOTO NIETO, F. en BENÉYTEZ MERINO, L. y otros, *Las falsedades documentales*, Comares e Instituto de Estudios Penales Marqués de Beccaria, Granada, 1994, p. 183. En contra, JIMÉNEZ ASENJO, E., «Falsificación», *Nueva Enciclopedia Jurídica*, vol. IX, Francisco Seix (ed.), Barcelona, 1958, pp. 498 y 499.

¹⁷⁸ QUINTANO RIPOLLÉS, A., *Tratado de la Parte Especial del Derecho Penal*, t. IV, cit., p. 692. En igual sentido DEL ROSAL, J., «De la relación concursal entre falsedad y estafa», *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, t. II, fasc. II, 1949, p. 286; CASAS BARQUERO, E., *El delito de falsedad en documento privado*, cit., p. 420.

Capítulo II.- Tipo del injusto (I): tipo objetivo

a los lucros o perjuicios patrimoniales concretos"¹⁷⁹. A partir de lo anterior sostiene que si se acreditan esos lucros o perjuicios patrimoniales, se produce un «plus de responsabilidad criminal» que da lugar, en su caso, a una nueva infracción, que o bien entra en concurso real, si son independientes¹⁸⁰, o bien en concurso ideal, si las falsedades son medio necesario para la consecución de la estafa¹⁸¹.

Al margen de todo lo anterior, y cuando pudiera pensarse que están agotadas todas las posibles soluciones, se plantea una última alternativa, novedosa

¹⁷⁹ QUINTANO RIPOLLÉS, A., *Tratado de la Parte Especial del Derecho Penal*, t. II, cit., p. 681.

¹⁸⁰ Cfr. RODRÍGUEZ DEVESA, J.M., *Derecho Penal español. Parte Especial*, 14ª edic., cit., p. 983, si bien puede parecer contradictorio que se refieran a "delito medio para cometer otro", lo que situaría el problema en sede de concurso medial.

¹⁸¹ En la misma línea, afirmando la posibilidad de concurso medial, BUSTOS RAMÍREZ, J., *Manual de Derecho Penal. Parte Especial*, 1ª edic., cit., p. 415, aunque al tratar el problema concursal en el capítulo dedicado a la estafa sostiene que el problema concursal "en general se resolverá conforme al principio de consunción" (pp. 231 y 232); DEL ROSAL, J., «De la relación concursal entre falsedad y estafa», cit., p. 291; OLIVA GARCÍA, H., *La estafa procesal*, cit., pp. 330 y ss., si bien es de advertir que entendemos erróneo el punto de partida de este autor, aunque coherente con su construcción, pues el supuesto de hecho del que parte -"el que falsifica un documento privado con ánimo de producir un perjuicio y efectivamente lo consigue con su correlativo lucro ilícito, utilizando como medio el documento", p. 331- no tiene en cuenta: en primer lugar, que carece de relevancia a los efectos del delito de estafa aquellas conductas realizadas con «ánimo de producir un perjuicio» y que tienen como consecuencia un lucro, pues el planteamiento debe ser justamente el contrario, esto es, tienen relevancia aquellas conductas que con «ánimo lucro» provocan un perjuicio. En segundo lugar, para afirmar la estafa no es preciso que el lucro perseguido se materialice, pues se trata de una mera finalidad -vid. *infra* epígrafe 3) del Capítulo IV-.

Capítulo II.- Tipo del injusto (I): tipo objetivo

en la medida en que niega todo problema concursal. Además, aparentemente puede ser sostenible que el supuesto de hecho que nos ha servido de base para exponer un problema derivado de nuestro tipo penal encaja perfectamente en esta solución. Así, afirma CASAS BARQUERO que en los casos en que se falsea un documento privado para estafar, no existe delito de falsedad, pues el falseamiento no es más que la forma concreta que reviste el engaño en este supuesto o, dicho de otro modo, "en cuanto la falsedad comporte un elemento constitutivo para la comisión de la estafa, configurando propiamente el engaño"¹⁸². En tal caso, sólo existe un hecho, el falseamiento, de suerte que no se produce el ataque al bien jurídico protegido en el artículo 306¹⁸³. Y, negando la existencia del delito de falsedad, obviamente no puede hablarse de concurso ideal, "en cuanto ello equivaldría imputar al sujeto dos delitos distintos, cuando realmente aquello que se produce es propiamente un elemento específico de un solo delito"¹⁸⁴.

¹⁸² CASAS BARQUERO, E., *El delito de falsedad en documento privado*, cit., p. 422.

¹⁸³ La capacidad probatoria del documento, para este autor.

¹⁸⁴ CASAS BARQUERO, E., ult. cit., p. 422, criterio que ya sostuvo en «Reflexiones técnico-jurídicas sobre los delitos de falsedades del Título III, del Libro II del Código Penal», *Documentación Jurídica*, nº 37/40, monográfico dedicado a la PANCP, vol. 2, 1983, p. 359.

Capítulo II.- Tipo del injusto (I): tipo objetivo

Claro que frente a esta tesis puede sostenerse que, normalmente, el engaño en este tipo de estafas no suele venir dado simplemente por el falseamiento, sino que va acompañado de otros «hechos». Como puede apreciarse, esta cuestión no es en absoluto irrelevante, ya que si no podemos afirmar la «unidad de hecho», nos vemos obligados a buscar una solución concursal. Pues bien, de los criterios existentes para determinar la unidad de hecho, y tomando el que puede parecer más idóneo -el que se fija en el hecho típico¹⁸⁵-, los diversos hechos que puede realizar el agente para defraudar pueden, perfectamente, constituir una unidad de hecho. Caso contrario, en nuestro ejemplo inicial tendríamos que afirmar la existencia de hechos diferenciados (el anuncio en prensa, la muestra de los planos de las viviendas, el contrato de opción de compra), cuando realmente todos ellos conforman el engaño bastante e inductor.

Si bien se ha venido hablando de la falsedad en documento privado por los motivos al principio expuestos, no es menos cierto que puede producirse en algún supuesto una falsedad en documento público, oficial o de comercio,

¹⁸⁵ Dado que "la descripción típica opera, pues, como una plantilla que recorta un determinado fragmento de actividad humana y permite considerarla constitutiva de una unidad de hecho" (en MIR PUIG, S., *Derecho Penal. Parte General*, cit., p. 722); igualmente, JESCHECK, J.J., *Tratado de Derecho Penal. Parte General*, vol. II, cit., pp. 994 y ss.

Capítulo II.- Tipo del injusto (I): tipo objetivo

en cuyo caso parece que la doctrina¹⁸⁶ y la jurisprudencia¹⁸⁷ es unánime a la hora de afirmar la concurrencia de un concurso medial a resolver conforme al artículo 71.

A la vista de todo lo anterior, no podemos por menos que finalizar este acercamiento al problema de la relación entre falsedad y estafa secundando a GONZÁLEZ RUS¹⁸⁸ cuando sostiene que la línea divisoria entre falsedad y estafa no es nítida en aquellos supuestos en que la falsedad es el medio engañoso utilizado para la defraudación.

¹⁸⁶ Vid., entre otros, BAJO FERNÁNDEZ, M., PÉREZ MANZANO, M. en BAJO FERNÁNDEZ, M. y otros, *Manual de Derecho Penal. Parte Especial*, cit., p. 291; BENÉYTEZ MERINO, L. en BENÉYTEZ MERINO, L. y otros, *Las falsedades documentales*, cit., pp. 69 y 75; BUSTOS RAMÍREZ, J., *Manual de Derecho Penal. Parte Especial*, 1ª edic., cit., p. 414; CASAS BARQUERO, E., «Reflexiones técnico-jurídicas sobre los delitos de falsedades del Título III, del Libro II del Código Penal», cit., p. 358; ELGUERO MERINO, J.M., *La estafa de seguro*, cit., p. 174; MUÑOZ CONDE, F., *Derecho Penal. Parte Especial*, cit., p. 284; OLIVA GARCÍA, H., *La estafa procesal*, cit., pp. 327 y 328; ORTS BERENGUER, E. en VIVES ANTÓN, T.S., BOIX REIG, J., ORTS BERENGUER, E. y otros, *Derecho Penal. Parte Especial*, cit., p. 246; SILVA SÁNCHEZ, J.M., «La estafa de seguro», cit., pp. 355 y 356, nota 122.

Según RODRÍGUEZ RAMOS, L., «Reflexiones sobre el delito de falsedad en documento mercantil», *Poder Judicial*, nº 11, 1988, pp. 108 y 109, siempre la falsedad en documento mercantil tiene una íntima conexión con la estafa o con la apropiación indebida, razón por la que resuelve el problema concursal vía artículo 71 (p. 106).

¹⁸⁷ Sentencias de 14 de diciembre de 1989 (RA. 9583), 10 de mayo y 9 de noviembre (RA. 8871) de 1990 y 12 de junio (RA. 5206) y 15 de octubre (RA. 8003) de 1992.

¹⁸⁸ GONZÁLEZ RUS, J.J., *Manual de Derecho Penal. Parte Especial*, cit., p. 191.

Capítulo II.- Tipo del injusto (I): tipo objetivo

2.2.4.2.3) Falsedades de sellos y marcas

En otro orden de cosas, afirmamos al principio que al margen de la falsedad documental, puede tener lugar una falsedad de sellos o marcas dentro del ámbito de los fraudes alimentarios. Fundamentalmente nos referimos a la falsedad de sellos o marcas utilizados por empresas para distinguir sus productos y la falsedad consistente en la sustitución del sello o marca del verdadero fabricante por otro.

Es de advertir que la incriminación de estas conductas pone de manifiesto la extensión de la tutela a los consumidores, lo cual no tiene que implicar, necesariamente, una formalización del delito¹⁸⁹.

En cuanto a la primera de las falsedades -artículo 280-, no cabe duda que una forma de estafar a los consumidores, subsumible en el tipo de estafa objeto de nuestro estudio, es mediante la alteración del sello de

¹⁸⁹ Cfr. MUÑOZ CONDE, F., *Derecho Penal. Parte Especial*, cit., p. 526.

Capítulo II.- Tipo del injusto (I): tipo objetivo

calidad de un producto, por ejemplo¹⁹⁰. Así, modificando dicho sello, puede ofertarse un producto de una calidad superior a la que realmente tiene. En estos casos parece que la doctrina se inclina por afirmar la existencia de un concurso real¹⁹¹, el cual concurriría, en todo caso, si el fraude alimentario atenta contra la salud de los consumidores.

Respecto de la sustitución del sello o marca del verdadero fabricante por otro -artículo 281-, también esta conducta puede inducir a engaño a los consumidores, provocándoles un perjuicio patrimonial al ofertar un producto con una marca cuyo género es de superior calidad a la real, apostando en estos casos un sector de la

190 Respecto de la diferenciación entre las conductas subsumibles en el artículo 280 o en el 534, vid., por todos, MUÑOZ CONDE, F., ult. cit., pp. 527 y 528.

191 QUERALT JIMÉNEZ, J.J., *Derecho Penal español. Parte Especial*, cit., p. 394, afirma que "la estafa y otras falsedades pueden concurrir realmente con esta infracción", de lo que deducimos que se inclina por una solución concursal real. Menos entendible es la posición de GUINARTE CABADA, G., *La tutela penal de los derechos de propiedad industrial*, Instituto de Criminología, Universidad Complutense de Madrid, Madrid, 1988, p. 246, el cual, refiriéndose al artículo 534, tras afirmar que la estafa puede entrar en concurso real con el citado precepto, sostiene que es de aplicación el artículo 71, por tratarse de un delito medio.

Capítulo II.- Tipo del injusto (I): tipo objetivo

doctrina por una solución concursal real¹⁹², mientras que otro sector apunta hacia el concurso ideal¹⁹³.

Problema distinto es cuando el comerciante, debido a la abundancia de material almacenado ya abonado, necesita colocarlo en el mercado (normalmente para obtener liquidez y espacio para almacenar la mercancía de la próxima campaña o temporada), para lo cual cambia una marca conocida y, en consecuencia, con un determinado precio, por otra desconocida, en cuyo caso puede ofertar el producto a un precio inferior. Sin pretender negar dicha realidad (beneficiosa en última instancia para los consumidores), lo cierto es que estas prácticas deben ser tomadas en consideración con la mayor de las precauciones, pues como ya tendremos ocasión de manifestar con motivo del análisis de la publicidad engañosa, en muchas ocasiones, tradicionales usos mercantiles enmascaran verdaderos fraudes¹⁹⁴.

¹⁹² Vid. QUERALT JIMÉNEZ, J.J., ult. cit., p. 394.

¹⁹³ Vid. CASAS BARQUERO, E., «Reflexiones técnico-jurídicas sobre los delitos de falsedades del Título III, del Libro II del Código Penal», cit., p. 322.

¹⁹⁴ Cfr. MUÑOZ CONDE, F., «La ideología de los delitos contra el orden socio-económico en el Proyecto de Ley Orgánica de Código Penal», cit., p. 126, con motivo del análisis del número tercero del artículo 339 del Proyecto de 1980.

Capítulo II.- Tipo del injusto (I): tipo objetivo

2.2.4.3) El delito alimentario nocivo

Ante todo, es de advertir que, dado que en un momento posterior nos ocuparemos de la «estafa alimentaria», ahora nos vamos a centrar en el supuesto de comisión de un delito alimentario nocivo como medio idóneo para cometer una estafa subsumible en el tipo especialmente cualificado, cuestión, por otro lado, nada difícil en la medida en que, de un lado, el objeto material es un bien de reconocida utilidad social y, de otro, nadie duda que el ámbito alimentario es un campo abonado para los fraudes colectivos¹⁹⁵.

Hay que tener presente en todo momento que al hablar de delito alimentario nocivo¹⁹⁶, se está haciendo

¹⁹⁵ Cfr. BERMEJO VERA, J., «Aspectos jurídicos de la protección del consumidor», cit., p. 272; GONZÁLEZ RUS, J.J., *Los intereses económicos de los consumidores. Protección penal*, cit., p. 315; OCTAVIO DE TOLEDO Y UBIETO, E., «Notas para un estudio de los fraudes alimentarios en Derecho Penal», cit., p. 90; RODRÍGUEZ RAMOS, L. «Fraudes alimentarios contrarios a la salud pública», *Temas de Derecho Penal*, Instituto de Criminología, Universidad Complutense de Madrid, Madrid, 1977, p. 97; SAINZ CANTERO, J.A., «Criminología de los fraudes de alimentos», cit., p. 274.

¹⁹⁶ vid., por todos, PÉREZ ÁLVAREZ, F., *Protección penal del consumidor. Salud pública y alimentación*, cit., *passim*. Se reafirma en el uso de esta expresión en «La regulación del delito alimentario nocivo en el Proyecto de Código Penal de 1992», cit., p. 1061, nota 1.

Los fraudes alimentarios han sido objeto de un profundo estudio por parte de la doctrina italiana. Vid., entre otros, AZZALI, G., «Osservazioni in tema di frodi alimentari», *Problemi penali in tema di frodi alimentari*, edic. a cargo de Nuvolone, Giuffrè, Milano, 1971; BELLANTONI, D., *Diritto Penale degli alimenti*, Cedam, Padova, 1973; BRICOLA, F., «Tipologia delle frodi (continúa...)

Capítulo II.- Tipo del injusto (I): tipo objetivo

referencia a un tipo penal que tiene como objeto jurídico la salud pública, merecedor de tutela penal en cuanto formalización de un interés colectivo que se estima legítimo y, en consecuencia, diferenciable de otros intereses que puedan concurrir¹⁹⁷.

Cuestión distinta es que, en ocasiones, la distinción entre conductas que sólo afectan a intereses socio-económicos y conductas que atentan contra la salud se torna relativa, pues el delito alimentario nocivo suele aparecer en el contexto de una actividad comercial¹⁹⁸, o dicho de otra forma, "gran parte de los fraudes alimentarios no tienen como principal objeto de ataque la salud pública, sino que destaca sobre todo su

¹⁹⁶(...continuación)

nella normativa penale sugli alimenti», *Problemi penali in tema di frodi alimentari*, cit.; CORRERA, C., *La difesa del consumatore dalle frodi in commercio*, vol. I (Le frodi quantitative), Giuffrè, Milano, 1982; NUVOLONE, P., «Relazione di sintesi», *Problemi penali in tema di frodi alimentari*, cit.; el mismo, «Relazione introduttiva», *Problemi penali in tema di frodi alimentari*, cit.; PICCININO, R., *I delitti contro la salute pubblica*, Franco Angeli, Milano, 1968; SAMMARCO, G., «Incolunità pubblica (reati contro la)», *Enciclopedia del Diritto*, t. XXI, Giuffrè, Milano, 1971.

¹⁹⁷ Vid. ARENAS RODRIGÁNEZ, M.P., *Protección penal de la salud pública y fraudes alimentarios*, cit., pp. 130 y ss., y bibliografía allí citada.

¹⁹⁸ Según AZZALI, G., «Osservazioni in tema di frodi alimentari», cit., p. 61, "el fraude alimentario comúnmente se ejercita en el contexto, o por medio de una deslealtad comercial". En el mismo sentido afirma, por ejemplo, MUÑOZ CONDE, F., *Derecho Penal. Parte Especial*, cit., p. 480, que la concurrencia del fraude alimentario nocivo del artículo 346 con la estafa "se dará casi siempre". Igualmente, NUVOLONE, P., «Relazione di sintesi», cit., pp. 323 y 324.

Capítulo II.- Tipo del injusto (I): tipo objetivo

carácter económico"¹⁹⁹, siendo este el supuesto que a nosotros nos interesa.

El supuesto de hecho lo identifican perfectamente BIGWOOD y GÉRARD: "la venta de un producto alimenticio, cuyo aspecto ha sido convenientemente mejorado, haciéndole lo más agradable posible, por medio de la introducción de una sustancia química peligrosa, no es solamente un acto atentatorio contra la salud del que lo ingiere, sino que constituye igualmente una falsificación y un fraude del que es víctima el comprador, que se imagina haber adquirido un producto sano e inofensivo"²⁰⁰.

Pues bien, ese hecho, suponiendo que concurren todos los elementos de los tipos objetivo y subjetivo, es constitutivo de un delito contra la salud pública y de un delito de estafa, planteándose el correspondiente problema concursal. A diferencia del delito de falsedad estudiado anteriormente, en este caso la doctrina y jurisprudencia que se ha pronunciado en este tema es

¹⁹⁹ SAINZ CANTERO, J.A., «Criminología de los fraudes de alimentos», cit., p. 271.

²⁰⁰ BIGWOOD, E.J., GÉRARD, A., «Objetivos y principios fundamentales de un derecho comparado de la alimentación», vol. 1 (Introducción general y ámbito de aplicación), trad. por J.P. Montojo Núñez, *Revista Alimentaria*, nº especial, 1970, pp. 4 y 5.

Capítulo II.- Tipo del injusto (I): tipo objetivo

unánime²⁰¹, sosteniendo que estamos ante un concurso ideal de delitos, criterio que entendemos acertado, dado que ambos tipos penales no son incompatibles, pudiendo traer aquí, *mutatis mutandi*, los argumentos aportados por un sector de la doctrina para sostener la vía del concurso de delitos entre falsedad y estafa. Así, en cuanto al bien jurídico, nos acabamos de pronunciar al respecto. Y, en relación a la estructura de los tipos, también existe compatibilidad, si bien nos detenemos en el tipo subjetivo por cuanto puede generar mayor confusión. En este sentido, el que se haya afirmado que "el caso habitual en los fraudes alimentarios es el de pretender un beneficio por medios ilícitos"²⁰² no implica que el tipo subjetivo del delito alimentario nocivo tenga como uno de sus elementos el ánimo de lucro²⁰³. Además, ciertas modalidades del delito

201 Es el caso de CARMONA SALGADO, C. en CARMONA SALGADO, C. y otros, *Manual de Derecho Penal. Parte Especial*, t. IV, cit., p. 140; GONZÁLEZ RUS, J.J., *Los intereses económicos de los consumidores. Protección penal*, cit., p. 315; MUÑOZ CONDE, F., *Derecho Penal. Parte Especial*, cit., p. 480, entre otros; y de la Sentencia del Tribunal Supremo de 23 de abril de 1992 (RA. 6783).

202 BIGWOOD, E.J., GÉRARD, A., «Objetivos y principios fundamentales de un derecho comparado de la alimentación», vol. 2 (Elementos de motivación y elementos de cualificación), trad. por J.P. Montojo Núñez, *Revista Alimentaria*, nº especial, 1972, p. 51.

203 Vid. PÉREZ ÁLVAREZ, F., *Protección penal del consumidor. Salud pública y alimentación*, cit., pp. 88 y 89. El único obstáculo podría ser el artículo 347.1º, pero en este caso se niega, incluso, su propia existencia como infracción penal, abogándose por su supresión (pp. 286 y ss.).

Capítulo II.- Tipo del injusto (I): tipo objetivo

alimentario nocivo permiten la comisión imprudente, no admisible en ningún caso en la estafa²⁰⁴.

Incluso, a pesar de que por algún autor se ha encontrado una similitud entre las conductas contenidas en los artículos 346 y 528 -antigua redacción-, situando la diferencia en los distintos bienes jurídicos tutelados, se ha reconocido la posibilidad de concurso²⁰⁵.

En síntesis, es sostenible el concurso de delitos dado que cada delito es un *plus* y no un *aliud* respecto del otro²⁰⁶.

²⁰⁴ Vid., entre otros, BOIX REIG, J. en VIVES ANTÓN, T.S., BOIX REIG, J. y otros, *Derecho Penal. Parte Especial*, cit., pp. 368 y 371; GARCÍA ALBERO, R., «La tutela penal y administrativa de la salud de los consumidores en materia alimentaria. Consideraciones críticas en torno a su articulación jurídica», cit., p. 978; MIRET NAGORE, «El delito alimentario según el artículo 346 del Código Penal», *Revista Alimentaria*, nº 147, 1983, pp. 102 y ss.; RODRÍGUEZ RAMOS, L., «Fraudes alimentarios nocivos», *Comentarios a la legislación penal*, t. V, vol. 2º, Edersa, Madrid, 1985, pp. 823 y ss.

Antes de la Reforma vid. RODRÍGUEZ RAMOS, L., «Fraudes alimentarios contrarios a la salud pública», cit., pp. 108 y 109; QUINTANO RIPOLLÉS, A., *Tratado de la Parte Especial del Derecho Penal*, t. IV, cit., pp. 344 a 347 y 350.

²⁰⁵ Vid. QUINTANO RIPOLLÉS, A., ult. cit., pp. 339 y 340.

²⁰⁶ *Ibidem*.

Capítulo II.- Tipo del injusto (I): tipo objetivo

2.2.4.4) La publicidad engañosa

2.2.4.4.1) Cuestiones preliminares

Ante todo, se hace necesario establecer una serie de preliminares, uno relativo al motivo de estudio de la publicidad engañosa en esta investigación, otro referido al ámbito de dicho estudio, y otro sobre el principio que resulta atacado con la publicidad engañosa. En primer lugar, el tipo especialmente cualificado de estafa viene caracterizado, de un lado, por tener como finalidad la protección de determinados intereses de los consumidores²⁰⁷ y, de otro, porque se trata de un supuesto de delito con «sujeto pasivo masa». Pues bien, una de las formas de engañar el público consumidor y atraerlo hacia la adquisición fraudulenta de un determinado producto es mediante la publicidad²⁰⁸. La realidad demuestra que una de las causas principales de

²⁰⁷ Así lo reconoce, incluso, el Tribunal Supremo en sus Sentencias de 8 de marzo de 1989 (RA. 2553) y de 13 de julio de 1993 (RA. 5925) a propósito de los números 1º y 8º del artículo 529, respectivamente.

²⁰⁸ Vid. LUZÓN CÁNOVAS, A., «Publicidad y técnicas de venta en la multipropiedad. La protección del adquirente», *Poder Judicial*, nº 30, 1993, p. 73.

Las Sentencias del Tribunal Supremo de 25 de octubre de 1985 (RA. 5055), 27 de septiembre de 1991 (RA. 6628), 13 de abril de 1994 (RA. 3281) y 13 de mayo de 1994 (RA. 3696), se refieren a estafas en las que se han valido de la publicidad para generar el engaño.

Capítulo II.- Tipo del injusto (I): tipo objetivo

quejas de los consumidores es este tipo de publicidad²⁰⁹, motivo por el cual entendemos que debe ser objeto de estudio la publicidad engañosa como medio comisivo de una estafa colectiva cuando el objeto publicitario es un bien de reconocida utilidad social.

En segundo lugar, evidentemente, no es posible hablar de la publicidad engañosa como medio defraudatorio constitutivo de delito toda vez que no existe en la Parte Especial del Derecho Penal español un precepto referido al delito publicitario. No obstante, no es realmente nuestra intención analizar el problema en relación al delito publicitario, sino el análisis de la publicidad engañosa como modalidad de publicidad ilícita²¹⁰ y entendida como medio para la comisión de una estafa, si bien es cierto que, debido a la previsión de aquél en los diferentes proyectos y propuestas de Código Penal, hemos estimado oportuno incluirlo en este apartado.

²⁰⁹ Vid. *infra* los datos estadísticos que se aportan en este epígrafe.

²¹⁰ Artículo 3 de la Ley 34/1988, de 11 de noviembre, General de Publicidad.

Por escapar al objeto de nuestro estudio, no entramos aquí en las modernas concepciones tendentes a entender la publicidad desleal como una categoría general y, en consecuencia, poniendo en tela de juicio la clasificación contenida en la precitada Ley (vid., *passim*, BAYLOS CORROZA, H., *Tratado de Derecho Industrial*, 2ª edic., Civitas, Madrid, 1993; LEMA DEVESA, C., «La publicidad desleal: modalidades y problemas», *Revista General de Derecho*, nº 562-563, 1991).

Capítulo II.- Tipo del injusto (I): tipo objetivo

Y como tercera y última cuestión preliminar, aclarar que la actividad publicitaria viene informada por una serie de principios, siendo uno de ellos el de veracidad²¹¹, el cual puede ser atacado por la publicidad engañosa, pues este principio debe ser entendido no sólo como la tutela de la verdad en el mensaje publicitario, sino que, como afirma DE LA CUESTA RUTE, "ampara sobre todo al consumidor que, como destinatario final de las declaraciones o manifestaciones publicitarias no puede ser inducido a error a través de una publicidad deformada"²¹². De esta suerte, "no sólo será publicidad engañosa la publicidad absoluta o parcialmente falaz, sino también la publicidad que, siendo exacta en un plano abstracto, es engañosa por inducir a error a los consumidores"²¹³.

²¹¹ Como pone de manifiesto BROSETA PONT, M., *Manual de Derecho Mercantil*, 9ª edic., Tecnos, Madrid, 1991, pp. 150 y 151, los principios básicos en materia publicitaria -legalidad, veracidad, autenticidad y competencia leal- siguen vigentes conforme a la Ley General Publicitaria aun cuando, a diferencia del derogado Estatuto de la Publicidad, no se encuentren plasmados de forma explícita.

²¹² DE LA CUESTA RUTE, J.M., *Régimen jurídico de la publicidad*, Tecnos, Madrid, 1974, p. 183.

²¹³ GARCÍA-CRUCES GONZÁLEZ, J.A., «La armonización del régimen jurídico aplicable a la publicidad engañosa en la CEE», *Revista de Instituciones Europeas*, nº 15, 1988, p. 460. En igual sentido, LEMA DEVESA, C., «En torno a la publicidad engañosa», *Actas de Derecho Industrial*, t. IV, 1977, pp. 229 y 300, y comentando el artículo 8 de la Ley General para la Defensa de Consumidores y Usuarios, BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, A., «La protección de los legítimos intereses económicos de los consumidores», cit., p. 148.

2.2.4.4.2) Planteamiento

Lo que no cabe duda es que la publicidad tiene hoy por hoy una importancia fundamental en nuestra sociedad²¹⁴; ésta, configurada como sociedad de consumo²¹⁵, precisa de mecanismos lo suficientemente expansivos como para lograr atraer al mayor número de personas hacia aquél. Buena prueba de ello es que en todo momento en el ámbito del Derecho publicitario se habla del «público de los consumidores»²¹⁶.

Las referencias a la importancia de la actividad publicitaria son constantes entre los autores que se ocupan del tema, dato que tiene una gran trascendencia para el Derecho Penal, sobre todo, a los efectos de

²¹⁴ Para BAYLOS CORROZA, H., *Tratado de Derecho Industrial*, cit., p. 353, "la publicidad...constituye un instrumento indispensable". También se refieren a la trascendencia de la publicidad, entre otros, BROSETA PONT, M., *Manual de Derecho Mercantil*, 9ª edic., Tecnos, Madrid, 1991, p. 149; LEMA DEVESA, C., «En torno a la publicidad engañosa», *Actas de Derecho Industrial*, t. IV, 1977, p. 296; MARTÍNEZ PÉREZ, C., «Consideraciones en torno a la creación de un delito relativo a la publicidad engañosa», *Cuadernos de Política Criminal*, nº 22, 1984, p. 36.

²¹⁵ Según REBOLLO ARÉVALO, A., *La estructura del consumo en España*, Instituto Nacional de Consumo, Ministerio de Sanidad y Consumo, Madrid, 1983, p. 150, la publicidad está generada por el propio sistema de producción actual y se configura como una necesidad para el sistema económico. En términos similares se manifiesta TAMARIT SUMALLA, J.M., «La tutela penal de los intereses de los consumidores en la actividad publicitaria: problemas fundamentales», cit., p. 321.

²¹⁶ Vid. FERNÁNDEZ-NOVOA, C., «La interpretación jurídica de las expresiones publicitarias», *Revista de Derecho Mercantil*, nº 107, 1968, p. 17.

Capítulo II.- Tipo del injusto (I): tipo objetivo

aquellos tipos penales que, como el que nos ocupa, están creados para la tutela de los intereses de la colectividad constituida en masa de consumidores. Aun cuando, como afirma algún autor²¹⁷, destacar la importancia de la publicidad resulta innecesario, no es menos cierto que recordar aquella tampoco es gratuito, en la medida en que nos permite situar el tema en sus justos términos.

La práctica totalidad de la actividad de contratación de bienes y servicios se desarrolla hoy a través de simples anuncios o de campañas de mayor entidad²¹⁸. Precisamente, a través de la publicidad el consumidor conoce los productos que se ofrecen en el mercado²¹⁹; a través de ella tiene lugar la relación comercial entre el empresario y el consumidor. Pero el sistema actual se basa en la competitividad, característica propia de las sociedades de consumo, la

²¹⁷ Cfr. GONZÁLEZ RUS, J.J., *Los intereses económicos de los consumidores. Protección penal*, cit., p. 207.

²¹⁸ LEMA DEVESA, C., «La publicidad desleal: modalidades y problemas», cit., p. 6135, se refiere, incluso, al denominado «boom» publicitario al que asiste hoy España, aportando un dato altamente significativo: "el pasado año 1990 las inversiones publicitarias sobrepasaron -en nuestro país- la astronómica cifra del billón de pesetas".

²¹⁹ Ya el derogado Estatuto de la Publicidad en su artículo 10 apuntaba a "la publicidad, como servicio dirigido a los consumidores...", idea que ha quedado reflejada, también de forma explícita, en la vigente Ley General de Publicidad (artículo 2).

Capítulo II.- Tipo del injusto (I): tipo objetivo

cual genera una enorme agresividad, por cuanto que el empresario viene obligado a luchar por una cuota de mercado frente a sus competidores. Desde esta perspectiva, "lejos de guardar pasivamente la demanda de sus mercancías y servicios, la empresa se anticipa a la demanda y pretende configurarla y atraerla para sí"²²⁰, hecho que explica la trascendencia de la publicidad.

Ese sistema competitivo al que hacemos referencia nos permite comprender toda una suerte de extremos. Así, cuando se habla del fundamento de la publicidad, tradicionalmente se ha mencionado su faceta informativa (se informa al público de las cualidades y precios de los productos o servicios ofertados), y su faceta persuasiva (se intenta persuadir al público para que adquiera esos productos o contrate esos servicios)²²¹. Sin embargo, parece indubitado que esa finalidad informativa ha quedado hoy en el plano teórico, toda vez que el sistema competitivo imperante ha conducido a la publicidad a buscar, «al precio que sea», la captación del cliente. Esta realidad es reconocida por la doctrina de forma

²²⁰ FERNÁNDEZ-NOVOA, C., ult. cit., p. 14, idea a la que se suma OTERO LASTRES, J.M., «La protección de los consumidores contra la publicidad ilícita», *Actas de Derecho Industrial*, t. IV, 1977, p. 114.

²²¹ Cfr. FERNÁNDEZ-NOVOA, C., ult. cit., p. 15.

Capítulo II.- Tipo del injusto (I): tipo objetivo

manifiesta²²², y así lo corroboran los datos empíricos que se manejan²²³. En esta línea, es altamente significativa la afirmación de BROSETA PONT en el sentido de que "al menos teóricamente, por medio de la publicidad se les permitirá [a los consumidores] informarse de la oferta de bienes y servicios y existentes"²²⁴. De esta forma, se está reconociendo que la finalidad informativa se sitúa hoy en un plano teórico.

El hecho de que la actividad publicitaria se halle hoy orientada a la captación de clientes se pone de manifiesto cuando se determina el ámbito de aplicación de la publicidad comercial: la Ley General de Publicidad, en contraste con el derogado Estatuto de la Publicidad, recorta el ámbito de la publicidad dejándola limitada a aquella dirigida a promover la contratación de bienes o servicios. Es por eso por lo que "cualquier actividad

²²² Vid., por todos, OTERO LASTRES, J.M., «La protección de los consumidores contra la publicidad ilícita», cit., p. 115.

²²³ La actividad publicitaria se desarrolla hoy en unos términos tales que un porcentaje muy significativo de los consumidores consultados [en CASTRO GIL, N.; MONTERO BOBILLO, F., «Opiniones y actitudes del consumidor español» (encuestas), cit.], el 82%, reconoce que la publicidad aumenta el consumo de los productos que se anuncian; incluso, un 66% admite que la publicidad hace comprar productos innecesarios.

²²⁴ BROSETA PONT, M., *Manual de Derecho Mercantil*, cit., p. 149, que sigue diciendo que la "finalidad fundamental consiste en promover la contratación de bienes y servicios entre productores y consumidores". También distingue un fin teórico y un fin práctico GONZÁLEZ RUS, J.J., *Los intereses económicos de los consumidores. Protección penal*, cit., p. 207.

Capítulo II.- Tipo del injusto (I): tipo objetivo

difusora que no persiga esa finalidad quedará fuera del ámbito legal"²²⁵.

Lo anterior nos permite comprender sin dificultad los conceptos de publicidad que se manejan hoy. En este sentido, la doctrina mercantil arranca²²⁶ de la definición contenida en el artículo 2 de la Ley General de Publicidad²²⁷.

En otro orden de cosas, ese sistema competitivo también explica la actividad publicitaria desenfrenada que tiene que realizar el empresario para la captación de clientes²²⁸. En ese desenfreno, no se duda en acudir a

²²⁵ URÍA, R., *Derecho Mercantil*, 20ª edic., Marcial Pons, Madrid, 1993, p. 81.

²²⁶ Si bien es cierto que se introducen determinados matices que tienen su origen en distintos aspectos, cuestión ésta que escapa a nuestras pretensiones (vid., por todos, SANTAELLA LÓPEZ, M., *El nuevo Derecho de la Publicidad*, Civitas, Madrid, 1989, *passim*).

²²⁷ "A los efectos de esta Ley, se entenderá por: -Publicidad: Toda forma de comunicación realizada por una persona física o jurídica, pública o privada, en el ejercicio de una actividad comercial, industrial, artesanal o profesional, con el fin de promover de forma directa o indirecta la contratación de bienes muebles o inmuebles, servicios, derechos y obligaciones".

²²⁸ Por su carácter ilustrativo, reproducimos un párrafo de FONT GALÁN, J.I., "¿Hacia un sistema jurídico mercantil de "faz completamente nueva"?". La Ley 26/1984, de 19 de julio, para la defensa de los consumidores y usuarios: un instrumento para la realización histórica de un Derecho Mercantil del Estado social", *Revista de Derecho Mercantil*, nº 177, 1985, p. 391: "Las personas - en realidad todas, de acuerdo con la universal naturaleza del *homo consumens*- se afanan, se agitan, se angustian, se enriquecen, se frustran o perjudican en una "carrera" ilimitada por conseguir tales cosas. Algunas de estas personas o sujetos, organizadores de esta (continúa...)

Capítulo II.- Tipo del injusto (I): tipo objetivo

cualquier mecanismo que permita la captación del mayor número de clientes, incluso a la publicidad ilícita, de suerte que lo que tendría que ser un hecho aislado -la publicidad engañosa- se ha convertido en "un acto publicitario endémico"²²⁹. Frente a ella, es precisa la intervención del Derecho, con el fin de tutelar los intereses de los consumidores²³⁰. En este contexto hay

228 (...continuación)

"carrera consumerista", verdaderos artífices del sistema y manipuladores del "maquinismo" industrial y comercial, sostienen entre sí una dura lucha o *competición* para atraer hacia sus propias metas -siempre volantes- el mayor número de "corredores consumeristas". Frecuentemente esta carrera interna o sectorial entre los operadores artífices del sistema está internamente "arreglada" o "concertada"; otras se hace "salvaje" y *desleal*. Cuando esto sucede, los "corredores consumeristas" suelen ser, directa o indirectamente, perjudicados. No faltan operadores empresariales desconsiderados que, atentos sólo a su propio éxito, colocan "trampas" u "obstáculos" a tales "corredores", en los que éstos, desinformados e indefensos, inevitablemente caen o tropiezan".

229 LEMA DEVESA C., «En torno a la publicidad engañosa», cit., p. 296.

Hay que recordar que más del 75% de los consumidores opina que en ocasiones la publicidad engaña; pero es que, en todo caso, el 60% ya admite que la publicidad no informa suficientemente sobre las propiedades de los productos [en CASTRO GIL, N.; MONTERO BOBILLO, F., «Opiniones y actitudes del consumidor español» (encuestas), cit.], lo cual no tiene que traducirse necesariamente en una defraudación, pero sí convierte a las relaciones de consumo en campo abonado para la existencia de fraudes.

230 En el ámbito del Derecho Penal, vid. TAMARIT SUMALLA, J.M., «La tutela penal de los intereses de los consumidores en la actividad publicitaria: problemas fundamentales», cit., pp. 326 y ss.; DE VEGA RUIZ, J.A., «Protección penal del consumidor», *Estudios sobre Consumo*, nº 15, 1989, p. 55. Según MARTÍNEZ PÉREZ, C., «La Ley General de Publicidad y el futuro delito publicitario», *Actas de Derecho Industrial*, t. XIII, 1989, p. 86, nota 11, "conviene no olvidar que en el moderno Derecho de la Publicidad la finalidad primordial en materia de publicidad engañosa es proteger a los consumidores", pero sin olvidar tampoco que esa protección ha sido ajena completamente al Derecho Mercantil tradicional, tal como se reconoce de forma unánime.

Un análisis sobre los diferentes problemas político-criminales que plantea la comunicación publicitaria, en SANTAELLA LÓPEZ, M., *El* (continúa...)

Capítulo II.- Tipo del injusto (I): tipo objetivo

que situar la Ley 26/1984, de 19 de julio, General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios²³¹, la Ley General de Publicidad y la Ley 3/1991, de 10 de enero, de Competencia Desleal²³².

Tampoco es ajeno al fraude a los consumidores el alejamiento que se ha producido entre éstos y los empresarios debido, igualmente, al consumo masivo²³³.

230 (...continuación)
delito publicitario (aspectos penales de la comunicación publicitaria), Reus, Madrid, 1981.

231 El artículo 8.3 de esta Ley califica como fraude la publicidad falsa o engañosa. Un comentario a esta norma en BANDO CASADO, H.C., *La publicidad y la protección jurídica de los consumidores y usuarios*, Instituto Nacional de Consumo, Ministerio de Sanidad y Consumo, Madrid, 1986, pp. 61 y ss., y BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, A., «La protección de los legítimos intereses económicos de los consumidores», cit., pp. 148 y ss.

Destaca HERRERO GARCÍA, M.J., *La multipropiedad*, La Ley, Madrid, 1988, p. 53, que dicho precepto está pendiente aún de concreción penal, postura a la que se adhiere LUZÓN CUESTA, J.M., *Fraudes inmobiliarios*, cit., p. 67.

232 La Exposición de Motivos se refiere expresamente a la necesidad de tutela de los intereses de los consumidores por mandato constitucional -artículo 51 de la Constitución-. En concreto, el artículo 7 está dedicado a los actos de engaño y especifica que "se considera desleal la utilización o difusión de indicaciones incorrectas o falsas, la omisión de las verdaderas y cualquier otro tipo de práctica que, por las circunstancias en que tenga lugar, sea susceptible de inducir a error a las personas a las que se dirige o alcanza...". Un comentario sobre esta Ley en OTAMENDI RODRÍGUEZ-BETHENCOURT, J.J., *Competencia desleal. Análisis de la Ley 3/1991*, Aranzadi, Pamplona, 1992, *passim*.

233 Cfr. CAZORLA PRIETO, L.M., «Artículo 51», cit., p. 851; QUINTERO OLIVARES, G., «Delitos contra los intereses generales o derechos sociales», cit., p. 577.

Capítulo II.- Tipo del injusto (I): tipo objetivo

2.2.4.4.3) Observaciones desde el Derecho Penal

Ciñendonos al ámbito penal, si bien es cierto que, tradicionalmente, los intereses económicos y sociales de los consumidores han sido injustamente olvidados en la legislación penal²³⁴, tal como ya hemos analizado en otro lugar²³⁵, no puede sostenerse la anterior afirmación, o por lo menos no con la misma rotundidad, tras la Reforma de 1983. Así, el propósito de la citada Reforma fue lograr una mayor tutela de los consumidores²³⁶, la cual no sólo tuvo lugar en el ámbito patrimonial con la reforma del delito de estafa para la protección de los intereses económicos, sino también en el ámbito de la salud con la modificación de los delitos contra la salud pública, siendo el artículo

²³⁴ Cfr. BAJO FERNÁNDEZ, M., «Los delitos contra el orden socioeconómico en el Proyecto de Código Penal», *Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense*, monográfico nº 3, 1980, p. 23. En el mismo sentido, BERMEJO VERA, J., «Aspectos jurídicos de la protección del consumidor», cit., p. 272, el cual afirma, si acaso de forma más sutil, que "el Código penal español no ha sido formulado desde perspectivas más o menos próximas a la preocupación tutelar de los consumidores".

²³⁵ Vid. *supra* el epígrafe 4.2) del Capítulo I.

²³⁶ Vid. *supra* unas referencias doctrinales y jurisprudenciales al respecto en las notas 114 y 115, respectivamente, en el Capítulo I.

Capítulo II.- Tipo del injusto (I): tipo objetivo

346 un claro exponente de este último aspecto de la Reforma²³⁷.

Pues bien, dentro del ámbito de la estafa, la doctrina mayoritaria se ve abocada a negar la virtualidad de la publicidad como medio engañoso en el tipo objeto de nuestro estudio (estafas colectivas a los consumidores teniendo por objeto bienes de reconocida utilidad social), en la medida en que entiende que la alteración es el engaño típico en este tipo especialmente cualificado. La negativa no es expresa, pero cabe tal afirmación por inferencia: si la estafa que recae sobre un bien de reconocida utilidad social y que afecta a múltiples perjudicados tiene que producirse por un engaño consistente en la alteración de la sustancia, calidad o cantidad de tales bienes, se está negando la posibilidad de que la defraudación tenga lugar por un medio distinto al expresamente señalado.

Por el contrario, como consecuencia de nuestro posicionamiento en torno a la conducta engañosa -la alteración va referida al perjuicio y no al engaño-, cabe

²³⁷ Cfr. PÉREZ ÁLVAREZ, F., *Protección penal del consumidor. Salud pública y alimentación*, cit.; ARENAS RODRIGÁNEZ, M.P., *Protección penal de la salud pública y fraudes alimentarios*, cit.

Capítulo II.- Tipo del injusto (I): tipo objetivo

cualquier engaño siempre que sea bastante e inductor²³⁸, lo que nos conduce a afirmar la posible concurrencia de la publicidad como medio engañoso. En concreto, nuestra atención se tiene que centrar, fundamentalmente, en el análisis de la publicidad engañosa y sus diferentes modalidades.

Cosa distinta es que el perjuicio no se produzca alterando la sustancia, calidad o cantidad de un bien de reconocida utilidad social; si así es, parece evidente que el supuesto de hecho no es subsumible en el tipo especialmente cualificado -sin que ello tenga que implicar la necesaria subsunción en el tipo básico²³⁹-. A esto se refiere LEMA DEVESA²⁴⁰ cuando niega la posible virtualidad de la publicidad de tono excluyente para constituir un delito de estafa, fundándose en una Sentencia del Tribunal Supremo²⁴¹, en la cual se viene

238 Vid. *supra* el apartado 2.2.2.3).

239 Probablemente seguirá siendo de aplicación el tipo especialmente cualificado de estafa, toda vez que concurrirán múltiples perjudicados y la defraudación revestirá especial gravedad.

240 LEMA DEVESA, C., *La publicidad de tono excluyente*, Montecorvo, Madrid, 1980, p. 432. Hay que advertir que los comentarios que siguen son realizados por este autor conforme a la antigua redacción del artículo 528, si bien la traemos a colación por cuanto que, *mutatis mutandi*, sigue siendo de utilidad respecto de la cualificación del número 1º del artículo 529.

241 Sentencia de 10 de julio de 1963.

Capítulo II.- Tipo del injusto (I): tipo objetivo

a requerir que el producto "se ofrezca como de naturaleza intrínseca distinta a la que en realidad tenga, o con calidades determinadas que sean inexactas al punto que el consentimiento del comprador se preste creyendo que compra otra cosa -lana de Australia por la del país-, pero cuando no sucede así, y no se ofrece la mercancía con una calidad específica, sino sólo exaltando su bondad, entonces no se da el delito de estafa, porque si no podría llegarse a considerar delictiva la propaganda comercial basada en la manifestación de las excelencias del producto". A partir de ahí, sostiene que sólo y exclusivamente pueden tener virtualidad defraudatoria aquellas alegaciones publicitarias que aluden a una sustancia, cantidad o calidad «específica o determinada». Pero como quiera que, generalmente, la publicidad de tono excluyente no se refiere a esas características concretas, no cabe la aplicación del artículo 528²⁴². Y concluye afirmando "que no parece probable que los tribunales estén dispuestos a calificar un anuncio engañoso de tono excluyente como delito de estafa"²⁴³.

²⁴² LEMA DEVESA, C., *La publicidad de tono excluyente*, cit., p. 432.

²⁴³ *Ibidem*, p. 433.

Capítulo II.- Tipo del injusto (I): tipo objetivo

Al hilo de lo anterior hay que efectuar algunas matizaciones. En primer lugar, el análisis de la publicidad engañosa lo realizamos en el ámbito de la conducta, lo cual significa que, de momento, sobre ella exclusivamente recae el juicio de idoneidad de la conducta, pero no el juicio de imputación objetiva del resultado, que tiene que tener lugar en un momento posterior²⁴⁴, pues lo que se tiene que determinar es si esa modalidad de publicidad ilícita es idónea para generar un engaño típico.

En segundo lugar, es cierto que para afirmar la existencia de engaño es preciso que la calidad o cantidad del producto haya sido especificada, que se haya afirmado una cantidad o una calidad distinta de la que realmente tiene²⁴⁵.

²⁴⁴ Esta posible confusión ha sido nítidamente puesta de manifiesto por GUTIÉRREZ FRANCÉS, M.L., *Fraude informático y estafa*, cit., pp. 368 y 369 y nota 249.

En cualquier caso, no queremos dejar pasar esta oportunidad para dejar constancia de la preocupación por una hipotética suprautilización de la moderna teoría de la imputación objetiva, en una suerte de socorrido recurso para resolver múltiples cuestiones que no tienen que ser resueltas necesariamente en esa sede, y que puede provocar la necesidad de establecer, junto a la relación causal y el juicio de imputación objetiva, un tercer elemento del tipo que ejerza un papel de exclusión de la tipicidad que aquel juicio ya no podría realizar dada su amplitud.

²⁴⁵ Cfr. GONZÁLEZ RUS, J.J., *Los intereses económicos de los consumidores. Protección penal*, cit., p. 317.

Capítulo II.- Tipo del injusto (I): tipo objetivo

En tercer lugar, no se trata de que los Tribunales estén dispuestos o no a calificar un anuncio engañoso como delito de estafa, pues el anuncio en sí no puede ser nunca constitutivo de tal delito, en la medida en que precisa, entre otros elementos, de un resultado material -el acto de disposición lesivo-²⁴⁶.

En último lugar, sólo resta señalar que no podemos llegar a conclusiones de probabilidad cuando se reconoce la posibilidad de que concurra el supuesto de hecho. En todo caso, existen numerosísimos ejemplos en los que la doctrina científica se desmarca con argumentos sólidos de la jurisprudencia, incluso en supuestos de posicionamientos jurisprudenciales inveterados.

2.2.4.4.4) La publicidad engañosa como modalidad de publicidad ilícita

Una vez justificada la necesidad de proceder al estudio de la publicidad en el seno de la presente investigación, y realizadas las observaciones pertinentes en el orden penal, procede ahora el estudio de la

²⁴⁶ Distinto sería el caso si tuviese realidad típica el delito publicitario; pero ya no se estaría en el ámbito de la estafa.

Capítulo II.- Tipo del injusto (I): tipo objetivo

publicidad engañosa, a través de sus distintas modalidades.

No obstante, hasta ahora hemos hecho referencia a ella sin definirla de manera explícita. La publicidad engañosa viene definida en el artículo 4 de la Ley General de Publicidad, señalando que "es engañosa la publicidad que de cualquier manera, incluida su presentación, induce o puede inducir a error a sus destinatarios, pudiendo afectar a su comportamiento económico, o perjudicar o ser capaz de perjudicar a un competidor".

El artículo 5 de la antecitada Ley establece una serie de elementos a tener en cuenta para determinar si una publicidad es engañosa o no, si bien se trata de una enumeración de carácter indicativo, lo cual denota la dificultad que entraña la determinación en los casos concretos de una alegación como engañosa²⁴⁷.

Antes de entrar en el estudio de las distintas modalidades de publicidad engañosa es necesario fijar una

²⁴⁷ Cfr. SANTAELLA LÓPEZ, M., *El nuevo Derecho de la Publicidad*, cit., p. 113.

Capítulo II.- Tipo del injusto (I): tipo objetivo

serie de observaciones de carácter general. En primer lugar, recordar tal como hemos indicado, que la publicidad, en cuanto medio dirigido a la colectividad, nos sitúa en el plano del fraude colectivo, lo cual nos pone en relación directa e inmediata con el tipo penal objeto de nuestro estudio: la estafa que recae sobre bienes de reconocida utilidad social y que afecta a múltiples perjudicados.

En segundo lugar, la doctrina y la jurisprudencia en el ámbito mercantil, en general, se refieren en todo momento al «público de los consumidores», expresión que no debe pasar inadvertida para nosotros por cuanto encierra un posicionamiento en torno al juicio de idoneidad del engaño. Efectivamente, con tal expresión se está implicando un juicio de carácter objetivo²⁴⁸; esto es, la virtualidad de una alegación para generar engaño se mide de acuerdo al criterio de un «consumidor medio», tomado en abstracto.

²⁴⁸ Sostiene FERNÁNDEZ-NOVOA, C., «La interpretación jurídica de las expresiones publicitarias», cit., pp. 44 a 47, que una de las pautas para interpretar un anuncio es el criterio del «consumidor medio» o «tipo medio de consumidor».

Capítulo II.- Tipo del injusto (I): tipo objetivo

En esa misma línea se sitúan en la doctrina penal MANZANARES SAMANIEGO²⁴⁹, MARTÍNEZ PÉREZ²⁵⁰, TAMARIT SUMALLA²⁵¹ y OCTAVIO DE TOLEDO Y UBIETO respecto del delito publicitario. Este último merece una mención expresa por cuanto destaca "la necesidad de comprobar, con más delicadeza si cabe que en otros supuestos delictivos contruidos sobre el engaño o la tendenciosidad", la objetiva idoneidad de la publicidad engañosa como medio para cometer estafa²⁵². Y es que no se acierta a comprender los motivos en virtud de los cuales exige una comprobación más delicada del juicio de idoneidad de la conducta, pues el mismo rigor debe exigirse en todo juicio que se realice, salvo que esté pensando en los supuestos que él denomina «publicidad simplemente tendenciosa» en relación a los usos -¿y abusos?- en materia publicitaria²⁵³. Precisamente, de

²⁴⁹ MANZANARES SAMANIEGO, J.L., «La tipificación del delito publicitario en el Derecho español», *Poder Judicial*, nº especial IX, Nuevas formas de delincuencia, 1988, pp. 273 y 274.

²⁵⁰ MARTÍNEZ PÉREZ, C., «La Ley General de Publicidad y el futuro delito publicitario», cit., pp. 91 y 92.

²⁵¹ TAMARIT SUMALLA, J.M., «La tutela penal de los intereses de los consumidores en la actividad publicitaria: problemas fundamentales», cit., pp. 332 y ss.

²⁵² OCTAVIO DE TOLEDO Y UBIETO, E., «Notas para un estudio de los fraudes alimentarios en Derecho Penal», cit., p. 95.

²⁵³ *Ibidem*, p. 93. De hecho, podemos comprobar como esta «deformación» ha sido una constante en el ordenamiento mercantil, tal como lo expresa FONT GALÁN, J.I., «¿Hacia un sistema jurídico mercantil de "faz completamente nueva"?...», cit., p. 395.

Capítulo II.- Tipo del injusto (I): tipo objetivo

lo que se trata, entre otras cosas, es de revisar los criterios en función de los cuales se ha estimado que esa publicidad es simplemente tendenciosa y, en consecuencia, no merecedora de un juicio de desvalor penal por ser habitual como uso mercantil. En este sentido, de cara a la protección de los consumidores desde el punto de vista penal, RUIZ VADILLO recomienda que la publicidad se someta a unas normas que impidan las lesiones a los consumidores, "pese a los convencionalismos sociales"²⁵⁴.

No cabe duda que determinadas conductas empresariales tradicionalmente consideradas como correctas comienzan a recibir un juicio crítico por parte de la doctrina, como ocurre con las promociones de productos con ofrecimientos de sorteos o primas²⁵⁵, o en el caso concreto de las promociones inmobiliarias²⁵⁶, sobre todo, en el

²⁵⁴ RUIZ VADILLO, E., «El Derecho Penal y las protección de los consumidores», *La Ley*, t. I, 1984, p. 1112, tesis a la que se adhiere LUZÓN CUESTA, J.M., *Fraudes inmobiliarios*, cit., p. 66.

²⁵⁵ Cfr. BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, A., «Significado de la ley y requisitos generales de la acción de competencia desleal», cit., pp. 26, 30 y 34.

²⁵⁶ Cfr. LUZÓN CUESTA, J.M., ult. cit., pp. 68 y ss.

Capítulo II.- Tipo del injusto (I): tipo objetivo

ámbito de la multipropiedad, objeto de especial preocupación²⁵⁷.

Por nuestra parte, ya hemos tenido ocasión de poner en tela de juicio ese criterio objetivo, con un resultado claro y preciso: el juicio de idoneidad del engaño debe ser de carácter subjetivo, atendiendo, en concreto, al consumidor engañado²⁵⁸.

Como tercera observación general, autores como el propio OCTAVIO DE TOLEDO Y UBIETO²⁵⁹ se han pronunciado a favor de estimar la agravante cuarta del artículo 10²⁶⁰, argumentando que se extiende el daño a una colectividad²⁶¹, sobre todo en estos casos de «delito masa», al margen de producir un incremento en el

²⁵⁷ Cfr. HERRERO GARCÍA, M.J., *La multipropiedad*, cit., pp. 50 y ss.; LUZÓN CÁNOVAS, A., «Publicidad y técnicas de ventas en la multipropiedad. La protección del adquirente», cit., pp. 65 y ss.; LUZÓN CUESTA, ult. cit., pp. 72 y ss. Vid. *infra* lo dicho al respecto en el apartado dedicado a las estafas inmobiliarias.

²⁵⁸ Si bien se hace necesario introducir un criterio corrector en la medida en que nos enfrentamos a un «sujeto pasivo masa».

²⁵⁹ OCTAVIO DE TOLEDO Y UBIETO, E., «Notas para un estudio de los fraudes alimentarios en Derecho Penal», cit., pp. 96 y 97.

²⁶⁰ Artículo 10: "Son circunstancias agravantes: 4ª. Realizar el delito por medio de la imprenta, radiodifusión u otro medio que facilite la publicidad".

²⁶¹ Para MIR PUIG, S., *Derecho Penal. Parte General*, cit., p. 707, el fundamento de esta agravación reside en extender el alcance del mal causado.

Capítulo II.- Tipo del injusto (I): tipo objetivo

menoscabo del bien jurídico²⁶². Sin embargo, por imperativo del principio de inherencia (artículo 59 del Código Penal), entendemos que esta agravación no puede tomarse en consideración²⁶³. Precisamente, uno de los fines de la Reforma de 1983 fue tomar en consideración el daño colectivo causado: evidentemente, la publicidad multiplica los efectos de una estafa, pero ese incremento se tiene que producir necesariamente en todos los medios comisivos de nuestro tipo penal, debido a que se exige que se afecte a múltiples perjudicados²⁶⁴.

Una cuarta y última advertencia previa es que cuando comparemos lo que es lícito o ilícito según la doctrina mercantil y penal, hay que tener muy presente que a partir de la Ley General Publicitaria se han dictado un conjunto de sentencias que evidencian un hecho de trascendental importancia para nosotros, a saber: nos enfrentamos a un «nuevo Derecho», esto es, se ha producido una más que sustancial variación entre las

²⁶² "La publicidad, a diferencia de otros medios engañosos, propicia la multiplicación de las lesiones de cada uno de los patrimonios de los sujetos inducidos a engaño por ella", afirma OCTAVIO DE TOLEDO Y UBIETO, E., ult. cit., p. 97.

²⁶³ En igual sentido, SANTAELLA LÓPEZ, M., *Introducción al Derecho de la Publicidad*, Civitas, Madrid, 1982, p. 93.

²⁶⁴ De hecho, la Sentencia de 19 de junio de 1991 (RA. 4756), no aprecia tal agravación, entre otros motivos, porque ninguna de las partes lo esgrimió.

Capítulo II.- Tipo del injusto (I): tipo objetivo

concepciones tradicionales de publicidad engañosa y las modernas que se van imponiendo, no sólo doctrinal sino también jurisprudencialmente²⁶⁵.

Pues bien, la publicidad engañosa presenta según GONZÁLEZ RUS²⁶⁶ cuatro modalidades: la exageración publicitaria, la publicidad encubierta, la de tono excluyente y la publicidad por omisión. Dado que se trata de distintos tipos con sus propias peculiaridades, haremos un estudio diferenciado de cada uno de ellos.

A) La exageración publicitaria

La exageración publicitaria es definida por LEMA DEVESA como "aquella alabanza de tono altisonante, concreta y comprobable, que posee un núcleo verdadero y que no es tomada en serio por el público"²⁶⁷.

²⁶⁵ Cfr. VICENT CHULIÀ, f., *Compendio crítico de Derecho Mercantil*, t. I, vol. 2º, 3ª edic., José Mª Bosch, Barcelona, 1991, pp. 1096 y 1097, el cual alude a la expresión «nuevo Derecho» de forma expresa.

²⁶⁶ Vid. GONZÁLEZ RUS, J.J., *Los intereses económicos de los consumidores. Protección penal*, cit., p. 210.

²⁶⁷ LEMA DEVESA, C., «La exageración publicitaria en el Derecho español», *Actas de Derecho Industrial*, t. V, 1978, p. 271. En términos similares, FERNÁNDEZ-NOVOA, C., «La sujeción de las expresiones publicitarias al principio de veracidad», *Actas de Derecho Industrial*, t. II, 1975, p. 381, si bien este autor maneja un concepto importado de la jurisprudencia alemana que niega la existencia de un contenido objetivo en la exageración publicitaria.

Capítulo II.- Tipo del injusto (I): tipo objetivo

Es el caso del comercio que afirma vender "las mejores botas del mundo".

A partir de la anterior definición, analiza los tres elementos o notas características de la exageración publicitaria, en las cuales nos vamos a detener por cuanto que son las que nos permitirán afirmar o negar la virtualidad de esta modalidad de expresión como medio idóneo para la comisión de una estafa.

La primera nota es que se trata de una alegación concreta y comprobable, lo cual quiere decir que la exageración posee un «contenido informativo» que se puede someter a un juicio de veracidad o falsedad, en la medida en que se refiere a un hecho determinado²⁶⁸. No obstante, esta característica no representa ningún obstáculo para nosotros si con él se pretende negar la idoneidad de la exageración para generar engaño en el consumidor, sobre todo teniendo en cuenta que aun cuando no fuese así -carencia de una base objetiva porque no se refiere a un hecho-, no hay obstáculo para admitir la

²⁶⁸ LEMA DEVESA, C., ult. cit., p. 271.

Capítulo II.- Tipo del injusto (I): tipo objetivo

idoneidad de un juicio de valor, en la medida en que el engaño típico puede consistir en una valoración²⁶⁹.

La segunda nota es que la exageración posee un núcleo verdadero -"en el fondo de toda exageración hay un mínimo de verdad"- que es exagerado de forma desorbitada²⁷⁰. La existencia de ese mínimo de verdad es uno de los argumentos que maneja la doctrina mercantil para negar el que la exageración publicitaria sea un

²⁶⁹ La doctrina penal mayoritaria admite la idoneidad del juicio de valor. Vid., por todos, GUTIÉRREZ FRANCÉS, M.L., *Fraude informático y estafa*, cit., pp. 344 y ss., y bibliografía allí citada.

Sin embargo, la doctrina mercantil sostiene que, debido a la carencia de un contenido comprobable, los juicios estimativos o apreciaciones subjetivas -eslógenes- no están sometidos al principio de veracidad. Vid., en este sentido, LEMA DEVESA, C., *La publicidad de tono excluyente*, cit., p. 366, el cual, no obstante, advierte que el anuncio suele contener un aspecto subjetivo que no lo convierte, necesariamente, en un juicio estimativo publicitario. Además, reconoce que en la práctica es difícil distinguir estos juicios de la publicidad de tono excluyente, toda vez que los límites entre ambas modalidades publicitarias son muy fluidos.

Por su parte, FERNÁNDEZ-NOVOA, C., «La sujeción de las expresiones publicitarias al principio de veracidad», cit., p. 376, advierte que "muchas veces, tras frases publicitarias que aparentemente ponen de manifiesto una simple opinión o apreciación, se esconden alegaciones cuya exactitud o inexactitud es objetivamente comprobable" (p. 377).

Es de advertir que el problema se plantea fundamentalmente, como bien advierte GÓMEZ BENÍTEZ, J.M., «Función y contenido del error en el tipo de estafa», cit., p. 343, cuando vienen de personas determinadas cuya opinión sí puede inducir a error a los consumidores por tratarse de opiniones calificadas, citando este autor como ejemplos al notario y al abogado, si bien en nuestro caso podemos citar otros muchos ejemplos de personalidades de reconocido prestigio en su esfera de actuación que son utilizados como «reclamo» -asistiendo hoy, por cierto, a un auténtico «boom» de este tipo de publicidad-.

²⁷⁰ LEMA DEVESA, C., «La exageración publicitaria en el Derecho español», cit., p. 272.

supuesto de publicidad engañosa²⁷¹. De lo anterior se infiere que la publicidad engañosa no puede tener ni un mínimo de verdad, lo cual es a todas luces erróneo a nuestros efectos. En sede de ejemplo²⁷², si un comerciante se limita a publicar un anuncio en el que oferta "el kilo de carne de vacuno de la mejor calidad al precio más bajo del mercado", podría sostenerse que el anuncio en sí es una mera exageración publicitaria. Efectivamente, se trata de carne de vacuno, cuyo peso por despacho es de un kilo y con un precio significativamente inferior al de mercado. Sin embargo, bajo la expresión "de la mejor calidad" puede ofertarse un producto que teniendo una alta calidad no sea de primera, dado que lo lógico es asimilar "la mejor calidad" a primera calidad, afirmación publicitaria que podría subsumirse dentro de la categoría de publicidad engañosa. Por este motivo, entendemos que esta nota no puede considerarse como criterio para desmarcar de la publicidad engañosa la exageración publicitaria y, en consecuencia, evitar que ésta pueda servir como medio idóneo para la comisión de una estafa.

²⁷¹ *Ibidem.*

²⁷² Conste que se recurre a un ejemplo simple para no entorpecer el desarrollo de la exposición, pero que no quede duda que en la práctica, en ámbitos muchos más complejos, la situación real es ciertamente alarmante, como ocurre con el fenómeno de la multipropiedad y los múltiples fraudes colectivos que se generan en torno a ella.

Capítulo II.- Tipo del injusto (I): tipo objetivo

La inferencia anterior queda corroborada si se analiza el fundamento general del juicio de desvalor que conlleva la publicidad ilícita, el ataque al principio de veracidad, el cual, como tuvimos ocasión de observar más arriba, también trae consigo la posibilidad de calificar como engañosa la publicidad que, aun cuando en términos abstractos pueda ser exacta, induzca a error a los consumidores.

Sin embargo, MARTÍNEZ PÉREZ²⁷³ rechaza la idea de incluir, dentro de una norma penal, esa publicidad que siendo exacta en un plano abstracto, pueda inducir a error a los consumidores, en la medida en que supone una construcción de «contornos amplios e imprecisos», lo cual atenta contra los principios de intervención mínima y legalidad. Esta crítica, que la hace respecto de un futuro delito publicitario, es perfectamente trasladable a la publicidad como medio comisivo de una estafa, aunque nuestra respuesta es contraria a la que propugna este autor. Y la respuesta se orienta en ese sentido por los siguientes motivos: en primer lugar, porque no se

²⁷³ MARTÍNEZ PÉREZ, C., «La Ley General de Publicidad y el futuro delito publicitario», cit., p. 90. En contra, LAMPE, E.J., «La protección jurídico-penal de la competencia económica en el Anteproyecto de Código penal español de 1983», trad. por F.A. Caballero, Barbero Santos (ed.), *La reforma penal: los delitos socio-económicos*, Servicio de Publicaciones, Facultad de Derecho, Universidad de Madrid, Madrid, 1985, pp. 378 y 379.

Capítulo II.- Tipo del injusto (I): tipo objetivo

conculca el principio de intervención mínima por cuanto la conducta tiene el suficiente desvalor como para sostener su antijuricidad; y, en segundo lugar, porque como se ha puesto de manifiesto por la doctrina, la conducta típica de la estafa "puede consistir tanto en la afirmación de hechos falsos como en la simulación o desfiguración de los verdaderos"²⁷⁴, extremo este último en el que encajan perfectamente las alegaciones a las que nos estamos refiriendo.

La tercera y última nota que define la exageración publicitaria es que no es tomada en serio por el público, siendo este otro argumento para negar su capacidad para generar el engaño típico. En concreto, se utiliza esta característica para diferenciar la exageración publicitaria de la publicidad de tono excluyente, modalidad ésta de la que no se duda en afirmar que se trata de un supuesto de publicidad engañosa. En este sentido afirma LEMA DEVESA que "aunque ambas modalidades adopten las mismas formas de expresión, van a producir distintos efectos sobre los destinatarios de los respectivos mensajes publicitarios"²⁷⁵. Sin embargo,

²⁷⁴ MUÑOZ CONDE, F., *Derecho Penal. Parte Especial*, cit., p. 276.

²⁷⁵ LEMA DEVESA, C., «En torno a la publicidad engañosa», cit., pp. 229 y 300.

sorprende el hecho de que se afirme que este tipo de alegación no es tomada en serio por el público sin ulterior argumentación, cuando el propio autor reconoce que ambas pueden adoptar las mismas formas de expresión, a lo que se suma el hecho de que, en muchas ocasiones, los consumidores son incapaces de establecer mecanismos eficaces de defensa frente a la actividad publicitaria²⁷⁶.

Si acaso, es más sorprendente el que en esa línea se encuentre la práctica totalidad de la doctrina mercantil²⁷⁷ y penal²⁷⁸: se afirma que la exageración publicitaria no es posible someterla al principio de veracidad toda vez que no es tomada en serio por el público de los consumidores, sin explicar las razones

²⁷⁶ En este sentido sostiene QUINTELA GONÇÁLVEZ, M.T., *La protección de los consumidores y usuarios y la Constitución española de 1978*, cit., p. 109, que "el consumidor se encuentra inerte frente a la acción decididamente agresiva de la publicidad".

²⁷⁷ Vid. FERNÁNDEZ-NOVOA, C., «La sujeción de las expresiones publicitarias al principio de veracidad», cit., p. 381. Parece que se aleja de ese entendimiento OTAMENDI RODRÍGUEZ-BETHENCOURT, J.J., *Competencia desleal. Análisis de la Ley 3/1991*, cit., p. 144, que reconoce la dificultad para distinguir entre la exageración publicitaria y el acto de confusión o engaño.

²⁷⁸ En el ámbito penal, MARTÍNEZ PÉREZ, C., «Consideraciones en torno a la creación de un delito relativo a la publicidad engañosa», cit., pp. 65 y 66 se adhiere a la construcción expuesta de LEMA DEVESA y, en general, de la doctrina mercantil. Por su parte, GONZÁLEZ RUS, J.J., *Los intereses económicos de los consumidores. Protección penal*, cit., p. 213, elimina los supuestos de exageración publicitaria porque es "incapaz de sorprender a cualquier persona que no esté absolutamente dispuesta a dejarse sugerir".

Capítulo II.- Tipo del injusto (I): tipo objetivo

para tal entendimiento, limitándose a establecer unas pautas generales que pueden permitir al intérprete determinar si una alegación constituye o no una exageración publicitaria. Por ello, sostenemos que este no puede ser un criterio para afirmar nada, pero tampoco para negar.

Lo que nos resulta indubitado -cuanto menos desde el Derecho Penal de un Estado democrático de Derecho- es el rechazo de argumentos tales como la necesidad de flexibilización de los criterios de sujeción de las alegaciones al principio de veracidad como recurso para enmascarar determinados abusos, y los que apuntan a razones de índole sociológico. Así, se afirma, por un lado, que la publicidad no puede ni debe sujetarse a criterios de verdad absoluta en la medida en que "el anuncio al igual que las restantes piezas del sistema de libre competencia, únicamente puede vivir dentro de una atmósfera flexible y elástica"²⁷⁹. Sin negar la necesidad de esa flexibilidad²⁸⁰, lo que pretendemos

²⁷⁹ LEMA DEVESA, C., «La exageración publicitaria en el Derecho español», cit., p. 275.

²⁸⁰ DE JESÚS SÁNCHEZ, M.G., «La publicidad engañosa como figura típica objeto de criminalización», cit., p. 314 se refiere a un "margen de tolerancia publicitaria", expresión que podría ser afortunada si no se afirmase seguidamente "o engaño en los negocios"; esto es, utiliza la conjunción no con carácter disyuntivo sino explicativo, en una suerte de admisión de «determinados (continúa...)

es, precisamente, poner en duda el criterio del sistema económico imperante y el de los usos mercantiles admitidos en el tráfico como argumentos para justificar las lesiones a los intereses de los consumidores, pues una cosa es la necesaria flexibilidad que debe existir en la actividad publicitaria, dado que de lo contrario ésta, por obvias razones, no podría existir, y otra cosa bien distinta es que al amparo de una inevitable elasticidad se cometan abusos; esto es, que bajo la apariencia de usos mercantiles se produzcan lesiones de los intereses de los consumidores, pues si algo ha caracterizado a la legislación en esta materia es, paradójicamente, una muy escasa sensibilidad hacia aquellos intereses.

En esta última línea, baste recordar con BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO²⁸¹, que el derogado Estatuto de la Publicidad nació con una finalidad precisa de protección a los consumidores, lo cual no se puso de manifiesto a lo largo de su articulado

²⁸⁰(...continuación)
engaños», cuando de lo que se trata es, precisamente, de poner en tela de juicio las alegaciones publicitarias engañosas que se vierten al amparo de la existencia de un «margen de tolerancia».

²⁸¹ BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, A., «La protección de los consumidores en el Derecho Español», cit., pp. 50 y 51. En igual sentido, GONZÁLEZ RUS, J.J., *Los intereses económicos de los consumidores. Protección penal*, cit., p. 208.

debido al "carácter claramente corporativista" del texto²⁸².

Por otro lado, se sostiene que la actitud escéptica y crítica del consumidor frente al mensaje publicitario hace que la posibilidad de que aquél se sienta atraído por la exageración publicitaria no es muy elevada²⁸³, sin que ello implique adoptar una postura benévola frente a alegaciones que constituyen verdaderos anuncios de tono excluyente. Frente a este argumento hay que destacar, primero, que se maneja el criterio del «consumidor medio español» rechazado abiertamente por nosotros y, segundo, que bajo ningún concepto se tiene la intención de ser «benévolos», aunque tampoco lo contrario²⁸⁴. En todo caso, no parece que un criterio de carácter sociológico como el apuntado sirva como base para determinar la idoneidad de un anuncio para generar engaño.

²⁸² Aunque esa nota de «corporativismo» no era exclusiva del Estatuto de la Publicidad, pues podía y puede predicarse, incluso, del propio Código de Comercio, tal como reconoce, por ejemplo, FONT GALÁN, J.I., «¿Hacia un sistema jurídico de "faz completamente nueva?...», cit., p. 395, cuestión sobre la que ya tuvimos ocasión de pronunciarnos en el Capítulo anterior.

²⁸³ Vid. LEMA DEVESA, C., «La exageración publicitaria en el Derecho español», cit., pp. 275 y 276, haciendo una comparación entre el consumidor español y el consumidor alemán.

²⁸⁴ No hay, ni por asomo, ninguna pretensión moralizante de conseguir una publicidad pura (cfr. TORÍO LÓPEZ, A., «Reflexión sobre la protección penal del consumidor», cit., p. 160).

Capítulo II.- Tipo del injusto (I): tipo objetivo

Paradójicamente, el argumento más sólido para sostener que la exageración publicitaria puede ser un supuesto de publicidad engañosa²⁸⁵ nos lo proporciona la propia doctrina mercantil²⁸⁶ cuando establece unas pautas generales para determinar la existencia de exageración en el anuncio. Así, uno de los criterios que se manejan es el sector al que pertenece el anunciante, señalando unos en los que es habitual el recurso a dichas expresiones. Sin embargo, afirman que en determinados sectores no caben bajo ningún concepto las exageraciones publicitarias o, dicho de otra manera, existen determinados sectores en los que se prohíben estas expresiones por cuanto debe aplicarse con todo rigor el principio de veracidad, teniendo en cuenta que hay todo un aparato normativo referido a la publicidad de determinados bienes o servicios²⁸⁷.

²⁸⁵ A los efectos del tipo especialmente cualificado de estafa objeto de nuestra investigación.

²⁸⁶ Cfr. FERNÁNDEZ-NOVOA, C., «La sujeción de las expresiones publicitarias al principio de veracidad», cit., p. 384; LEMA DEVESA, C., ult. cit., pp. 285 a 287.

²⁸⁷ En materia de alimentos, destaca el Real Decreto 1122/1988, de 23 de septiembre, por el que se aprueba la norma general de etiquetado, presentación y publicidad de productos envasados. Respecto de los productos farmacéuticos, existe toda una pléyade de disposiciones, resaltando la reciente Ley 14/1986, de 25 de abril, General de Sanidad, en donde se ordena a las Administraciones Públicas -artículo 27- que realicen un control sobre la publicidad y propagandas comerciales "para que se ajusten a criterios de veracidad en lo que atañe a la salud". De hecho, y de acuerdo con el artículo 102, "la publicidad de los medicamentos y productos sanitarios dirigida al público requerirá su calificación (continúa...)

Capítulo II.- Tipo del injusto (I): tipo objetivo

Pues bien, esos sectores en los que existen normas especiales y respecto de los que la doctrina exige rigor en la aplicación del principio de veracidad coinciden con el catálogo de productos de primera necesidad que la doctrina penal ha elaborado para el artículo 529.1º del Código punitivo, caso de los alimentos, las medicinas o la vivienda.

Tampoco admiten la exageración publicitaria en anuncios relativos a bienes, productos o servicios esenciales como el ahorro y el crédito, las ofertas de empleo, etc.

Pero esa especial preocupación por las conductas que tienen por objeto bienes de primera necesidad no es una novedad de la Reforma del delito de estafa, pues ya estaba presente en el Proyecto de Código Penal de 1980 y en la Propuesta de Anteproyecto de Nuevo Código Penal de 1983, precisamente, respecto del delito publicitario. Así, se agravaba la pena correspondiente a dicho delito cuando se tratase de publicidad de sustancias

287 (...continuación)
especial y autorización previa de los mensajes por la autoridad sanitaria". Y en cuanto a la vivienda, es significativa la existencia de un Real Decreto -el 515/1989, de 21 de abril- sobre protección de los consumidores en cuanto a la información a suministrar en la compra-venta y arrendamiento de viviendas.

Capítulo II.- Tipo del injusto (I): tipo objetivo

alimenticias, medicamentos, viviendas y otros bienes de primera necesidad²⁸⁸.

De todo lo anterior podemos inferir que para el Derecho de la Publicidad y para el Derecho Penal quedan sometidos -de manera tajante- al principio de veracidad aquellos anuncios relativos a bienes de reconocida utilidad social, que son, precisamente, el objeto material del tipo especialmente cualificado de estafa objeto de nuestro estudio.

Por todo ello, partiendo de la premisa ya mencionada relativa a la imposibilidad de establecer criterios apriorísticos que permitan excluir determinados tipos de alegaciones del ámbito de aplicación del principio de veracidad, podemos concluir que determinadas exageraciones publicitarias pueden ser susceptibles de generar error en los consumidores, si bien cada alegación en concreto debe someterse al juicio de idoneidad del engaño, de cara a la afirmación de la existencia de una conducta engañosa basada en un anuncio de este tipo²⁸⁹.

²⁸⁸ Párrafo segundo del artículo 342 del Proyecto de 1980 y artículo 279.2 de la Propuesta de 1983.

²⁸⁹ En el mismo sentido se expresa DE JESÚS SÁNCHEZ, M.G., «La publicidad engañosa como figura típica objeto de criminalización», cit., p. 314.

Capítulo II.- Tipo del injusto (I): tipo objetivo

Es perfectamente imaginable un supuesto en el que un empresario, representante de un producto incluíble dentro de la categoría de bienes de reconocida utilidad social, lleva a cabo una campaña publicitaria en la que, al amparo de una aparentemente inocua exageración publicitaria, consiga engañar a un número considerable de personas, causando un perjuicio dado que, en realidad, el producto ofertado no tenía la calidad por la que se pagó.

En cualquier caso, es conveniente insistir en la necesidad del análisis casuístico, pues del examen del caso concreto puede derivarse la licitud del anuncio, como lo corroboran múltiples resoluciones del extinto Jurado Central de Publicidad²⁹⁰.

B) La publicidad encubierta

Se trata de una modalidad de publicidad engañosa que tiene lugar "cuando el público no es consciente de que

²⁹⁰ Por ejemplo, la Resolución de 2 de julio de 1974 sobre el "caso Pantén" (en *Actas de Derecho Industrial*, t. II, 1975, pp. 671 y ss., con anotaciones de LEMA DEVESA), o la Resolución de 13 de noviembre de 1975 sobre el "caso Gillette II" (en *Actas de Derecho Industrial*, t. III, 1976, pp. 686 y ss., con anotaciones igualmente de LEMA DEVESA).

Capítulo II.- Tipo del injusto (I): tipo objetivo

una determinada manifestación constituye una actividad publicitaria"²⁹¹.

Es publicidad ilícita en la medida en que atenta contra el principio de autenticidad²⁹² y, en concreto, su calificación como engañosa viene dada porque disfraza el mensaje publicitario a través de juicios valorativos y afirmaciones propias de la actividad informativa o, dicho de otra forma, "se presenta a los ojos de los consumidores como una información objetiva que oculta la opinión subjetiva de un empresario que alaba sus mercancías"²⁹³, de suerte que el consumidor le otorga un mayor valor en cuanto opinión objetiva e imparcial.

No obstante, no toda información que haga referencia a un producto o servicio debe considerarse como publicidad encubierta, por cuanto es posible que en aras de una óptima información se mencione un producto o servicio. En cualquier caso,

²⁹¹ FERNÁNDEZ-NOVOA, C., «La publicidad encubierta», *Actas de Derecho Industrial*, t. III, 1976, p. 375.

²⁹² Dicho principio se encontraba consagrado en el artículo 9 del Estatuto de la Publicidad y ahora en el artículo 11 de la Ley General de Publicidad: "Los medios de difusión deslindarán perceptiblemente las afirmaciones efectuadas dentro de su función informativa de las que hagan como simples vehículos de publicidad. Los anunciantes deberán asimismo desvelar inequívocamente el carácter publicitario de sus anuncios".

²⁹³ FERNÁNDEZ-NOVOA, C., *ult. cit.*, p. 380.

Capítulo II.- Tipo del injusto (I): tipo objetivo

la propia doctrina mercantil se ha encargado de establecer unos criterios generales que sirven como pautas para la delimitación entre la publicidad encubierta y la mención informativa de un producto o servicio²⁹⁴.

Delimitada la figura en los términos expuestos, no cabe duda que la publicidad encubierta es susceptible de engañar al consumidor, en la medida en que éste, creyendo que ha recibido una información objetiva e imparcial positiva, adquiere el producto, cuando en realidad fue guiado de forma engañosa hacia dicha adquisición²⁹⁵.

²⁹⁴ Según FERNÁNDEZ-NOVOA, C., ult. cit., pp. 383 a 385, los requisitos que deben concurrir, con carácter general, en una alegación para que pueda calificarse como mención informativa de un producto o servicio son los siguientes: 1º. La mención tiene que tener una justificación, que suele ser "la necesidad o conveniencia de ilustrar y orientar a los lectores de la publicación en su condición de consumidores"; 2º. Debe conservar en todo momento su carácter informativo, lo cual implica, entre otras cosas, que no se resalte de manera excesiva el producto o servicio; 3º. No puede recibirse retribución por la mención, criterio que debe manejarse con cierta flexibilidad, en la medida en que puede producirse un supuesto de publicidad encubierta sin percibir retribución alguna.

²⁹⁵ Siendo rigurosos tendríamos que hablar de consumidores en plural, pues no debemos olvidar que el objeto de nuestra investigación es el tipo especialmente cualificado de estafa, caracterizado, en lo que ahora nos interesa, por tener un sujeto pasivo masa.

C) La publicidad de tono excluyente

La publicidad de tono excluyente es aquella en la que el empresario anunciante afirma que ocupa una posición preeminente en un determinado sector del mercado, y puede ser definida como "toda afirmación no exagerada y objetivamente comprobable que en una parte no irrelevante de los círculos de los consumidores interesados suscita la impresión de que la empresa, mercancía o servicio anunciados ocupan una posición singular que no es alcanzada por ningún competidor, o, en su caso, por un círculo limitado de competidores"²⁹⁶. En realidad, se trata de una definición descriptiva, esto es, aglutinadora de las diferentes notas características de esta modalidad de publicidad engañosa.

El juicio negativo que merece la publicidad de tono excluyente viene dado porque es susceptible de engañar al consumidor sobre la importancia de la empresa que, basándose en esa posición, adquiere el producto o contrata el servicio, cuando en realidad no ocupa tal

²⁹⁶ FERNÁNDEZ-NOVOA, C., «El artículo determinado como modalidad de la publicidad de tono excluyente», *Actas de Derecho Industrial*, t. III, 1976, pp. 353 y 354, citando a ESSER, *Die rechtlichen Grenzen der Alleinstellungswerbung*, tesis doctoral, Colonia, 1962, p. 46.

Capítulo II.- Tipo del injusto (I): tipo objetivo

posición²⁹⁷. En definitiva, porque atenta contra el principio de veracidad²⁹⁸.

Así, la publicidad de tono excluyente es un medio idóneo para provocar un perjuicio por alteración de la calidad de un bien, v. gr., al atribuírsele una posición en el mercado aparentando que tal posición se tiene debido a la calidad del producto.

No obstante, y la igual que la publicidad encubierta, no todo anuncio en el que se aparente o se haga referencia a una posición preeminente en el mercado debe considerarse como publicidad de tono excluyente, pues existen otros tipos de alegaciones que guardan semejanza con este última pero que no tienen la consideración de publicidad engañosa, caso de la autocomparación²⁹⁹.

²⁹⁷ En expresión de FERNÁNDEZ-NOVOA, C., ult. cit., p. 350, "el público creará fundadamente que no existe ningún producto que pueda sustituir al anunciado".

²⁹⁸ Todo ello, al margen de las consideraciones hechas al principio sobre la posición de LEMA DEVESA en torno a la publicidad de tono excluyente y el delito de estafa.

²⁹⁹ "La autocomparación publicitaria se distingue de la publicidad de tono excluyente en que no proclama la superioridad de la empresa, producto o servicio anunciados sobre las empresas, productos o servicios de los competidores" (en LEMA DEVESA, C., *La publicidad de tono excluyente*, cit., p. 415). En sede de ejemplo, lo que caracteriza a la autocomparación es que el empresario exalta un producto o servicio de reciente fabricación frente a otro que ya no fabrica, advirtiendo sobre los avances o ventajas del nuevo.

Capítulo II.- Tipo del injusto (I): tipo objetivo

D) La publicidad engañosa por omisión

A ella se refiere GONZÁLEZ RUS indicando que es aquella "que silencia determinados extremos sobre el producto o servicio anunciado, que provocan una falsa idea en el consumidor o le crean expectativas razonables que los mismos no pueden satisfacer"³⁰⁰.

El reconocimiento de esta modalidad de publicidad engañosa se halla tanto a nivel legislativo³⁰¹ como en la doctrina mercantil³⁰².

Ahora bien, no toda omisión implica su calificación como publicidad engañosa, pues del contenido de la Ley General de Publicidad LEMA DEVESA extrae dos requisitos: en primer lugar, la omisión debe referirse a datos fundamentales, de suerte que no cabe afirmar la existencia de publicidad engañosa cuando los datos que se

³⁰⁰ GONZÁLEZ RUS, J.J., *Los intereses económicos de los consumidores. Protección penal*, cit., p. 210.

³⁰¹ Artículo 4 párrafo segundo de la Ley General Publicitaria: "Es asimismo engañosa la publicidad que silencie datos fundamentales de los bienes, actividades o servicios cuando dicha omisión induzca a error a los consumidores".

El artículo 7 de la Ley de Competencia Desleal ya transcrito incluye como actos de engaño la omisión de las indicaciones verdaderas.

³⁰² Cfr. BAYLOS CORROZA, H., *Tratado de Derecho Industrial*, cit., p. 354; LEMA DEVESA, C., «En torno a la publicidad engañosa», cit., p. 300.

Capítulo II.- Tipo del injusto (I): tipo objetivo

silencian son accidentales; en segundo lugar, se establece una excepción en materia de error, pues si la regla general es que sólo es preciso que el anuncio publicitario sea susceptible de inducir a error, respecto de la publicidad engañosa por omisión se exige que ésta induzca efectivamente a error³⁰³.

Si no existe ninguna duda respecto del primero de los requisitos³⁰⁴, sí la hay respecto del segundo, pues la expresión contenida en el párrafo segundo del artículo 4 "cuando dicha omisión induzca a error" a conducido a LEMA DEVESA a sostener que es necesario que la omisión genere error de forma efectiva. Sin duda, este entendimiento se debe a una interpretación literal de carácter comparativo entre el párrafo primero -"induce o puede inducir a error"- y el párrafo segundo ya transcrito. Pero, al igual que en el tipo de estafa, de dicha expresión no se puede inferir que se esté exigiendo

³⁰³ Cfr. LEMA DEVESA, C., «La publicidad desleal: modalidades y problemas», cit., p. 6139.

³⁰⁴ Cfr., respecto del delito publicitario, TAMARIT SUMALLA, J.M., «La tutela penal de los intereses de los consumidores en la actividad publicitaria: problemas fundamentales», pp. 339 y 340.

Capítulo II.- Tipo del injusto (I): tipo objetivo

un estado efectivo de error; su función es delimitar las conductas prohibidas³⁰⁵.

Trasladando estas reflexiones a nuestro ámbito de estudio, se trata de determinar si el silencio tiene o no virtualidad a nuestros efectos, advirtiéndose de entrada que la relevancia de las conductas omisivas es un problema que se plantea con carácter general en la estafa, motivo por el cual no puede evitarse el tener que determinar, en primer lugar, la admisibilidad de la conducta omisiva.

Ante todo, hay que excluir los silencios cuando forman parte de un comportamiento externo concluyente, que no deben presentar problemas dogmáticos en la estafa, pues, dada su configuración, deben ser tratados como comportamientos activos y, como toda conducta, someterlos

³⁰⁵ Este criterio también lo utiliza expresamente el Tratado de Roma en materia de prácticas colusorias y de abuso de posición dominante, estableciendo la prohibición de dichos actos en la medida en que pueden ser susceptibles de generar un resultado lesivo; esto es, no exigiendo que se produzca una efectiva lesión. Así, el artículo 85 comienza afirmando que "serán incompatibles con el mercado común y quedarán prohibidos todos los acuerdos entre empresas, las decisiones de asociaciones de empresas y las prácticas concertadas que puedan afectar al comercio entre los Estados miembros y que tengan por objeto o efecto impedir, restringir o falsear el juego de la competencia dentro del mercado común..."; y el artículo 86 señala que "será incompatible con el mercado común y quedará prohibida, en la medida en que pueda afectar al comercio entre los estados miembros, la explotación abusiva, por parte de una o más empresas, de una posición dominante en el mercado común o en una parte sustancial del mismo".

Capítulo II.- Tipo del injusto (I): tipo objetivo

al juicio de idoneidad de la misma -es decir, determinar si esa conducta puede considerarse bastante e inductora del resultado-.

Por otro lado, dado que el tipo contiene un comportamiento activo, tenemos que situarnos en el ámbito de la comisión por omisión. Pues bien, la admisión de las conductas omisivas en la estafa es una cuestión muy discutida, no existiendo, por lo tanto, una doctrina pacífica al respecto. Además, hay un dato que no puede pasar inadvertido, y es que todos aquellos autores que se han detenido a estudiar en profundidad este tema, terminan por negar la posibilidad de comisión por omisión en la estafa. Dado que escapa en mucho a nuestras pretensiones, no podemos entrar en dicho análisis con la profundidad que sería exigible para un pronunciamiento en el tema, razón por la que, de entrada, el sentido de la prudencia invita a no admitir aquella posibilidad³⁰⁶. Consecuencia de lo anterior, detenemos aquí el estudio en lo que concierne a la publicidad por omisión.

³⁰⁶ Vid., por todos, GUTIÉRREZ FRANCÉS, M.L., *Fraude informático y estafa*, cit., pp. 392 y ss. (fundamentalmente, pp. 400 a 404), y la bibliografía allí citada. Sobre la omisión en general, vid. SILVA SÁNCHEZ, J.M., *El delito de omisión. Concepto y sistema*, Bosch, Barcelona, 1986.

E) Conclusión

Como hemos podido acreditar, la publicidad engañosa puede ser un medio idóneo para la comisión de una estafa, de suerte que cuando dicha modalidad de publicidad ilícita sea utilizada como medio para defraudar existe una respuesta penal adecuada. Por este motivo, no coincidimos con MARTÍNEZ PÉREZ cuando afirma que no existe en el Código Penal una norma para castigar la publicidad engañosa³⁰⁷. Es decir, al margen de la consideración de incluir o no en el Código Penal un delito publicitario³⁰⁸, lo cierto es que existe una norma penal que permite reprimir este tipo de publicidad respecto de determinadas conductas³⁰⁹, teniendo en cuenta que, a la vista de la importancia que ha cobrado hoy la actividad publicitaria, no se trata, ni mucho menos, de supuestos aislados³¹⁰. Así lo entiende

³⁰⁷ Vid. MARTÍNEZ PÉREZ, C., «Repercusión penal del artículo 8.3 de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios», *Actas de Derecho Industrial*, t. IX, 1983, p. 493.

³⁰⁸ No se entra a juzgar la necesidad de que se tipifique el denominado «delito publicitario».

³⁰⁹ Sostiene este criterio, destacando incluso los números 1 y 8 del artículo 529, NAVARRO SANCHÍS, F.J., «Protección al consumidor en el código Penal vigente», *Poder Judicial*, nº especial IX, Nuevas formas de delincuencia, 1988, pp. 320 y 321.

³¹⁰ como señala BERMEJO VERA, J., «Aspectos jurídicos de la protección del consumidor», cit., p. 273, "las formas contemporáneas de «venta agresiva» por parte de algunas empresas han logrado que la gravedad aumente cuando existe una defraudación plural".

Capítulo II.- Tipo del injusto (I): tipo objetivo

igualmente el Tribunal Supremo cuando afirma que "la publicidad por falsa, desproporcionada o desleal puede conculcar preceptos concretos del Código Penal"³¹¹.

Es de advertir a modo de conclusión que se ha evitado desde un principio la tentación de acudir a argumentos silogísticos que hubiesen evitado esta larga exposición, pero a costa de falta de rigor y solidez, como mínimo. Ese argumento cornuto podría haberse planteado en los siguientes términos: dado que el artículo 8.3 de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios califica la publicidad engañosa como fraude³¹², y dado que la expresión fraude puede conllevar las notas características de la estafa -engaño, perjuicio e intencionalidad-³¹³, podría inferirse que la publicidad engañosa puede ser constitutiva de estafa³¹⁴.

³¹¹ Sentencia de 19 de junio de 1991 (RA. 4756).

³¹² Cfr. QUINTELA GONÇALVEZ, M.T., *La protección de los consumidores y usuarios y la Constitución española de 1978*, cit., pp. 109 y 110.

³¹³ Cfr. PÉREZ ÁLVAREZ, F., *Protección penal del consumidor. Salud pública y alimentación*, cit., p. 86.

³¹⁴ Esquemáticamente: Publicidad engañosa = Fraude,, Fraude = Estafa,, Publicidad engañosa = Estafa.

Capítulo II.- Tipo del injusto (I): tipo objetivo

2.2.4.4.5) Otras modalidades de publicidad ilícita

Cabe preguntarse, en fin, si otras formas de publicidad ilícita también pueden ser medios idóneos para defraudar a los consumidores, caso de la publicidad desleal o de la publicidad subliminal, cuestión que, en principio, debe resolverse afirmativamente.

El Jurado Central de Publicidad ya se había pronunciado sobre este tema³¹⁵, en concreto, sobre un supuesto de publicidad desleal caracterizado por la realización de una campaña publicitaria basada en el descrédito de los competidores, a la vez que generaba confusión entre los consumidores. En este sentido, se hace preciso recordar que, tal como manifestamos al principio, la tutela de los consumidores y usuarios frente a la actividad publicitaria no sólo debe pretenderse exigiendo la verdad en las alegaciones, sino también rechazando toda publicidad deformada que pueda inducir a error a aquéllos.

Así mismo, hay que tener en cuenta la existencia de publicidad subliminal, definida en la Ley General de

³¹⁵ Resolución de 10 de diciembre de 1975 comentada por BANDO CASADO, H.C., *Planteamientos básicos sobre la defensa del consumidor*, cit., pp. 89 y 90.

Capítulo II.- Tipo del injusto (I): tipo objetivo

Publicidad, artículo 7, como "la que mediante técnicas de producción de estímulos de intensidades fronterizas con los umbrales de los sentidos o análogas, puede actuar sobre el público destinatario sin ser conscientemente percibida", y que puede ser perfectamente utilizada con fines defraudatorios³¹⁶.

2.3) RESULTADOS TÍPICAMENTE ANTIJURÍDICOS

2.3.1) Introducción

A modo de introducción hay que poner de manifiesto tres cuestiones de primer orden. En primer lugar, conviene recordar que estamos ante un tipo cualificado no autónomo, de forma que deben concurrir todos los elementos del tipo básico³¹⁷. Este tipo básico le hemos construido en torno a una conducta -el engaño bastante e inductor, idóneo en definitiva- y un resultado -el acto de disposición perjudicial-³¹⁸, de suerte que el acto de disposición y el perjuicio no son dos elementos

³¹⁶ Cfr. TAMARIT SUMALLA, J.M., «La tutela penal de los intereses de los consumidores en la actividad publicitaria: problemas fundamentales», cit., pp. 344 y 345.

³¹⁷ Vid. *supra* nota 112 del Capítulo I.

³¹⁸ Vid. *supra* nota 74.

distintos³¹⁹. Frente a la conducta engañosa se encuentra el acto de disposición patrimonial lesivo como resultado, y el perjuicio no es más que la nota que caracteriza a la disposición realizada por el engañado, o si se prefiere, como observa GUTIÉRREZ FRANCÉS, "es consustancial al acto de disposición relevante a los efectos del delito de estafa, su carácter lesivo o perjudicial para el patrimonio"³²⁰.

No obstante, como advierte la citada autora, el estudio diferenciado del acto de disposición y del perjuicio reporta ciertas ventajas: de un lado, se pone de manifiesto que acto de disposición y perjuicio no tienen que coincidir necesariamente en el tiempo. Y, de otro lado, resalta la necesaria

³¹⁹ En sentido contrario se manifiesta la doctrina absolutamente mayoritaria. Vid., entre otros, ANTÓN ONECA, J., «Las estafas y otros engaños», cit., pp. 10 y ss.; BAJO FERNÁNDEZ, M., «El delito de estafa», cit., pp. 1170 y ss.; GONZÁLEZ RUS, J.J., *Manual de Derecho Penal. Parte Especial*, cit., pp. 194 y ss.; ROMERO BARRANQUERO, G., *Los elementos del tipo de estafa*, cit., pp. 191 y ss.; VALLE MUÑIZ, J.M., *El delito de estafa*, cit., pp. 203 y ss. En la doctrina italiana vid. MANTOVANI, F., *Diritto Penale. Parte Speciale*, cit., pp. 160 y ss.; ZANNOTTI, R., *La truffa*, cit., p. 12.

³²⁰ GUTIÉRREZ FRANCÉS, M.L., *Fraude informático y estafa*, cit., p. 441, autora a la que remitimos para un estudio exhaustivo de esta construcción (pp. 284 y ss.; fundamentalmente, pp. 433 y ss.). En esta línea parece que hay que situar igualmente a CRAMER, *Strafgesetzbuch Kommentar*, de SCHÖNKE-SCHRÖDER, 22 Aufl., München, 1985, parágr. 263, nº 141 a), citado por VALLE MUNIZ, J.M., *El delito de estafa*, cit., p. 230, cuando afirma que "sólo constituye perjuicio por fraude lo que ya aparece al consumarse el acto de disposición como perjuicio patrimonial".

Capítulo II.- Tipo del injusto (I): tipo objetivo

intervención de la víctima del engaño en el desarrollo del delito³²¹.

Efectivamente, como segunda cuestión es de destacar una característica esencial del tipo de estafa a la que se han referido la mayoría de los autores, cual es la «necesaria colaboración» de la víctima del engaño. A diferencia de la generalidad de los delitos de apoderamiento³²², en la estafa "no se sustrae la cosa contra o sin su voluntad [la de la víctima], sino mediante un acto voluntario de entrega"³²³, aunque, obviamente, esa voluntad se encuentra viciada³²⁴.

Como última cuestión preliminar, parece conveniente destacar los puntos fundamentales en torno a los cuales se desarrolla esta parte de la investigación. Como se

³²¹ *Ibidem*, p. 434. Se suma a esta construcción alternativa SERRANO-PIEDecasas FERNÁNDEZ, J.R., *La estafa en el contrato de seguro*, cit., pp. 144 y ss.

³²² Casi todos esos autores (v. gr. MUÑOZ CONDE, F., *Derecho Penal. Parte Especial*, cit., p. 279) y la jurisprudencia [caso de las Sentencias del Tribunal Supremo de 16 de julio de 1990 (RA. 6726) y 24 marzo de 1992 (RA. 2435)] utilizan este criterio para distinguir la estafa de los delitos de apoderamiento, aunque es puesto en tela de juicio por BUSTOS RAMÍREZ, J., *Manual de Derecho Penal. Parte Especial*, 1ª edic., cit., p. 228, sin que por ello niegue ese papel colaborador del engañado.

³²³ QUINTANO RIPOLLÉS, A., *Tratado de la Parte Especial del Derecho Penal*, t. II, cit., pp. 640 y 641.

³²⁴ Destaca este aspecto del vicio en la voluntad de la víctima ANTOLISEI, F., *Manuale di Diritto Penale. Parte Speciale*, cit., p. 298.

Capítulo II.- Tipo del injusto (I): tipo objetivo

acaba de advertir, aun cuando entendamos que el resultado no viene conformado por dos elementos distintos -el acto de disposición y el perjuicio-, razones didácticas aconsejan el estudio diferenciado, motivo por el cual se examina primero los actos de disposición que llevan a cabo los sujetos³²⁵, y después, dado que el tipo especialmente cualificado es un delito pluriofensivo, los resultados, empezando por el resultado patrimonial y acabando por la afectación de la seguridad del tráfico económico-jurídico.

En cuanto al perjuicio patrimonial, tal como resolvimos en su momento³²⁶, el tipo objeto de nuestro estudio lo define expresamente, en el sentido de que éste tiene lugar porque se alteran determinadas cualidades del objeto material -los bienes de reconocida utilidad social-, momento que se aprovecha para estudiar dichas cualidades. Ahora bien, la disposición que realizan los sujetos tiene lugar en el seno de una relación contractual, por lo que la identificación del perjuicio patrimonial hay que situarla en dicho ámbito, analizando

³²⁵ Hablamos en plural porque estamos ante un tipo especialmente cualificado de estafa caracterizado, en lo que ahora nos interesa, por la presencia de múltiples perjudicados; dicho de otra forma, nos encontramos frente a un «delito masa» o delito con «sujeto pasivo masa» (artículo 529.8º).

³²⁶ Vid. *supra* apartado 2.2.2.3).

Capítulo II.- Tipo del injusto (I): tipo objetivo

los diversos problemas que se plantean en su seno, caso de los fraudes colectivos donde no existe contraprestación. Por último, se procede a concretar el resultado patrimonial en diversos campos -inmobiliario, alimentario y en el ámbito de los seguros-, como sectores característicos de las estafas colectivas.

Una vez determinado el resultado patrimonial, debe ser objeto de estudio la conformación del resultado en relación a la seguridad del tráfico económico-jurídico; en concreto, la cuestión a resolver es si puede o debe constatarse la lesión del mismo, o hay que acudir a la técnica de los delitos de peligro.

Tras la determinación del momento resultativo, la consumación y los tipos de imperfecta ejecución, este epígrafe culmina con el análisis del número 7º del artículo 529 como principal elemento accidental del tipo objetivo.

2.3.2) Actos de disposición perjudiciales. La alteración de la sustancia, cantidad o cantidad del bien de reconocida utilidad social como forma del perjuicio

2.3.2.1) Actos de disposición

Ante todo, se hace necesario señalar que no vamos a entrar en la discusión sobre la significación del acto de disposición desde la perspectiva penal, dado que parece que estamos ante un debate agotado, donde hoy reina el más absoluto consenso. Así, parece a todas luces evidente que la configuración penal del acto de disposición no se corresponde en absoluto con la manejada en el ámbito civil pues, de mantener esta última acepción, afirma VALLE MUÑIZ, "se reduciría notablemente el número de conductas fraudulentas criminalizables a título de estafa", reducción que carecería de todo fundamento atendiendo a los intereses tutelados por la norma penal³²⁷.

³²⁷ VALLE MUÑIZ, J.M., *El delito de estafa*, cit., p. 211, en donde analiza el acto de disposición en el Derecho Civil (pp. 210 a 213). No obstante, no cabe duda que, desde la perspectiva civilista, donde mejor se puede proceder al análisis del acto de disposición es en el ámbito de la «comunidad de bienes», dados los múltiples problemas que se plantean en él (vid., por todos, BELTRÁN DE HEREDIA CASTAÑO, J., *La comunidad de bienes en Derecho español*, Edersa, Madrid, 1954, pp. 261 y ss.).

Otra línea argumental la aporta OLIVA GARCÍA, H., *La estafa procesal*, cit., p. 369, afirmando que no coincide el concepto civil y penal de disposición patrimonial debido a que en el primero de ellos no se tiene en cuenta el correlativo provecho para otra
(continúa...)

Capítulo II.- Tipo del injusto (I): tipo objetivo

Es de advertir que a este resultado llegan todos los autores a partir de la declaración de autonomía del Derecho Penal frente al Derecho Civil, declaración que en unos casos es expresa y en otros implícita. De hecho, el autor precitado³²⁸ toma como punto de partida esa declaración de autonomía a la que nos hemos referido, para posteriormente aludir a los fines político-criminales que inspiran la norma penal, criterio, por otro lado, que nos recuerda a ANTÓN ONECA cuando analiza el concepto de patrimonio³²⁹.

En orden a la delimitación del acto de disposición en el tipo penal objeto de nuestra investigación, de antemano hay que advertir igualmente que no nos vamos a encontrar con ningún tipo de sorpresa, en el sentido de que no acertamos a identificar complejidad o dificultad

327 (...continuación)
persona. En esta línea sostiene que "en el derecho privado basta la simple renuncia de un derecho, mientras que en la estafa penal esa renuncia debe ser aprovechada por alguien", cuestión esta sobre la que se han manifestado expresamente algunos autores, caso de VIVES ANTÓN, T.S. en VIVES ANTÓN, T.S. y otros, *Derecho Penal. Parte Especial*, cit., p. 921, destacando que siempre tiene que haber "una atribución de bienes, derechos, servicios, etc."

328 VALLE MUÑIZ, J.M., ult. cit., p. 211.

329 ANTÓN ONECA, J., «Las estafas y otros engaños», cit., p. 12: "Pero el Derecho Penal tiene en este punto cierta autonomía y, por exigencias de los fines por él servidos, se ve forzado a modificar los contornos de las instituciones privatistas penalmente protegidas".

Capítulo II.- Tipo del injusto (I): tipo objetivo

alguna más allá de las notas que caracterizan la disposición patrimonial en este caso. Así, en cuanto a las formas que puede revestir el acto de disposición de cada perjudicado, siempre nos encontraremos con una forma activa, en la medida en que el supuesto normal es aquel en el que se entrega dinero como pago por el bien que se quiere adquirir³³⁰.

En relación al sujeto, también la doctrina ha sido siempre unánime³³¹, así como la jurisprudencia³³², a la hora de afirmar que el disponente tiene que ser el propio sujeto previamente engañado. Respecto a su capacidad, tampoco se plantea ningún problema, pues,

³³⁰ No obstante, admitimos junto con la doctrina mayoritaria la posibilidad de existencia de comportamientos pasivos o de tolerancia. Vid., entre otros, ELGUERO MERINO, J.M., *La estafa de seguro*, cit., p. 39; GUTIÉRREZ FRANCÉS, M.L., *Fraude informático y estafa*, cit., pp. 437 y 438; ROMEO CASABONA, C.M., *Poder informático y seguridad jurídica*, cit., p. 68; ROMERO BARRANQUERO, G., *Los elementos del tipo de estafa*, cit., p. 193; VALLE MUÑIZ, J.M., *El delito de estafa*, cit., pp. 215 y ss. En contra, negando la forma omisiva, GONZÁLEZ RUS, J.J., *Los intereses económicos de los consumidores. Protección penal*, cit., p. 295, basándose en "la nueva fórmula legal y la exigencia de que se «realice» un acto de disposición".

En la doctrina italiana se admite tanto el comportamiento activo como omisivo (vid., por todos, CORTESE, G., *La struttura della truffa*, Eugenio Jovene, Napoli, 1968, p. 196).

³³¹ Vid. ANTÓN ONECA, J., «Las estafas y otros engaños», cit., p. 10; OLIVA GARCÍA, H., *La estafa procesal*, cit., p. 369.

³³² Sentencias del Tribunal Supremo de 16 de julio de 1990 (RA. 6726), 24 de marzo de 1992 (RA. 2435), 18 de mayo de 1993 (RA. 4172) y 26 de mayo de 1994 (RA. 4053).

Capítulo II.- Tipo del injusto (I): tipo objetivo

dicho en términos sencillos, cada consumidor paga con su dinero³³³, con lo que perjudicado es también él mismo.

No es pensable el supuesto en que pueda resultar perjudicada una entidad bancaria a resultas de un préstamo concedido al perjudicado, por ejemplo, pues del crédito responde, ante todo, la persona beneficiada.

En otro orden de cosas, el acto de disposición tiene por objeto normalmente un bien ultrafungible como es el dinero³³⁴. Esto es, cada sujeto entrega una cantidad de

³³³ En cualquier caso, nos mostramos conformes con los autores que sostienen que no es necesario un poder jurídicamente reconocido, bastando la existencia de una relación de hecho, siempre que el objeto sea una cosa. Vid., en este sentido, el estudio sobre la «estafa en triángulo» realizado por GUTIÉRREZ FRANCÉS, M.L., ult. cit., pp. 515 y ss., y la bibliografía allí citada.

Cuando el objeto sea un derecho, afirma acertadamente BACIGALUPO ZAPATER, E., «Estafa y abuso de crédito», cit., p. 1001, en estos casos la disposición "solamente es pensable en función de un poder de disposición jurídicamente acordado", pues como él mismo sostiene "disponer de un patrimonio presupone que alguien tiene en sus manos determinar un incremento o una disminución del mismo" (p. 1002), supuesto que no tendría lugar respecto de un derecho si sólo se tiene una mera relación fáctica. En igual sentido, ROMERO BARRANQUERO, G., *Los elementos del tipo de estafa*, cit., p. 208.

Sin embargo, parece que el criterio mayoritario es aquel que exige una especial relación jurídica (vid., en la doctrina española, QUINTANO RIPOLLÉS, A., *Tratado de la Parte Especial del Derecho Penal*, t. II, cit., pp. 593 y 594; y en la doctrina italiana, PEDRAZZI, C., *Inganno ed errore nei delitti contro il patrimonio*, cit., pp. 92 y ss.).

³³⁴ Vid. un análisis de este bien en DE LA MATA BARRANCO, N., *Tutela penal de la propiedad y delitos de apropiación* (el dinero como objeto material de los delitos de hurto y apropiación indebida), FPU, Barcelona, 1994, pp. 205 y ss.

En general, hay unanimidad asimismo respecto del objeto de la disposición patrimonial, aceptándose cualquier elemento integrante
(continúa...)

Capítulo II.- Tipo del injusto (I): tipo objetivo

dinero a cambio de la obtención de un bien de reconocida utilidad social.

En cuanto a la exigencia de que el acto de disposición se realice de forma consciente, la opinión mayoritaria se inclina por aceptar las disposiciones efectuadas de forma inconsciente³³⁵. De cualquier forma, como apunta ANTÓN ONECA³³⁶, la regla general es que las disposiciones son realizadas conscientemente, tal como sucede en nuestro caso. Los sujetos quieren adquirir un determinado bien, motivo por el cual deben llevar a cabo un acto de disposición, la entrega del dinero. Ahora

334 (...continuación)

del patrimonio. Vid., entre otros, BUSTOS RAMÍREZ, J., *Manual de Derecho Penal. Parte Especial*, 1ª edic., cit., p. 228; BAJO FERNÁNDEZ, M., PÉREZ MANZANO, M. en BAJO FERNÁNDEZ, M. y otros, *Manual de Derecho Penal. Parte Especial*, cit., p. 284; GONZÁLEZ RUS, J.J., *Manual de Derecho Penal. Parte Especial*, cit., pp. 209 y 210; GUTIÉRREZ FRANCÉS, M.L., ult. cit., pp. 438 y 439; MUÑOZ CONDE, F., *Derecho Penal. Parte Especial*, cit., p. 279; QUERALT JIMÉNEZ, J.J., *Derecho Penal español. Parte Especial*, cit., p. 303; SERRANO-PIEDRECASAS FERNÁNDEZ, J.R., *La estafa en el contrato de seguro*, cit., p. 145; VIVES ANTÓN, T.S. en VIVES ANTÓN, T.S. y otros, *Derecho Penal. Parte Especial*, cit., p. 921.

335 Cfr. ANTÓN ONECA, J., «Las estafas y otros engaños», cit., p. 10; ARROYO ZAPATERO, L., *Delitos contra la Hacienda Pública en materia de subvenciones*, cit., p. 63, nota 140; ELGUERO MERINO, J.M., *La estafa de seguro*, cit., p. 40; GUTIÉRREZ FRANCÉS, M.L., *Fraude informático y estafa*, cit., pp. 493 y 494; ROMEO CASABONA, C.M., *Poder informático y seguridad jurídica*, cit., p. 68; VALLE MUÑIZ, J.M., *El delito de estafa*, cit., p. 216; VIVES ANTÓN, T.S. en VIVES ANTÓN, T.S. y otros, *Derecho Penal. Parte Especial*, cit., p. 922. En contra, GONZÁLEZ RUS, J.J., *Los intereses económicos de los consumidores. Protección penal*, cit., p. 296.

336 ANTÓN ONECA, J., ult. cit., p. 10.

Capítulo II.- Tipo del injusto (I): tipo objetivo

bien, coincidimos con VALLE MUÑIZ³³⁷ cuando matiza que lo que no suele ser corriente es que haya conciencia de las verdaderas consecuencias de dicho acto, ni puede ser exigible. Cuando aquellos consumidores entregan el dinero en pago del bien a comprar, esperan que la otra parte cumpla con su obligación, que satisfaga la contraprestación a que viene obligado.

Esto último trae a colación otro aspecto importante de la delimitación del acto de disposición penal y que cobra especial relevancia en nuestro tipo muy cualificado, cual es el relativo a la identificación del acto de disposición con un negocio jurídico, teniendo en cuenta que hoy la doctrina se muestra pacífica en este punto, no exigiendo aquella identificación³³⁸. De esta forma, el acto de disposición puede consistir en una declaración de voluntad o se puede circunscribir dentro de un negocio jurídico. Sin embargo, en nuestro caso lo normal es que la disposición que realiza cada sujeto

³³⁷ VALLE MUÑIZ, J.M., ult. cit., p. 216, siguiendo a MARINI, G., *Profili della truffa nell'ordinamento penale italiano*, cit., pp. 164 y 165.

³³⁸ Vid., entre otros, BAJO FERNÁNDEZ, M., «El delito de estafa», cit., p. 1170; BUSTOS RAMÍREZ, J., *Manual de Derecho Penal. Parte Especial*, 1ª edic., cit., p. 228; GUTIÉRREZ FRANCÉS, M.L., *Fraude informático y estafa*, cit., p. 439; ROMEO CASABONA, C.M., *Poder informático y seguridad jurídica*, cit., p. 68; VIVES ANTÓN, T.S. en VIVES ANTÓN, T.S. y otros, *Derecho Penal. Parte Especial*, cit., p. 921.

Capítulo II.- Tipo del injusto (I): tipo objetivo

tiene lugar en el seno de un negocio jurídico bilateral, en el sentido de existencia de prestaciones y contraprestaciones recíprocas: el sujeto paga por la adquisición de un bien³³⁹, hecho que queda acreditado en prácticamente todas las sentencias citadas a lo largo de la investigación.

Destaca QUINTANO RIPOLLÉS³⁴⁰ la enorme vinculación existente cada vez más entre las defraudaciones y el mundo negocial, encontrándonos con estafas cuyos sustratos son negocios con apariencia de licitud civil o mercantil, cuestión sobre las que nos detendremos posteriormente.

Para finalizar, dos últimas matizaciones, una de carácter general y otra referida al tipo objeto de análisis, que no por ser evidentes deben obviarse. La primera es que el acto de disposición perjudicial debe ser siempre consecuencia directa del engaño y, por lo tanto, posterior a él, en coherencia con la construcción

³³⁹ Afirma GONZÁLEZ RUS, J.J., *Los intereses económicos de los consumidores. Protección penal*, cit., p. 315, según sentencias del Tribunal Supremo, que esta modalidad de engaño supone "la presencia de cualquier negocio civil o mercantil que entrañe un correlativo deber de contraprestación, dando lugar a un derecho bilateral y exigible, normalmente cifrado en la compraventa, pero que no excluye otras formas contractuales".

³⁴⁰ QUINTANO RIPOLLÉS, A., *Tratado de la Parte Especial del Derecho Penal*, t. II, cit., p. 573.

Capítulo II.- Tipo del injusto (I): tipo objetivo

de la estafa que hemos asumido³⁴¹. La segunda es que, aun cuando nos hemos limitado a utilizar el simple ejemplo del que paga por comprar una cosa, las relaciones de consumo que pueden ser subsumidas en el tipo especialmente cualificado de estafa son más amplias, entre otras cosas debido, por un lado, a que son posibles otras formas contractuales distintas de la compraventa y, por otro, a la existencia de ese concepto jurídico indeterminado que es «bienes de reconocida utilidad social».

2.3.2.2) Perjuicio

2.3.2.2.1) Características generales

La nota que singulariza al acto de disposición es su carácter lesivo, esto es, perjudicial para el patrimonio del sujeto pasivo.

Desde la perspectiva del patrimonio, no cabe duda que la estafa es un delito de resultado material, dado que se consume cuando la conducta típica -el engaño idóneo- ocasiona una disminución

³⁴¹ Esto es, una conducta -el engaño idóneo- y un resultado -el acto de disposición perjudicial-, imputable objetivamente a aquélla.

efectiva³⁴² y valuable económicamente³⁴³ del patrimonio del sujeto pasivo; es decir, que exige la efectiva lesión del bien jurídico tutelado. Cuestión distinta es cómo conjugar esa lesión del bien jurídico patrimonio³⁴⁴ con el segundo objeto jurídico de carácter colectivo identificado y, en relación a ello, determinar si ese otro bien jurídico es meramente puesto en peligro o es efectivamente lesionado, tema que abordaremos más adelante.

Por otro lado, en el tipo especialmente cualificado de estafa el perjuicio se caracteriza porque viene definido en la norma penal. Así, el acto de disposición de cada uno de los perjudicados es lesivo para su

342 Con la nota de la efectividad del perjuicio se apunta a la exclusión de "las meras expectativas de lucro no reconocidas jurídicamente", al decir de MUÑOZ CONDE, F., *Derecho Penal. Parte Especial*, cit., p. 281. En contra, afirmando que las expectativas siempre tienen un valor en el mercado y, por tanto, forman parte del patrimonio, en coherencia con el concepto personal de patrimonio que sustenta, ROMERO BARRANQUERO, G., *Los elementos del delito de estafa*, cit., pp. 268 y ss. Igualmente, desde una concepción instrumental de patrimonio, MANTOVANI, F., *Diritto Penale. Parte Speciale*, cit., p. 19, las incluye.

343 El objeto material debe poseer un valor económico; en consecuencia, los objetos con mero valor afectivo no pueden determinar la existencia del perjuicio típico, lo cual no impide su consideración, si bien sólo a los efectos de determinar la responsabilidad civil -daño moral-, tal como apunta ANTÓN ONECA, J., «Las estafas y otros engaños», cit., p. 13.

344 No nos cansamos de repetir que el interés patrimonial individual que subyace en este bien jurídico tiene que ser tomado en consideración necesariamente, dado que nos movemos en el ámbito de un mero tipo cualificado no independiente.

Capítulo II.- Tipo del injusto (I): tipo objetivo

patrimonio en la medida en que, en contra de lo pactado, van a recibir un bien de reconocida utilidad social con una alteración en su sustancia, cantidad o calidad.

Tal como afirmamos en su momento³⁴⁵, la alteración no va referida al engaño sino al perjuicio, cuestión sobre la que no vamos a insistir, recordando tan sólo que del tipo no se infiere que, necesariamente, la conducta engañosa consista en alterar determinadas cualidades.

Como acaba de observarse, la disposición que realizan los sujetos tiene lugar en el seno de una relación contractual, por lo que la identificación del perjuicio patrimonial hay que situarla en dicho ámbito.

Como paso previo es necesario delimitar claramente lo que se entiende por «alteración». Según el Diccionario de la Real Academia Española de la Lengua³⁴⁶, «alterar» es "cambiar la esencia o forma de una cosa", lo cual concuerda, perfectamente, con las peculiaridades descritas en el artículo 529: la esencia se refiere a la

³⁴⁵ Vid. *supra* el apartado 2.2.2.3) de este Capítulo.

³⁴⁶ Real Academia Española de la Lengua, *Diccionario de la Lengua Española*, Espasa-Calpe, 21ª edic., Madrid, 1992.

Capítulo II.- Tipo del injusto (I): tipo objetivo

sustancia y la forma a la cantidad y calidad. Ahora bien, dado que esa alteración es la peculiar forma que reviste el perjuicio, hay que entenderla en sentido negativo: existe perjuicio en la medida en que existe alteración. De esta forma, toda «variación sustancial»³⁴⁷ de la sustancia, cantidad o calidad de un bien de reconocida utilidad social tiene que producir un detrimento patrimonial.

2.3.2.2.2) Las formas contractuales

La estafa objeto de nuestro estudio tiene siempre como sustrato un contrato, normalmente, una compraventa. Por este motivo, tomamos como eje de nuestro estudio esta modalidad.

No obstante, antes de entrar en él, es conveniente advertir que el hecho de afirmar que en estas estafas contractuales³⁴⁸ el contrato que suele subyacer es la

³⁴⁷ En estos términos interpreta QUINTANO RIPOLLÉS, A., *Tratado de la Parte Especial del Derecho Penal*, t. II, cit., p. 697, la expresión «alterando» del derogado número 2º del artículo 529, referido a "los plateros y joyeros que cometieren defraudación alterando en su calidad, ley o peso los objetos relativos a su arte o comercio".

³⁴⁸ Así las denomina, acertadamente, MANJÓN-CABEZA OLMEDA, A., «Naturaleza de las circunstancias del artículo 529 del Código Penal. La circunstancia primera: especial referencia a las viviendas», cit., p. 850.

Capítulo II.- Tipo del injusto (I): tipo objetivo

compraventa, no implica que no puedan existir otras formas contractuales.

En ese sentido, no cabe duda que este tipo cualificado guarda semejanza con el tipo contenido en el artículo 528 antes de la Reforma³⁴⁹, de hecho, la interpretación de la expresión «título obligatorio» contenida en aquella redacción podemos entenderla hoy vigente en su esencia. Así, GROIZARD GÓMEZ DE LA SERNA dotaba de contenido dicha expresión en el sentido siguiente: "son títulos obligatorios, a los efectos del artículo, todos los que el Derecho Civil reconoce susceptibles de dar vida a un derecho exigible, y especialmente la compraventa, la permuta, el arrendamiento y cuantos implican la entrega de alguna cosa en recompensa de algo que se ha de recibir o ya se ha recibido"³⁵⁰.

Si bien la doctrina posterior a aquel autor no ofrece un concepto de título obligatorio, todos

³⁴⁹ El artículo 528 anterior a la Ley Orgánica 8/1983, de 25 de junio castigaba a "el que defraudare a otro en la sustancia, cantidad o calidad de las cosas que le entregare en virtud de un título obligatorio".

³⁵⁰ GROIZARD GÓMEZ DE LA SERNA, A., *El Código Penal de 1870 concordado y comentado*, cit., p. 110. A esta definición se sumó CUELLO CALÓN, E., *Derecho Penal. Parte Especial*, t. II, vol. II, cit., p. 937.

Capítulo II.- Tipo del injusto (I): tipo objetivo

destacan la nota de la onerosidad³⁵¹, o de un título "que entrañe, al menos, un correlativo deber de contraprestación"³⁵².

Evidentemente, el concepto dado por GROIZARD hay que traducirlo al momento actual, y pensar no sólo en contratos civiles sino también mercantiles.

Esa puesta al día se refleja igualmente en la aparición de nuevas formas contractuales como la «multipropiedad», de interés para nosotros en cuanto que es una importante «bolsa» de fraudes colectivos que tienen por objeto un tipo de vivienda³⁵³. Pues bien, en

³⁵¹ Cfr. ANTÓN ONECA, «Las estafas y otros engaños», cit., p. 23; RODRÍGUEZ DEVESA, J.M., *Derecho Penal español. Parte Especial*, 8ª edic., cit., p. 508.

³⁵² Matización que añade a la nota de la onerosidad QUINTANO RIPOLLÉS, A., ult. cit., p. 689.

³⁵³ De hecho, un análisis de los intereses que subyacen en la multipropiedad pone de relieve, de un lado, la libertad de empresa y, de otro, que es el que a nosotros nos interesa, la defensa de los consumidores, en cuanto posibles sujetos pasivos de una estafa inmobiliaria.

Es de destacar que son múltiples las quejas presentadas ante las Oficinas Municipales de Información al Consumidor, como ante las Direcciones Generales de Comercio y Consumo de las Comunidades Autónomas, reclamaciones de las que se han hecho eco las diferentes asociaciones de consumidores y usuarios, referidas a posibles fraudes, preocupación a la que no ha sido ajeno el propio Parlamento Europeo, el cual, a través de la Resolución de 13 de octubre de 1988, sobre la necesidad de llenar la laguna jurídica existente en el sector de la multipropiedad (DO nº C 290 de 14 de noviembre de 1988), ha manifestado la inquietud por "los abusos y fraudes de que han sido víctimas algunos consumidores de los Estados miembros en la adquisición de derechos sobre inmuebles en régimen de multipropiedad, así como los perjuicios irreparables causados a dichos propietarios en régimen de multipropiedad que han sido
(continúa...)

torno a esta figura se ha generado toda una discusión sobre su naturaleza jurídica, de suerte que desde determinados sectores doctrinales se entiende que no se trata de un contrato de compraventa -motivo por el que lo traemos a colación-, controversia que, además, ha tenido su reflejo en el ámbito legislativo³⁵⁴.

Otro supuesto se localiza en el ámbito de las denominadas «estafas de anticipo», esto es, la no devolución de las cantidades entregadas a cuenta para la construcción de viviendas. De acuerdo con lo establecido en el párrafo 2º del artículo 6 de la Ley 57/1968, de 27 de julio, sobre percepción de cantidades anticipadas para la construcción y venta de viviendas, "la no devolución por el promotor al adquirente de la totalidad de las cantidades anticipadas, con infracción de lo dispuesto en

³⁵³ (...continuación)

víctimas de promotores y vendedores desaprensivos".

En el ámbito estrictamente penal, la Memoria correspondiente al año 1987 de la Fiscalía General del Estado recoge un estudio del entonces Fiscal-Jefe de la Audiencia Territorial de Las Palmas, L. Portero, en donde afirma que "en el campo penal el «time-sharing» abre sus puertas en sus comienzos a las más diversas figuras penales de carácter defraudatorio".

No obstante, bien es cierto que este contrato suele tener por objeto un apartamento o un bungalow en zonas turísticas, cuando Sentencias del Tribunal Supremo han negado la calificación de bien de reconocida utilidad social a las segundas viviendas [vid. *infra* el apartado 2.3.2.4.1) referido a la concreción del perjuicio en las estafas inmobiliarias].

³⁵⁴ Vid., por todos, un exhaustivo análisis en HERRERO GARCÍA, M.J., *La multipropiedad*, cit.; MUNAR BERNAT, P.A., *Presente y futuro de la multipropiedad*, Técnos y Cámara Oficial de Comercio, Industria y Navegación de Mallorca, Ibiza y Formentera, Madrid, 1992

Capítulo II.- Tipo del injusto (I): tipo objetivo

el artículo 1º de la presente Ley, será constitutivo de falta o delitos sancionados en los artículos 587, número 3³⁵⁵, y 535 del vigente Código Penal, respectivamente...". En estos supuestos se ha planteado una discusión en la doctrina acerca de la posibilidad o no de apreciar el delito de apropiación indebida, dado que si se considera que el contrato en virtud del cual se realiza la entrega es de compraventa, no puede estimarse tal delito, al tratarse de un título traslativo de la propiedad. Lo cierto es que, al margen de la discusión doctrinal, la jurisprudencia ha venido sosteniendo que no se trata de un contrato de compraventa sino una especie de depósito irregular³⁵⁶.

Puede citarse, como ejemplo final, el contrato de seguro, con posible trascendencia en el ámbito penal.

En síntesis, no cabe duda que esa nueva forma de utilización de los bienes inmuebles que supone la multipropiedad, o la interpretación jurisprudencial sobre la clase de contrato en virtud del cual se entregan las cantidades anticipadas para la construcción de viviendas,

³⁵⁵ Hoy artículo 587.2º tras la nueva redacción dada al precepto por la Ley Orgánica 3/1989, de 21 de junio.

³⁵⁶ Cfr. GONZÁLEZ RUS, J.J., *Manual de Derecho Penal. Parte Especial*, cit., pp. 321 y 322.

Capítulo II.- Tipo del injusto (I): tipo objetivo

o el contrato de seguro, son un fiel exponente de la necesidad de no ver en la compraventa la única modalidad que puede subyacer en el supuesto de hecho de la estafa contractual objeto de nuestro estudio, si bien es cierto que se trata de la relación más frecuente en la práctica, motivo por el que nos apoyamos en ella³⁵⁷.

2.3.2.2.3) Concreta determinación del perjuicio y momento de producción

A) Determinaciones previas

Para la concreta determinación del perjuicio, así como de su momento de producción, podemos valernos de las diferentes características que definen el contrato de compraventa (consensual, bilateral, obligacional y oneroso)³⁵⁸, a partir de las cuales extraemos una serie de consecuencias.

³⁵⁷ ANTÓN ONECA, J., «Las estafas y otros engaños», cit., p. 23, califica los hechos comprendidos en el artículo 528 según la anterior redacción como "parásitos de la compraventa".

³⁵⁸ Vid. ALBADALEJO, M., *Derecho Civil, II* (Derecho de obligaciones), vol. 2º (los contratos en particular y las obligaciones no contractuales), 8ª edic., Librería Bosch, Barcelona, 1989, pp. 13 y 14; RIVERO HERNÁNDEZ, F. en LACRUZ BERDEJO, J.L. y otros, *Elementos de Derecho Civil, II* (Derecho de obligaciones), vol. 2º (Teoría general del contrato), 2ª edic., Bosch, Barcelona, 1986, pp. 11 y 12; LASARTE ÁLVAREZ, C., *Principios de Derecho Civil*, t. 3º, Trivium, Madrid, 1994, pp. 185 y 186. Algunos autores también suelen referirse a la compraventa como contrato principal -en cuanto que no tiene carácter accesorio- y típico -en cuanto que se encuentra regulado en las leyes-.

Capítulo II.- Tipo del injusto (I): tipo objetivo

Las notas de la consensualidad³⁵⁹, la bilateralidad³⁶⁰ y el carácter meramente obligatorio, no dispositivo³⁶¹, nos sirven como criterio para la determinación del momento en que puede entenderse producido el perjuicio. Ahora bien, dado que la causación del perjuicio determina el momento consumativo, y éste va a ser objeto de estudio en un apartado independiente, no entramos ahora en esta cuestión. Si acaso, dejar sentado que, en la medida en que nos encontramos frente a estafas contractuales, la determinación del perjuicio patrimonial hay que efectuarla teniendo en cuenta la vigencia en nuestro Derecho de la Teoría del título y del modo³⁶².

359 Que viene a significar que el contrato se perfecciona por el mero concurso de los consentimientos de las partes, de suerte que la entrega de la cosa y el pago del precio corresponden a la fase de ejecución del contrato (cfr. artículo 1450 del Código Civil).

360 Que apunta a la necesidad de existencia de una prestación y su correlativa contraprestación (cfr. artículo 1445 del Código Civil).

361 Pues sólo genera para ambas partes obligaciones de cambio real futuro, pero no produce un cambio inmediato en la titularidad de las prestaciones dado que, de acuerdo con la Teoría del título y del modo que impera en nuestro Derecho (cfr. artículos 609.2º y 1095 del Código Civil), es necesaria la entrega de la cosa.

362 La cual, por otro lado, está siendo sometida a un juicio crítico, no en cuanto a su propia existencia -que es indubitada desde una perspectiva de *lege data*-, sino en cuanto a su significación (cfr. DÍEZ-PICAZO, L., *Fundamentos del Derecho Civil patrimonial*, vol. II (Las relaciones jurídico-reales. El Registro de la Propiedad. La posesión), Civitas, Madrid, 1983, pp. 652 y ss.), circunstancia que puede incidir en nuestro examen.

Capítulo II.- Tipo del injusto (I): tipo objetivo

Por su parte, el carácter oneroso (necesidad de cambio de cosa por precio) conduce, evidentemente, a la exclusión de los «actos de liberalidad»³⁶³, "pues nadie puede resultar defraudado por aquello que se le entrega lucrativa y graciosamente, aunque sea de inferior calidad o cantidad que lo inicialmente prometido"³⁶⁴.

Es significativo que las donaciones *inter vivos* o *mortis causa* las excluye QUINTANO RIPOLLÉS³⁶⁵ de las estafas contractuales -de acuerdo con el anterior artículo 528- basándose en la simple lógica jurídica y en consideraciones sistemáticas.

Esta última característica nos indica, igualmente, que debe existir un equilibrio en las prestaciones³⁶⁶, siendo ésta, precisamente, otra de las notas características de esta modalidad defraudatoria en orden

³⁶³ Así, Sentencia del Tribunal Supremo de 7 de junio de 1988 (RA. 4486).

³⁶⁴ GONZÁLEZ RUS, J.J., *Los intereses económicos de los consumidores. Protección penal*, cit., p. 316.

³⁶⁵ Vid. QUINTANO RIPOLLÉS, A., *Tratado de la Parte Especial del Derecho Penal*, t. II, cit., pp. 689 y 690.

³⁶⁶ Esa equivalencia no tiene que ser necesariamente objetiva (real y efectiva adecuación del valor entre el precio y el bien correspondiente), bastando con que sea subjetiva, matización que no deja de ser hoy una obviedad, pues hasta que llega el producto hasta el final de la cadena -al consumidor-, ha ido pasando por muy diversas «manos», lo cual se traduce en sucesivos incrementos del precio originario, hasta alcanzar el precio de venta al público.

Capítulo II.- Tipo del injusto (I): tipo objetivo

al resultado. Normalmente en la estafa no se entrega nada a cambio, mientras que aquí siempre se recibe algo, pero alterado en su sustancia, cantidad o calidad³⁶⁷. Esta peculiaridad condujo a algún autor a afirmar que en este caso estamos ante una «compensación patrimonial incompleta»³⁶⁸, expresión no ilustrativa por cuanto que, como luego veremos, en las estafas contractuales por nosotros estudiadas no cabe la denominada «compensación patrimonial».

Pues bien, tomando como premisa la concepción del patrimonio como unidad³⁶⁹, el perjuicio viene determinado por la comparación de aquél antes y después del acto de disposición o, dicho de otra manera, no viene determinado por "la diferencia de valor entre lo que se atribuye a otro...y lo que, eventualmente, se recibe de

³⁶⁷ El mismo planteamiento nos lo encontramos en CUELLO CALÓN, E., *Derecho Penal. Parte Especial*, t. II, vol. II, cit., p. 937, respecto del antiguo artículo 528.

³⁶⁸ Cfr. BAJO FERNÁNDEZ, M., «Estafa de cosas de primera necesidad», cit., p. 1217. A este entendimiento se suman varios autores, entre ellos, ACOSTA ESTÉVEZ, J.B., «Algunas consideraciones en torno a la protección penal de los consumidores: fraudes alimentarios», cit., p. 479.

³⁶⁹ Evidentemente, también actúa como premisa la concepción mixta o económico-jurídica de patrimonio que hemos asumido, de suerte que incluimos en el patrimonio todos los bienes susceptibles de valoración económica y que gocen de una apariencia jurídica respecto del titular de aquél.

Capítulo II.- Tipo del injusto (I): tipo objetivo

éste como contraprestación", tal como afirma VIVES ANTÓN³⁷⁰. Con base en lo anterior, concluimos que el que se produzca una diferencia -dada la alteración- entre lo prometido y lo entregado, no debe llevar a afirmar que el perjuicio consiste exactamente en la diferencia de valor entre las concretas prestaciones, sino que hay que realizar posteriormente una valoración global del patrimonio.

Siguiendo adelante en la precisa determinación del perjuicio, hay que tener en cuenta que en el tipo de estafa en general el problema de la denominada «compensación patrimonial» hay que solucionarlo de acuerdo con la concepción objetivo-individual, de suerte que la valoración no puede ser exclusivamente económica³⁷¹. A partir de ella hay que tomar en consideración, en segundo lugar, el patrimonio de cada sujeto pasivo o, al decir de ANTÓN ONECA, "las

³⁷⁰ VIVES ANTÓN, T.S. en VIVES ANTÓN, T.S. y otros, *Derecho Penal. Parte Especial*, cit., p. 922.

³⁷¹ En contra, asumiendo una perspectiva puramente económica, MANJÓN-CABEZA OLMEDA, A., «Naturaleza de las circunstancias del artículo 529 del Código Penal. La circunstancia primera: especial referencia a las viviendas», cit., p. 850, nota 48; MARINI, G., *Profili della truffa nell'ordinamento penale italiano*, cit., pp. 205 y ss.; y, recientemente, GONZÁLEZ RUS, J.J., *Manual de Derecho Penal. Parte Especial*, cit., pp. 214 y ss. En general, sobre la asunción del criterio objetivo en materia de compensación patrimonial, vid. VALLE MUÑIZ, J.M., *El delito de estafa*, cit., pp. 245 y ss.; fundamentalmente, 248 y ss., y la acertada crítica a la construcción de este autor en GUTIÉRREZ FRANCÉS, M.L., *Fraude informático y estafa*, cit., pp. 450 y ss.

circunstancias del caso individual, dentro de las cuales destacan las necesidades y fines del engañado"³⁷². De esa valoración global se obtiene como conclusión que el bien recibido, en principio, no puede cubrir las necesidades de los sujetos pasivos, ni está de acuerdo con la finalidad por la que se contrató, pues siempre se va a recibir un bien alterado en sus sustancia, calidad o cantidad, de manera que en el patrimonio de ellos, *prima facie*, "ese bien carece de valor, por más que en el mercado lo tenga"³⁷³. Por lo tanto, puede que desde un punto de vista objetivo haya compensación patrimonial, pero desde una óptica individual nunca puede tener lugar³⁷⁴. Por ello, al hacer posteriormente la

³⁷² ANTÓN ONECA, J., «Las estafas y otros engaños», cit., p. 13. En igual sentido ANTOLISEI, F., *Manuale di Diritto Penale. Parte Speciale*, cit., p. 306; CORTESE, G., *La struttura della truffa*, cit., p. 261; MANTOVANI, F., *Diritto Penale. Parte Speciale*, cit., p. 17; MARTOS NÚÑEZ, J.A., *El perjuicio patrimonial en el delito de estafa*, cit., pp. 128 y 129; QUERALT JIMÉNEZ, J.J., *Derecho Penal español. Parte Especial*, cit., pp. 303 y 304. Al mismo tiempo, este es el criterio dominante en la doctrina alemana -BOCKELMANN, CRAMER, GUTMANN, JAKOBS, LACKNER, SCHRÖEDER, WELZEL- citada por VALLE MUNIZ, J.M., ult. cit., p. 247, nota 69.

No hay que confundir este criterio mixto con la valoración que hace ROMERO BARRANQUERO, G., *Los elementos del delito de estafa*, cit., pp. 290 y 291, a partir de la concepción personal del patrimonio -p. 252-, aunque se llega a las mismas conclusiones, como lo demuestra la Sentencia del Tribunal Supremo de 23 de abril de 1992 (RA. 6783), la cual, a partir de la antecitada concepción personal, afirma que "el criterio para determinar el daño patrimonial es un criterio objetivo-individual".

³⁷³ GUTIÉRREZ FRANCÉS, M.L., ult. cit., p. 454.

³⁷⁴ En contra, MANJÓN-CABEZA OLMEDA, A., ult. cit., p. 850, aun cuando, citando a BAJO FERNÁNDEZ, también se refiere a la compensación patrimonial incompleta.

Capítulo II.- Tipo del injusto (I): tipo objetivo

valoración global del patrimonio siempre está presente esa disminución.

La asunción del criterio objetivo-individual para la valoración del perjuicio se ha fundamentando, originariamente, en la concepción mixta de patrimonio. No obstante, existe otra razón esencial y de gran trascendencia, la cual se haya vinculada al segundo bien jurídico que subyace en este tipo especialmente cualificado de estafa, y que ya fue identificada, acertadamente, por GUTIÉRREZ FRANCÉS³⁷⁵. Afirma que entender el patrimonio en términos puramente económicos conduce a una afección permanente de la seguridad de las relaciones del tráfico jurídico, en contra de los fines político-criminales a lograr por esta norma. De esta forma, sigue afirmando, "se estaría propiciando una desconfianza en las relaciones negociales, con grave desprotección, particularmente, de los consumidores y usuarios en la satisfacción de sus necesidades".

³⁷⁵ Vid. GUTIÉRREZ FRANCÉS, M.L., *Fraude informático y estafa*, cit., pp. 452 y 453. No obstante, según esta autora, a pesar de que en el tipo básico de estafa subyace, junto al interés patrimonial individual, un interés colectivo -que ella denomina «buena fe colectiva»-, este último no se encuentra juridificado -elevado a la categoría de bien jurídico-, lo cual no impide que incida en la tarea interpretativa, como manifestación de la función político-criminal del bien jurídico.

Capítulo II.- Tipo del injusto (I): tipo objetivo

No cabe ninguna duda al respecto. Si sólo y exclusivamente se tomase en consideración un criterio objetivo -pura valoración económica-, sin atender a las necesidades que los individuos pretenden satisfacer con la adquisición del producto, pueden tener lugar supuestos como los descritos por la autora antecitada, caracterizados todos ellos por el más absoluto desprecio hacia los intereses de los consumidores y, en consecuencia, generadores de inseguridad en el tráfico (si se les engaña, generándoles perjuicios económicos, dejan de confiar y, por lo tanto, el tráfico jurídico-económico pierde su seguridad). A este respecto hay que recordar que la seguridad del tráfico, aun cuando se trata de un interés de carácter colectivo, tiene un referente individual³⁷⁶.

Como decíamos, los casos expuestos por GUTIÉRREZ FRANCÉS son tremendamente ilustrativos de las consecuencias a que puede conducir una concepción exclusivamente económica del perjuicio en orden a la desprotección de los consumidores y usuarios:

³⁷⁶ Precisamente por este motivo, desde determinadas concepciones mercantilistas se aboga por la supresión del término «seguridad del tráfico», y su sustitución por «orden concurrencial», expresión que carece de ese referente individual. No obstante, podría advertirse un trasfondo ideológico en este planteamiento, aunque un estudio sobre esta cuestión escapa en mucho a nuestras pretensiones, motivo por el que no fue tratado en su momento.

Capítulo II.- Tipo del injusto (I): tipo objetivo

"desprotección, por ejemplo, ante la agencia de viajes que con engaños entrega un billete de avión para Brasil a quien necesita ir a Nueva York; o ante el vendedor que se libra, con engaños, de un producto anticuado o de difícil venta, inservible para el adquirente, o entrega un «Mercedes» a quien precisaba un camión para el transporte..."³⁷⁷.

B) Conclusión

Si conjuntamos las dos conclusiones anteriores (el perjuicio viene determinado por la comparación de aquél antes y después del acto de disposición y el problema de la denominada «compensación patrimonial» hay que solucionarlo de acuerdo con la concepción objetivo individual) obtenemos como conclusión final la siguiente: si el bien recibido no cubre las necesidades del consumidor y no responde al fin por el que se adquirió, el perjuicio en estas estafas hay que cifrarlo en el valor total de la disposición realizada, si bien esto no implica que no se tome en consideración lo efectivamente

³⁷⁷ GUTIÉRREZ FRANCÉS, M.L., ult. cit., p. 453. Otra cosa es que algunos de los ejemplos citados no puedan ser subsumidos en el tipo especialmente cualificado dado que no tienen por objeto un bien de reconocida utilidad social, pero no por ello dejan de ilustrarnos en torno a la idea que pretenden reflejar y subsumibles en el tipo básico.

recibido, pues la cuantía del mismo hay que computarla a efectos de determinar la responsabilidad civil.

De esta forma, aunque por caminos diferentes, llegamos en este punto concreto a la misma conclusión que QUINTANO RIPOLLÉS, el cual se basa, por su parte, en el criterio de baremación de la cuantía del perjuicio manejado por el Tribunal Supremo en una sentencia³⁷⁸ (cuestión fundamental, por otro lado, en aquel momento, dado el sistema métrico de cuantías establecido en el anterior artículo 528 para el cómputo de la pena). En síntesis, viene a sostener que la operación en virtud de la cual se establece la cuantía de la defraudación, consistente en hallar la «ilicitud neta» o «saldo real» mediante el cálculo de la diferencia de valor entre lo que se debía entregar y lo efectivamente entregado, se le antoja en exceso civilista, dado que se aplican "a los delitos normas que les equiparan a negocios civiles, cualidad que entiendo debieran perder tan pronto se acredita la criminal"³⁷⁹.

³⁷⁸ Sentencia del Tribunal Supremo de 10 de febrero de 1958.

³⁷⁹ QUINTANO RIPOLLÉS, A., *Tratado de la Parte Especial del Derecho Penal*, t. II, cit., pp. 662 y 663, aunque hay que advertir que este autor maneja un criterio puramente económico en materia de compensación (p. 658).

Ahora bien, es posible que el bien adquirido, si sólo es alterada su cantidad, por ejemplo, cubra las necesidades del sujeto, aunque de manera parcial, en cuyo caso no vemos inconveniente en cifrar el perjuicio en la diferencia a la que hemos venido haciendo referencia³⁸⁰.

Lo anterior nos conduce irremediablemente a una resolución definitiva en función del caso concreto, lo cual no debe entenderse como atentatorio del principio de legalidad, en la medida en que, de acuerdo con él, lo esencial es que existan unos criterios predefinidos o, dicho de otra forma, "un cierto grado de precisión de la ley penal"³⁸¹, independientemente del hecho obvio de

³⁸⁰ Desde su entendimiento del perjuicio, tal vez a esto se refiere GONZÁLEZ RUS, J.J., *Los intereses económicos de los consumidores. Protección penal*, cit., p. 317, cuando afirma que "es indiferente que el consumidor, con el producto distinto que adquiere, «objetivamente» vea satisfecha la necesidad que pretendía, con tal de que ello se traduzca en un perjuicio económico, elemento indispensable para la configuración del delito de estafa".

Puesto que nos hemos situado en el ámbito penal exclusivamente, no entramos a analizar los mecanismos existentes en la esfera civil -acción de saneamiento, acción por responsabilidad contractual, etc.-, aun cuando pueda pensarse que en estos casos en que el perjuicio sufrido es de menor entidad la vía civil es la más adecuada, tal como plantea LUZÓN CUESTA, J.M., *Fraudes inmobiliarios*, cit., pp. 45 y ss., cuando analiza los vicios en la construcción.

³⁸¹ MIR PUIG, S., *Derecho Penal. Parte General*, cit., p. 85. En cuanto a la exigencia de certeza o taxatividad de la norma penal como mandato derivado del fundamento político-criminal del principio de legalidad, vid. ARROYO ZAPATERO, L., «Principio de legalidad y reserva de ley en materia penal», cit., pp. 14 y ss.

Capítulo II.- Tipo del injusto (I): tipo objetivo

tener que llevar aquellos criterios al supuesto concreto objeto de enjuiciamiento.

Veamos un ejemplo que casi podemos afirmar que es ya un clásico en la doctrina, cual es el del labrador que adquiere, inducido por el engaño del vendedor, un instrumento agrícola, de igual valor, pero distinto del que necesita para su trabajo³⁸². Ante todo hay que establecer dos premisas: dado que nos encontramos frente a un delito con «sujeto pasivo masa», piénsese en múltiples labradores que, tras una oferta engañosa, se deciden por la adquisición de la máquina; y puesto que el objeto material tiene que ser un bien de reconocida utilidad social, entiéndase que tal instrumento reúne dicha cualidad³⁸³. Ahora, veamos dos situaciones distintas a partir del supuesto apuntado. Una primera es aquella en la que el instrumento que efectivamente se entrega es una máquina segadora de condiciones similares a las que se habían ofertado, si bien su rendimiento es inferior, pero con un valor igual puesto que, aun cuando su capacidad es más reducida, incorpora nueva tecnología.

³⁸² Este ejemplo puesto por ANTOLISEI, F., *Manuale di Diritto Penale. Parte Speciale*, cit., p. 306, ha sido citado posteriormente en reiteradas ocasiones, v.gr. entre nosotros, por VALLE MUÑIZ, J.M., *El delito de estafa*, cit., p. 246; CUTIÉRREZ FRANCÉS, M.L., *Fraude informático y estafa*, cit., p. 453.

³⁸³ Vid. *supra* el apartado 2.2.1).

Capítulo II.- Tipo del injusto (I): tipo objetivo

Evidentemente, la segadora entregada está de acuerdo con el fin por el que los labradores la adquirieron -una máquina para segar-, aunque no satisface enteramente sus necesidades -su rendimiento está por debajo del ofertado inicialmente-. No cabe duda que esas personas han sufrido un engaño que les ha ocasionado un perjuicio efectivo y valuable económicamente. Ahora bien, ese detrimento es relativo, dado que han podido seguir desarrollando su actividad, si bien a un ritmo distinto. En este caso, no hay objeción en cuantificar el perjuicio de acuerdo a la diferencia entre el valor de la segadora originariamente ofertada y la efectivamente entregada.

Una segunda situación a partir del supuesto dado tiene lugar cuando la máquina que se entrega no es que tenga un rendimiento inferior al ofertado, sino que no es una segadora. En este caso, aunque el valor sea igual, es evidente que no cumple ni con la finalidad por la que se compró ni cubre las necesidades de los adquirentes, por lo que difícilmente puede hablarse de compensación patrimonial, ya que, aunque cumpla con el criterio objetivo, no satisface el individual. A partir de ahí, respecto del patrimonio de cada uno de los labradores, puede afirmarse que ese bien carece de valor, aun cuando a precio de mercado lo posea. Por todo lo anterior, al

Capítulo II.- Tipo del injusto (I): tipo objetivo

valorar finalmente el patrimonio de ellos antes y después del pago del precio, aquél ha sufrido un detrimento real y efectivo ("su patrimonio no se enriquece en la misma medida en que se empobrece con el acto de disposición patrimonial"³⁸⁴); exactamente, se empobrece en la cantidad abonada³⁸⁵.

En contra de nuestro entendimiento se encuentran los autores que se han ocupado del tema (GONZÁLEZ RUS, MANJÓN-CABEZA OLMEDA³⁸⁶). Sin embargo, es de destacar que dichos autores, al amparo de cierto posicionamiento jurisprudencial³⁸⁷, se basan sólo y exclusivamente en un criterio puramente económico, sin tener en cuenta ninguna otra consideración. Y en este sentido hay que advertir que, así como la posición objetivo-individual en materia de compensación patrimonial deriva de la tesis

³⁸⁴ Afirmó en su momento GONZÁLEZ RUS, J.J., *Los intereses económicos de los consumidores. Protección penal*, cit., p. 301.

³⁸⁵ Aunque sea reiterativo, volvemos a repetir que el valor de la otra máquina va a ser tenido en cuenta a la hora de determinar la responsabilidad civil que, obviamente, existe en este caso.

³⁸⁶ Cfr. GONZÁLEZ RUS, J.J., *Manual de Derecho Penal. Parte Especial*, cit., pp. 224 y 225; MANJÓN-CABEZA OLMEDA, A., «Naturaleza de las circunstancias del artículo 529 del Código Penal. La circunstancia primera: especial referencia a las viviendas», cit., p. 850.

³⁸⁷ Caso de la Sentencia del Tribunal Supremo de 24 de marzo de 1992 (RA. 2435).

mixta de patrimonio³⁸⁸ (además de la existencia de un segundo bien jurídico), también es esta tesis, junto con la concepción del patrimonio como *universitas iuris*, la que nos conduce a la conclusión expuesta. No deja de resultar paradójico, por otro lado, que autores que definen el patrimonio en los mismos términos que nosotros, y que, además, denuncian el hecho de que aún cuando se asume la concepción mixta, de ordinario se destaca únicamente la vertiente económica, acudan después a un criterio meramente económico para valorar el perjuicio en estas estafas³⁸⁹.

2.3.2.2.4) Estafas sobre negocios sin causa o con causa ilícita

Siguiendo con la concreción del perjuicio, aunque en otro orden de cosas, en la medida en que nos movemos en el ámbito de las estafas contractuales, parece obligado hacer referencia a un tema que, si bien antiguamente fue muy discutido, hoy reina mayor consenso en la doctrina penal. Nos referimos a las *estafas que versan sobre negocios sin causa o con causa ilícita*.

³⁸⁸ Como acredita acertadamente GUTIÉRREZ FRANCÉS, M.L., *Fraude informático y estafa*, cit., pp. 449 y ss.

³⁸⁹ Cfr. GONZÁLEZ RUS, J.J., *Los intereses económicos de los consumidores. Protección penal*, cit., pp. 259 a 261 y 263.

Capítulo II.- Tipo del injusto (I): tipo objetivo

Aun cuando pudiera pensarse que es un tema propio de teoría general de la estafa, a continuación veremos que no es así, y que traerlo hasta aquí tiene su explicación. Tradicionalmente, cuando se han manejado ejemplos de negocios ilegales se ha acudido a casos como el del tráfico de drogas. Sin embargo, son perfectamente dables supuestos de este tipo dentro del ámbito de las relaciones de consumo, en donde los sujetos pretenden adquirir, incluso cosas de primera necesidad, fuera de los círculos legalmente establecidos. De hecho, en muchas ocasiones no se trata tanto de negocios "en los que frecuentemente las pretensiones de la víctima son tan reprobables como las del propio sujeto activo"³⁹⁰, sino de la lógica aspiración de los adquirentes de pretender un ahorro en la compra, como sucede en la "interesante" oferta de productos a bajo precio por su procedencia del contrabando³⁹¹.

³⁹⁰ Tal como apunta GUTIÉRREZ FRANCÉS, M.L., ult. cit., p. 449, en relación a los «timos clásicos».

³⁹¹ En estos casos la defraudación puede venir dada porque en realidad se trata de productos sin calidad alguna y, por tanto, posibles de vender al precio ofrecido. Aquí bastaría recordar el repudiable "asunto de la colza".

Capítulo II.- Tipo del injusto (I): tipo objetivo

Pues bien, coincidimos con la doctrina mayoritaria en la admisibilidad de este tipo de estafas³⁹², en una suerte de no sujeción a las normas civiles, dado que conforme a ellas los negocios sin causa o con causa ilícita carecen de efecto alguno³⁹³.

2.3.2.2.5) Determinación del perjuicio en supuestos de inexistencia de la contraprestación

Para finalizar con la concreción del perjuicio, hay que realizar una observación que cobra especial interés para nosotros, cual es la determinación del perjuicio en supuestos en que la contraprestación es inexistente. En concreto, en la medida en que la norma refiere el perjuicio patrimonial a la existencia de una alteración, parece que no cabe afirmar dicha existencia en los casos

³⁹² Vid., entre otros, ANTÓN ONECA, J., «Las estafas y otros engaños», cit., p. 13; BAJO FERNÁNDEZ, M., «El delito de estafa», cit., pp. 1191 y 1192; GONZÁLEZ RUS, J.J., *Los intereses económicos de los consumidores. Protección penal*, cit., pp. 301 y 354; GUTIÉRREZ FRANCÉS, M.L., *Fraude informático y estafa*, cit., pp. 448 y 449; MARTOS NÚÑEZ, J.A., *El perjuicio patrimonial en el delito de estafa*, cit., pp. 115 y ss.; MUÑOZ CONDE, F., *Derecho Penal. Parte Especial*, cit., p. 282; QUERALT JIMÉNEZ, J.J., *Derecho Penal español. Parte Especial*, cit., p. 303; QUINTANO RIPOLLÉS, A., *Tratado de la Parte Especial del Derecho Penal*, t. II, cit., pp. 619 y ss.; ROMERO BARRANQUERO, G., *Los elementos del delito de estafa*, cit., p. 294; VALLE MUÑIZ, J.M., *El delito de estafa*, cit., p. 253.

³⁹³ Cfr. artículos 1275, 1305 y 1306 del Código Civil. Sobre la causa en los contratos, en general, y sobre los contratos sin causa o con causa ilícita en el ámbito civil, vid., en particular, Díez-Picazo, L., *Fundamentos del Derecho Civil patrimonial*, vol. I, cit., pp. 215 y ss., pp. 240 y ss.; Lacruz Berdejo, J.L. en Lacruz Berdejo, J.L. y otros, *Elementos del Derecho Civil II*, vol. 2º, cit., 139 y ss., 178 y ss.

Capítulo II.- Tipo del injusto (I): tipo objetivo

en que no se entregue nada; esto es, siempre tiene que entregarse algo, pero alterado. Sin embargo, el Tribunal Supremo ha equiparado en diversas ocasiones la no entrega de la vivienda a una alteración en la sustancia, en una suerte de inclusión de este supuesto -las denominadas «estafas de anticipo»- dentro del número 1º del artículo 529.

Ya que el anterior problema se ha planteado, en la práctica, dentro del ámbito de las estafas inmobiliarias, analizaremos esta cuestión posteriormente, cuando nos ocupemos concretamente de la determinación del perjuicio en diferentes campos. Al respecto hay que señalar que nos vamos a ocupar de la concreción del carácter lesivo del acto de disposición en algunos campos tradicionales dentro del ámbito de las relaciones de consumo, sin olvidar que, indudablemente, existen otros en los que los abusos cometidos rayan en lo fraudulento, cuando no se trata de supuestos perfectamente subsumibles en el tipo de estafa. Es el caso, por ejemplo, de los talleres de reparación, que ocupa un lugar preeminente en el número de quejas y reclamaciones presentadas ante los organismos competentes³⁹⁴. No obstante, parece evidente que, en

³⁹⁴ Cfr. BANDO CASADO, H.C., *La publicidad y la protección jurídica de los consumidores y usuarios*, cit., p. 76, nota 123.

principio, no es la vía penal la más adecuada para resolver este problema, sobre todo, porque en la inmensa mayoría de las ocasiones el origen se sitúa en la enorme proliferación de talleres clandestinos, de manera que una eficaz actuación de la Administración puede -y debe- poner coto a este problema³⁹⁵. En todo caso, parece sumamente difícil el encaje de estas conductas dentro del artículo 529.1º del Código Penal.

2.3.2.3) Análisis de los conceptos de «sustancia», «calidad» y «cantidad»

Dado que el perjuicio va referido a una alteración que debe recaer sobre determinados aspectos del objeto material, hemos optado por tratarlos aquí. Así, en cuanto a los conceptos «sustancia», «calidad» y «cantidad», aun cuando en principio se pudiera pensar que plantean problemas, la doctrina, en general, maneja conceptos similares, si bien surgen dudas cuando se trata de bienes complejos, caso de la vivienda³⁹⁶.

³⁹⁵ Como sucede en muchos de los supuestos de fraudes a los consumidores.

³⁹⁶ Ciertamente, el problema en los bienes complejos podría venir ocasionado por la dificultad de determinar lo que es «esencia» de los mismos, pero fundamentalmente, la dificultad estriba en la necesidad típica de que el perjuicio se concrete en una alteración [vid. *infra* el apartado 2.3.2.4.1)].

Capítulo II.- Tipo del injusto (I): tipo objetivo

BAJO FERNÁNDEZ³⁹⁷ utiliza el Diccionario de la Real Academia Española de la Lengua para explicar los términos objeto de estudio: sustancia es "el ser, presencia, naturaleza de las cosas"; calidad, "la importancia o gravedad de una cosa"; y cantidad, "todo lo que es capaz de aumento o disminución y puede, por consiguiente, medirse o numerarse".

En términos semejantes se manifiesta el resto de la doctrina³⁹⁸, si bien concretan más los términos cantidad -número, peso o medida- y calidad -modo de ser mejor o peor de las cosas-.

Es de destacar que las acepciones que sostiene hoy la doctrina se han mantenido en el tiempo, pues ya GROIZARD GÓMEZ DE LA SERNA³⁹⁹ se refería a ellas en los siguientes términos: "Sustancia es la naturaleza, la

³⁹⁷ BAJO FERNÁNDEZ, M., «Estafa de cosas de primera necesidad», cit., p. 1219.

³⁹⁸ CUELLO CALÓN, E., *Derecho Penal. Parte Especial*, t. II, vol. II, cit., p. 936; MANJÓN-CABEZA OLMEDA, A., «Naturaleza de las circunstancias del artículo 529 del Código Penal. La circunstancia primera: especial referencia a las viviendas», cit., p. 851; RODRÍGUEZ DEVESA, J.M., *Derecho Penal español. Parte Especial*, 14ª edic., cit., p. 502; QUERALT JIMÉNEZ, J.J., *Derecho Penal español. Parte Especial*, cit., p. 306. Por su parte, GONZÁLEZ RUS, J.J., *Manual de Derecho Penal. Parte Especial*, cit., pp. 225 y ss., sólo distingue entre cantidad y calidad, incluyendo dentro de ésta tanto la sustancia como la genuidad.

³⁹⁹ GROIZARD Y GÓMEZ DE LA SERNA, A., *El Código Penal de 1870 concordado y comentado*, cit., p. 106.

Capítulo II.- Tipo del injusto (I): tipo objetivo

esencia, el modo de ser de la cosa, su calidad real; y cantidad es el número de las cosas, su precio, su medida, su extensión"⁴⁰⁰.

En cuanto a la jurisprudencia, el análisis de sus resoluciones pone de manifiesto que, en general, maneja conceptos similares a la doctrina⁴⁰¹, a excepción de la interpretación del concepto de sustancia que mantienen algunas sentencias⁴⁰².

Pues bien, a modo de conclusión, si acudimos hoy, como hizo en su momento BAJO FERNÁNDEZ, al Diccionario de la Real Academia Española de la Lengua, encontramos que las definiciones dadas a estos términos son válidas, por

⁴⁰⁰ La calidad la explicaba por vía de ejemplos (p. 108).

⁴⁰¹ Vid. Sentencias del Tribunal Supremo de 6 de julio (RA. 5174) y 11 de noviembre de 1987 (RA. 8713) [la calificación del terreno en el orden urbanístico es un aspecto de la sustancia], 24 de febrero de 1989 (RA. 1653) [la falta de funcionamiento de los ascensores afecta a la calidad de la vivienda] y 6 de octubre de 1989 (RA. 7627) [la existencia de un gravamen afecta a la calidad], 25 de febrero de 1993 (RA. 1547) [la carencia de licencias de construcción es una alteración de la calidad] y 2 de abril de 1993 (RA. 3076) [ocultar un gravamen es una alteración de la calidad] y 13 de abril de 1994 (RA. 3281).

⁴⁰² Caso de las Sentencias de 26 de abril de 1988 (RA. 2923) y 6 de junio de 1990 (RA. 5149), que afirman que cuando no se entrega nada se altera la sustancia de la cosa. En sentido contrario se manifiesta la 8 de marzo de 1989 (RA. 2553).

Dado que este problema se plantea en concreto en el ámbito de las estafas inmobiliarias a las que se le dedica un apartado, a él nos remitimos [vid. *infra* el apartado c) del epígrafe 2.3.2.4.1)].

Capítulo II.- Tipo del injusto (I): tipo objetivo

cuanto que sus contenidos encajan perfectamente en la *ratio* del precepto:

- Sustancia: "ser, esencia, naturaleza de las cosas. En sentido figurado, aquello que en cualquier cosa constituye lo más importante o esencial".

- Calidad: "propiedad o conjunto de propiedades inherentes a una cosa, que permiten apreciarla como igual, mejor o peor que las restantes de su especie". El ejemplo que se pone es sumamente ilustrativo: "Esta tela es de calidad inferior".

- Cantidad: "propiedad de lo que es capaz de número y medida y puede ser mayor o menor que algo con lo que se compara".

Dando por óptimas las definiciones aportadas, se hace necesario manejar, en todo caso, conceptos amplios, pues como señalamos al principio, los bienes complejos pueden presentar dificultades a la hora de determinar lo que debe entenderse, sobre todo, por sustancia de los mismos⁴⁰³.

⁴⁰³ Cfr. BUSTOS RAMÍREZ, J., *Manual de Derecho Penal. Parte Especial*, 2ª edic., cit., p. 197.

Capítulo II.- Tipo del injusto (I): tipo objetivo

2.3.2.4) Concreción del perjuicio en diferentes campos económicos

No cabe duda que en el ámbito de los fraudes colectivos a los consumidores pueden identificarse unos campos abonados para la comisión de estafas, de entre los cuales hemos seleccionado algunos con la finalidad de concretar en ellos el perjuicio patrimonial, y que, de alguna forma, pueden ser representativos del resto.

2.3.2.4.1) Estafas inmobiliarias

A la hora de determinar el perjuicio en el ámbito de las denominadas «estafas inmobiliarias»⁴⁰⁴, un criterio puede ser el diferenciarlas en función de la característica alterada, esto es, distinguiendo entre alteraciones de la sustancia, de la cantidad y de la calidad.

A) Modificación en la calidad

En cuanto al perjuicio determinado por una modificación en la calidad, no cabe duda que los defectos

⁴⁰⁴ Al utilizar esta expresión no englobamos otras modalidades que pudieran quedar comprendidas en ella, caso de las establecidas en el artículo 531.

Capítulo II.- Tipo del injusto (I): tipo objetivo

de construcción son un problema cierto y real, hasta el punto que el propio Parlamento Europeo, en su Resolución de 14 de septiembre de 1989, sobre las transacciones inmobiliarias trasfronterizas⁴⁰⁵, pide a la Comisión "que prepare una directiva con las disposiciones mínimas necesarias para proteger los derechos de los consumidores en las transacciones inmobiliarias...", citando expresamente entre las causas que atentan contra dichos derechos los defectos de construcción.

La Sentencia del Tribunal Supremo de 24 de febrero de 1989⁴⁰⁶ estima, de acuerdo con la sentencia pronunciada en instancia, la aplicación del número 1º del artículo 529 debido a que en la escritura pública de venta de un inmueble se hizo constar que éste contaba con servicio de ascensores, omitiendo la falta de funcionamiento de los mismos, dado que no se había satisfecho su precio, motivo por el que la casa vendedora había procedido a la inmovilización. Aunque nada dice al respecto, podría entenderse que se trata de un supuesto de alteración de la calidad de la vivienda, pues parece evidente que ésta varía según el edificio cuente o no con tal servicio.

⁴⁰⁵ DO nº C 256, de 9 de octubre de 1989.

⁴⁰⁶ RA. 1653.

Capítulo II.- Tipo del injusto (I): tipo objetivo

La alteración de la calidad va referida, igualmente, a la calidad de los materiales empleados que deben figurar en el Proyecto: toda construcción debe contar con un documento donde se hacen constar las características cualitativas de los materiales empleados en la obra, viniendo el constructor obligado a cumplir con las especificaciones contenidas.

Si respecto de algún material quedó por determinar su calidad, aun cuando los compradores se sientan defraudados por haberse utilizado uno de calidad inferior, como regla general no puede sostenerse la cualificación, dado que aquélla tiene que estar especificada. La excepción podría venir dada, en el caso concreto, cuando resulte patente que absolutamente todos los materiales son de una determinada calidad, siendo el no especificado de otra muy inferior, de lo que podría inferirse que no se corresponde con la generalidad. En todo caso, insistimos que se trata de casuismos que podrían escapar a la regla general, cual es que para poder alegar la alteración de la calidad tiene que estar especificada la originaria.

Así y todo, es de advertir que la simple alteración no implica necesariamente un hecho típicamente relevante,

Capítulo II.- Tipo del injusto (I): tipo objetivo

como lo demuestra la Sentencia de 24 de marzo de 1992⁴⁰⁷. En este caso en concreto, si bien es cierto que se produjo la sustitución de un material por otro sin el consentimiento de los compradores de la vivienda, no queda acreditado ni que el material sustituido sea de calidad inferior ni que el constructor se haya beneficiado, en perjuicio de los compradores, de la sustitución. Además, dicha sustitución "era manifiesta y estaba a ojos vista", lo que nos sitúa en el ámbito del juicio de idoneidad del engaño en relación al reconocimiento por el sujeto pasivo del objeto material⁴⁰⁸.

También puede considerarse dentro de la calidad de una edificación su localización, vistas y características similares, pues, de hecho, el valor de un edificio varía en función de ellas, características todas que influyen en el precio de forma directa y significativa. Así, no es lo mismo que una vivienda esté situada junto a un parque que junto a un vertedero; de la misma forma que es distinto que de a un solar en vez de al mar. Igualmente, la venta de una parcela para edificación puede ser incluíble en este supuesto cuando,

⁴⁰⁷ RA. 2435.

⁴⁰⁸ Vid. *supra* el apartado 2.2.3) de este Capítulo.

Capítulo II.- Tipo del injusto (I): tipo objetivo

por ejemplo, se engaña al adquirente haciéndole creer que se trata de suelo urbanizable cuando no lo es⁴⁰⁹.

Evidentemente, damos por supuestos que concurren todos los elementos del tipo penal, lesionando los bienes jurídicos tutelados en la norma, de suerte que se justifica plenamente la intervención del Derecho Penal⁴¹⁰. Cuestión distinta es que se prefiera, o que se estime más adecuada, la vía civil, bien por la acción de saneamiento, bien por las acciones por responsabilidad contractual⁴¹¹.

B) Variaciones en la cantidad

En relación a las variaciones en la cantidad, en principio, el supuesto más común es el de la construcción con menos dimensiones de las especificadas en el

⁴⁰⁹ La Sentencia de 25 de febrero de 1993 (RA. 1547) estima que "la simple ocultación de que la vivienda no podía construirse con las debidas licencias constituye una alteración de su «calidad», pues no es lo mismo una vivienda legal que una edificación clandestina y urbanísticamente irregular".

⁴¹⁰ Vid. *supra* en nota 92 la distinción entre el ilícito civil y la estafa.

⁴¹¹ Vid. BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R., «La responsabilidad del constructor o promotor de viviendas en la Ley General para la defensa de los Consumidores y Usuarios», *Estudios jurídicos sobre protección de los consumidores*, Tecnos, Madrid, 1987, pp. 258 y ss.; LUZÓN CUESTA, J.M., *Fraudes inmobiliarios*, cit., pp. 46 y ss.

proyecto; es decir, con menos metros cuadrados edificados. Por supuesto que esa variación en los metros cuadrados puede afectar a cualquiera de las dimensiones de la obra.

C) Alteración en la sustancia: supuestos concretos

Respecto a la alteración de la sustancia, nos centraremos en una serie de supuestos concretos -estafas de anticipo, estafas sobre servicios comunes y/o complementarios y estafas sobre segundas viviendas-, si bien antes hay que destacar que la jurisprudencia ha incluido dentro de la modificación de la sustancia otros supuestos. Así, según la Sentencia de 2 de abril de 1993⁴¹², la venta de una vivienda ocultando conscientemente un gravamen que le afecta, implica la alteración de la sustancia y calidad de la misma, subsumible en el número 1º del artículo 529, aunque, dado que se ha calificado la conducta conforme al párrafo segundo del artículo 531, el principio *ne bis in idem* impide la apreciación del primero de los preceptos citados.

⁴¹² RA. 3076.

Capítulo II.- Tipo del injusto (I): tipo objetivo

En iguales términos se pronuncia la Sentencia de 25 de febrero de 1993⁴¹³, si bien no aprecia conculcación del mencionado principio.

La alteración en la sustancia se ha dejado para el final dada su mayor complejidad, pues ya dijimos cuando analizamos nuestra posición en torno a la conducta típica que una de las consecuencias era la ampliación del ámbito de punición de acuerdo con la delimitación tradicional, lo cual nos conducía a replantearnos los supuestos en que no se entrega nada. En concreto, el problema se plantea en el supuesto de la no devolución de las cantidades entregadas a cuenta para la construcción de viviendas, denominado «estafas de anticipo».

Al respecto hay que empezar reconociendo que es indubitada la importancia que tiene la vivienda; baste recordar que nuestro Texto Constitucional consagra en su artículo 47 el derecho de los españoles a disfrutar de una vivienda digna y adecuada. Ese disfrute no tiene que ser necesariamente en régimen de propiedad. Así y todo, hay que reconocer que alcanzar la propiedad de una

413 RA. 1547.

Capítulo II.- Tipo del injusto (I): tipo objetivo

Sintéticamente, las razones que explican la existencia de estos fraudes son: 1º) la escasez de viviendas ante el éxodo hacia las grandes ciudades⁴¹⁸; 2º) el crecimiento económico; 3º) el «boom» demográfico⁴¹⁹; 4º) la falta de control por parte de la Administración, no sólo del suelo sino de las construcciones mismas, en relación a una inexistente ordenación y planificación urbanística⁴²⁰, y 5º) el afán especulador de determinados constructores o promotores⁴²¹.

⁴¹⁸ Nos referimos, aunque no sólo, al proceso migratorio desde los campos -que son abandonados- hacia las ciudades -asentándose en los «cinturones industriales»-, atraídos por la demanda de mano de obra que genera la industria (esto hay que ponerlo en relación con el proceso de industrialización) y el sector servicios (piénsese en la cantidad de mano de obra que absorben las zonas turísticas).

⁴¹⁹ Alentado por el propio Estado con medidas de apoyo a las familias numerosas.

⁴²⁰ Además de la propia labor inspectora, cuya ausencia ha sido destacada por muchos autores, caso de BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, A., «La protección de los consumidores en el Derecho español», cit., p. 62.

⁴²¹ Cfr. MUÑOZ CONDE, F., «Aspectos jurídico-penales de la no devolución de las cantidades entregadas a cuenta para la construcción de viviendas», *Estudios de Derecho Penal y Criminología*, en homenaje al profesor José M^a Rodríguez Devesa, UNED, Madrid, 1989, pp. 125 y ss.; DE LA MATA BARRANCO, N.J., «La no devolución por el promotor de las cantidades anticipadas en la construcción y venta de viviendas», *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, t. XL, fasc. III, 1987, p. 946; QUINTERO OLIVARES, G., «La política penal para la propiedad y el orden económico en el futuro Código Penal español», cit., p. 218.

Un análisis diacrónico de los fraudes en torno a la vivienda en MORILLAS CUEVAS, L., «El no reintegro de cantidades anticipadas para construcción de viviendas como modalidad de apropiación indebida», *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, t. XXXIII, fasc. I, 1979, pp. 701 a 705.

Capítulo II.- Tipo del injusto (I): tipo objetivo

La situación fraudulenta descrita no es un problema nuevo, si bien es posible identificar un punto de inflexión, situado en nuestro país en torno a los años sesenta, cuando se produce un efectivo desarrollo económico y social, generando, consecuentemente, la necesidad de edificación ante el «éxodo rural». En este contexto hay que situar la Circular número 5/1965 de la Fiscalía del Tribunal Supremo, dirigiéndose a las Fiscalías de las Audiencias a fin de promover la acción penal en defensa del «interés social», concretado en este caso en los fraudes en la construcción de viviendas (entendidas como "necesidad primaria y perentoria" de las personas), frente a las conductas delictivas que pretenden aprovechar la necesidad de vivienda para la obtención de lucros ilícitos.

Para hacer frente a estas situaciones surge la Ley 57/1968, de 27 de julio, sobre percepción de cantidades anticipadas para la construcción y venta de viviendas⁴²², que no sean de protección oficial⁴²³, cuyo artículo 6.2º remite al artículo 535 del Código

⁴²² BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, A., «Reflexiones críticas sobre la protección de los consumidores en el Derecho español», cit., p. 28, se refiere a la Ley 57/1968 como una ley "cuya única finalidad es precisamente la de proteger a los consumidores".

⁴²³ Para las viviendas construidas bajo protección oficial ya existía al momento de promulgarse ésta una normativa específica (Decreto de 3 de enero de 1963).

Capítulo II.- Tipo del injusto (I): tipo objetivo

Penal -apropiación indebida- en el supuesto en que el promotor incumpla la obligación de devolver las cantidades anticipadas, en relación a lo establecido en el artículo 1º de la citada Ley.

Antes de abordar la denominada «estafa de anticipo» es de advertir que la citada Ley 57/1968 no surtió el efecto deseado, como prueba la Circular nº 5/1975 de la Fiscalía del Tribunal Supremo, que volvió a ocuparse del tema, reconociendo de antemano que el análisis efectuado en la Circular 5/1965 seguía vigente, y aún hoy, añadimos nosotros⁴²⁴.

Ahora bien, nuestra atención no se centra en el citado artículo 6.2º⁴²⁵, sino en un supuesto concreto

⁴²⁴ Podría interpretarse que no parece ser esa la opinión de GONZÁLEZ RUS, J.J., *Manual de Derecho Penal. Parte Especial*, cit., p. 320, cuando afirma que se trata de "fraudes muy corrientes en otra época".

⁴²⁵ Vid. LUZÓN CUESTA, J.M., *Fraudes inmobiliarios*, cit., pp. 17 y ss.; MORILLAS CUEVAS, L., ult. cit.; DE LA MATA BARRANCO, N.J., ult. cit.; MANJÓN-CABEZA OLMEDA, A., *Nuevo enfoque de la apropiación indebida* (especial consideración de la no devolución de cantidades entregadas a cuenta para la construcción y adquisición de viviendas), Civitas y Servicio de Publicaciones de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense, Madrid, 1978; MUÑOZ CONDE, F., ult. cit.

En cuanto a la discusión acerca de su derogación, además de los autores citados, vid. RODRÍGUEZ RAMOS, L., *Compendio de Derecho Penal. Parte Especial*, cit., p. 338; BAJO FERNÁNDEZ, M., PÉREZ MANZANO, M. en BAJO FERNÁNDEZ, M. y otros, *Manual de Derecho Penal. Parte Especial*, cit., p. 444; BUSTOS RAMÍREZ, J., *Manual de Derecho Penal. Parte Especial*, 1ª edic., cit., pp. 245 y 246; GONZÁLEZ RUS, J.J., *Manual de Derecho Penal. Parte Especial*, cit., p. 321; LUZÓN CUESTA, J.M., *Fraudes inmobiliarios*, cit., pp. 23 y 24, negando (continúa...)

Capítulo II.- Tipo del injusto (I): tipo objetivo

a partir del contenido de aquél, a saber: cuando la no devolución de las cantidades entregadas a cuenta para la construcción y adquisición de viviendas tiene lugar porque, desde un inicio, era intención del promotor "apropiarse" de dichas cantidades⁴²⁶. Dicho de otra forma, nos situamos en el caso del promotor que engaña de forma idónea a múltiples personas y las induce a entregar una cantidad de dinero como anticipo para la construcción de viviendas, construcción que no piensa realizar, de forma que no cumple con su obligación y, consecuentemente, no entrega nada a cambio.

La jurisprudencia distingue entre intención inicial⁴²⁷ de no hacer efectiva la contraprestación y conciencia de la imposibilidad de hacerlo⁴²⁸ o, si se prefiere, entre el engaño inicial consistente "en que una de las partes oculta su intención de posterior incumplimiento y simula un

⁴²⁵(...continuación)
todos que se trate de una ley derogada. En contra, sostiene expresamente su derogación en el ámbito penal la Sentencia del Tribunal Supremo de 26 de febrero de 1985 (RA. 1543).

⁴²⁶ Cfr. Sentencia del Tribunal Supremo de 16 de mayo de 1990 (RA. 4025), que desestima el recurso interpuesto debido a la falta de ese engaño típicamente necesario, entendiendo que se trata de un caso de incumplimiento contractual a resolver por la vía civil.

⁴²⁷ El mal llamado en el uso forense «dolo antecedente».

⁴²⁸ Sentencias de 20 de septiembre de 1989 (RA. 6755) y 7 de junio de 1990 (RA. 5158).

Capítulo II.- Tipo del injusto (I): tipo objetivo

propósito serio que no existe"⁴²⁹ y aquella en la que el agente es sabedor, de antemano, de "que no se halla en condiciones de cumplir y hacer frente a la contraprestación ofrecida"⁴³⁰. No obstante, esta distinción y las observaciones que sugieren ya han sido puestas de manifiesto anteriormente, por lo que allí nos remitimos⁴³¹.

La doctrina y la jurisprudencia no dudan en estimar que si el engaño está presente desde un inicio, la conducta es subsumible en el tipo de estafa, a pesar de la existencia del artículo 6.2º de la ya citada Ley 57/1968⁴³².

Pero nuestra duda, como se puede entrever, va más allá, preguntándonos, no por la aptitud del tipo básico, sino del tipo especialmente cualificado de estafa ante

⁴²⁹ Sentencia del Tribunal Supremo de 16 de septiembre de 1991 (RA. 6198).

⁴³⁰ Sentencia de 14 de junio de 1991 (RA. 4715).

⁴³¹ Vid. *supra* el apartado 2.2.2.5) en este Capítulo.

⁴³² Cfr., en la doctrina, GONZÁLEZ RUS, J.J., *Los intereses económicos de los consumidores. Protección penal*, cit., p. 319; LUZÓN CUESTA, J.M., *ult. cit.*, pp. 11 y ss.; MANJÓN-CABEZA OLMEDA, A., *ult. cit.*, p. 256; DE LA MATA BARRANCO, N.J., *ult. cit.*, p. 966; MUÑOZ CONDE, F., *ult. cit.*, pp. 140 y ss.; RODRÍGUEZ RAMOS, L., *Compendio de Derecho Penal. Parte Especial*, cit., p. 339. En la jurisprudencia, vid. la Sentencia del Tribunal Supremo de 14 de febrero de 1991 (RA. 1031).

Capítulo II.- Tipo del injusto (I): tipo objetivo

estas defraudaciones. Lo primero que se observa en este punto es las posiciones antitéticas que mantienen la doctrina y la jurisprudencia. La doctrina, aún cuando reconoce que el artículo 529.1º podría haber sido un vehículo adecuado para solventar estos fraudes, rechaza esta posibilidad, fundándose en que la conducta típica consiste en la alteración de unas cualidades de la vivienda, pero debiendo permanecer siempre algo de ella; dicho de otra forma, una cosa es alterar la sustancia de la vivienda y otra muy distinta alterarla hasta el punto de no entregar nada, no pudiendo concurrir este último supuesto según la doctrina debido a que la expresión «alteración» implica la subsistencia de la cosa modificada⁴³³.

Por el contrario, la jurisprudencia estima que cuando no se entrega nada se está alterando la sustancia o esencia de la cosa, en este caso, de la vivienda, variación que tiene lugar hasta el punto de no entregar

⁴³³ En este sentido BAJO FERNÁNDEZ, M., PÉREZ MANZANO, M. en BAJO FERNÁNDEZ, M. y otros, *Manual de Derecho Penal. Parte Especial*, cit., p. 313; GÓMEZ BENÍTEZ, J.M., «Delitos contra el patrimonio», cit., p. 701; GONZÁLEZ RUS, J.J., ult. cit., p. 319; HUERTA TOCILDO, S., «Los delitos patrimoniales en el Proyecto de Código Penal de 1980», cit., p. 498; MANJÓN-CABEZA OLMEDA, A., «Naturaleza de las circunstancias del artículo 529 del Código Penal. La circunstancia primera: especial referencia a las viviendas», cit., pp. 852 y ss.; DE LA MATA BARRANCO, N.J., ult. cit., p. 949, nota 17; QUINTERO OLIVARES, G., MUÑOZ CONDE, F., *La reforma penal de 1983*, cit., pp. 169 y 170; VALLE MUÑIZ, J.M., *El delito de estafa*, cit., p. 136.

Capítulo II.- Tipo del injusto (I): tipo objetivo

nada. En este sentido, a partir de 1985⁴³⁴, son reiteradas las Sentencias que se refieren a este problema, rechazando los recursos de casación interpuestos por los condenados que sostienen la no concurrencia de tal circunstancia, pretensiones que decaen por cuanto la Sala II estima, caso de la Sentencia de 6 de julio de 1987⁴³⁵, que la conducta es subsumible en la cualificación del número 1º del artículo 529 porque el delito "se consumó alterando la sustancia, como equivalente a naturaleza de la cosa, de la vivienda que el perjudicado pretendía adquirir, esencia tal alterada y transmutada, que perdiendo lo entregado, nada recibió a cambio"; o la de 26 de abril de 1988⁴³⁶, que sostiene que "si las viviendas vendidas no tuvieron existencia real, puede decirse que se alteraba la sustancia de las mismas como bienes de reconocida utilidad social".

La Sentencia de 6 de junio de 1990⁴³⁷, citando esta última Sentencia, equipara este supuesto a "que el comprador no pueda llegar a

⁴³⁴ Sentencias de 14 de febrero (RA. 956) y 26 de febrero (RA. 1543) de 1985.

⁴³⁵ RA. 5174.

⁴³⁶ RA. 2923.

⁴³⁷ RA. 5149.

ocupar el piso", lo cual "es una gravísima modalidad de alteración en la sustancia del inmueble".

Es de destacar que las sentencias que dudan sobre la posible subsunción de la conducta objeto de nuestro análisis, cuando entran a resolver un caso concreto, terminan por situarse en la línea jurisprudencial antes descrita, si bien lo hacen por dar una adecuada respuesta desde el punto de vista de la «justicia material»⁴³⁸. Así, la propia Sentencia de 26 de abril de 1988 afirma que "aunque pudiera pensarse que la norma no comprende el supuesto de que en lugar de producirse una alteración del bien, lo acusable fuese una no entrega del mismo, a ello se opone la consideración lógica de que una hipótesis defraudatoria de mayor entidad y gravedad quedase más levemente penalizada".

Antes de posicionarnos en este punto, es conveniente realizar una matización: aún cuando tanto la doctrina como la jurisprudencia se han manifestado sobre la alteración de la sustancia que llega al extremo de no entregarse nada en el ámbito de las viviendas -estafas de anticipo-, la cuestión no se plantea sólo y

⁴³⁸ En esa posición dubidativa se encuentra la Sentencia de 6 de octubre de 1989 (RA. 7627).

Capítulo II.- Tipo del injusto (I): tipo objetivo

exclusivamente respecto de ese bien, aunque es cierto que dicho bien posee una importancia y trascendencia que parece que no se llega a apreciar en otros bienes, cosa que sólo entendemos desde la perspectiva económica, pues tanta importancia y trascendencia como la vivienda la tienen los alimentos, por ejemplo.

Pues bien, la solución a nuestro interrogante (aptitud del tipo especialmente cualificado) tiene que venir dada, evidentemente, a partir de la exégesis del precepto, empezando por la interpretación gramatical, aun cuando, de un lado, "muy raramente el valor gramatical de las palabras de la norma es suficiente para el acto interpretativo"⁴³⁹ y, de otro, «gramaticalizar» una discusión no es muy positivo desde una óptica político-criminal. Sin embargo, dicha interpretación tiene que ser necesariamente el primer paso, con el fin de no traspasar el límite máximo en la exégesis de una norma penal, conformado por el "sentido literal posible"⁴⁴⁰.

⁴³⁹ SAINZ CANTERO, J.A., *Lecciones de Derecho Penal. Parte General*, cit., p. 368.

⁴⁴⁰ Cfr. MUÑOZ CONDE, F., en *Adiciones de Derecho español a JESCHECK, H.H., Tratado de Derecho Penal. Parte General*, vol. I, cit., p. 215.

Vid. *supra* una aplicación de los criterios interpretativos de la norma penal en el apartado B) del epígrafe 2.2.2.3.2) de este Capítulo.

Capítulo II.- Tipo del injusto (I): tipo objetivo

De esa forma, es preciso analizar en primer lugar el verbo alterar, pues el perjuicio en la estafa objeto de nuestra investigación tiene lugar por una alteración de determinadas cualidades en bienes de reconocida utilidad social. No obstante, dicho verbo ya fue dotado de contenido anteriormente, cuando nos ocupamos del perjuicio en general, concluyendo que viene a significar el cambio en la esencia o forma de una cosa, pero con una valoración negativa (dicho cambio tiene que producir una disminución en el valor del bien). Por otro lado, al referirnos en este epígrafe a la alteración en la calidad y en la cantidad, utilizamos expresiones tales como variación o modificación, expresiones todas ellas que contienen una idea absolutamente esclarecedora a nuestros fines: siempre tiene que permanecer algo, lo que propiamente constituye la esencia de la cosa. A partir de aquí, nuestra conclusión no puede ser otra que el rechazo del criterio jurisprudencial, de tal forma que las denominadas «estafas de anticipo» no son subsumibles en el tipo del artículo 529.1º.

Frente a este entendimiento se podría intentar acudir al término «sustancia» para pretender sostener lo contrario. Así, es posible que se afirme que en determinados supuestos es fácil concretar la alteración

Capítulo II.- Tipo del injusto (I): tipo objetivo

de la sustancia, caso del que entrega carne de vaca por carne de cerdo, o más genéricamente, cuando se entrega un sucedáneo en vez del producto originario. Sin embargo, en el caso de la vivienda, se podría argumentar que la sustancia de la vivienda es la vivienda misma, de tal forma que la única forma de alterar la sustancia de la casa en relación a una entrega es no teniendo lugar ésta. Sin entrar en una réplica a tan compleja argumentación, lo cierto es que el problema queda resuelto con anterioridad, desde el momento en que, tal como hemos afirmado, cuando se altera una cosa siempre tiene que permanecer algo de ella, pues en caso contrario hay que acudir a otros verbos que permitan la inclusión de este supuesto dentro del ámbito de punición del tipo especialmente cualificado de estafa.

De hecho, puede afirmarse que si el legislador hubiera querido tomar en consideración no sólo la posibilidad de alteración, sino también el supuesto de omisión, así lo habría especificado, tal como ocurre en el delito alimentario nocivo del artículo 346.1º, en donde se castiga al "productor, distribuidor o comerciante que ofreciere en el mercado productos alimenticios, omitiendo o alterando los requisitos establecidos en las Leyes o Reglamentos sobre caducidad

Capítulo II.- Tipo del injusto (I): tipo objetivo

o composición...". Desde esa perspectiva, cuando la doctrina analiza este precepto, entiende por «alterar» "cambiar, mutar, en este supuesto, sustituir los requisitos debidos por otros no autorizados"⁴⁴¹.

Es a todas luces evidente que la conclusión a la que nos hemos visto abocado no nos satisface de ningún modo, ya que es obvio que estamos ante una "auténtica cuestión social"⁴⁴², pero en este caso acudir al principio de legalidad sí hay que entenderlo como una seria e insalvable objeción⁴⁴³.

Desde una perspectiva de «justicia material» podría coincidirse con MUÑOZ CONDE⁴⁴⁴ en que estos casos de estafas de anticipo pueden obtener un juicio de desvalor adecuado vía concurrencia de los números 7º y 8º del artículo 529, con lo que se obtiene la misma respuesta

⁴⁴¹ RODRÍGUEZ RAMOS, L., «Fraudes alimentarios nocivos», cit., p. 817, sumándose a esta interpretación CARMONA SALGADO, C. en CARMONA SALGADO, C. y otros, *Manual de Derecho Penal. Parte Especial*, t. IV, cit., p. 138.

⁴⁴² SAINZ CANTERO, J.A., «El delito masa», *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, t. XXIV, fasc. III, 1971, pp. 655 y 656.

⁴⁴³ Cfr. BAJO FERNÁNDEZ, M., PÉREZ MANZANO, M. en BAJO FERNÁNDEZ, M. y otros, *Manual de Derecho Penal. Parte Especial*, cit., p. 313.

⁴⁴⁴ Vid. MUÑOZ CONDE, F., *Derecho Penal. Parte Especial*, cit., p. 288. En igual sentido se pronuncia VALLE MUÑIZ, J.M., *El delito de estafa*, cit., pp. 136 y 137.

Capítulo II.- Tipo del injusto (I): tipo objetivo

penal, pensando en que si se ha pretendido subsumir esos supuestos en el número 1º, y sabiendo que de cualquier modo concurre el número 8º, es porque se entendía que esa es la respuesta penal correcta⁴⁴⁵.

En otro orden de cosas, en todo momento nos hemos estado refiriendo a la vivienda en sentido estricto, omitiendo toda referencia al engaño que tiene por objeto servicios comunes y/o complementarios en urbanizaciones (aparcamientos, instalaciones deportivas, piscinas, zonas ajardinadas, etc.). La cuestión a resolver es si les afecta la cualificación en la medida en que se entienden parte de la vivienda (y, por tanto, atribuir a dichas instalaciones la consideración de bienes de reconocida utilidad social), o si bien, incluso, pueden recibir tal consideración sin más.

En cuanto a la inclusión de los servicios comunes en general dentro del concepto de vivienda, si nos auxiliamos de lo que considera el Código Penal como

⁴⁴⁵ Todo ello sin perjuicio de las propuestas de *lege ferenda* que en su momento realizaremos, y del juicio que nos merece la respuesta penal establecida para el supuesto de concurrencia de los números 7º y 8º del artículo 529.

Capítulo II.- Tipo del injusto (I): tipo objetivo

dependencias de una casa habitada (artículo 508⁴⁴⁶), la conclusión es indubitada: no cabe tal inclusión, pues no se cumplen los requisitos establecidos -sitios cerrados y contiguos a la casa, comunicados interiormente y formando un todo-. Una cosa es que por ser propietario de una vivienda se tenga derecho a disfrutar de unas zonas comunes y otra bien distinta es que pueda afirmarse que tales zonas, por el hecho ser copropietario, son parte de la vivienda.

Respecto a su consideración individualmente, esto es, como bien de reconocida utilidad social en cuanto tal, ante todo, es preciso deslindar la valoración que, en general, pueda merecer, por ejemplo, una instalación deportiva, del tema concreto que nos ocupa. Una cancha puede ser considerada como bien de reconocida utilidad social en cuanto elemento que contribuye a una mayor calidad de vida de la comunidad que disfruta de ella. Baste recordar que, por mandato constitucional, los poderes públicos están obligados a fomentar la educación

⁴⁴⁶ Artículo 508 párrafos 2º y 3º: "Se consideran dependencias de casa habitada o de edificio público destinado al culto sus patios, corrales, bodegas, graneros, pajares, cocheras, cuadras y demás departamentos o sitios cerrados y contiguos al edificio y en comunicación interior con el mismo, y con el cual formen un solo todo.

No están comprendidas en el párrafo anterior las huertas o demás terrenos destinados al cultivo o a la producción, aunque estén cercados, contiguos al edificio y en comunicación interior con el mismo".

Capítulo II.- Tipo del injusto (I): tipo objetivo

física y el deporte (artículo 43.3 de la Constitución). Desde esa perspectiva, la cancha es un instrumento necesario para aquel fomento y, de hecho, es usual que desde las diferentes instituciones públicas (ayuntamientos, cabildos o diputaciones, gobiernos autónomos) se proceda a la construcción de instalaciones deportivas. Pero entendemos que esa valoración general es distinta de la valoración concreta a realizar, dado que no es predicable respecto de todo servicio común o complementario, y parece que no es conveniente introducir matizaciones entre ellos. Así, en relación a los jardines, es de una rotundidad plausible QUINTANO RIPOLLÉS cuando analiza el párrafo 3º del artículo 508, relativo a la exclusión de los terrenos dedicados al cultivo del concepto de «dependencia» de la «casa habitada». Según este autor, del precepto se infiere que tales terrenos, si en vez de estar dedicados al cultivo, se dedican a jardín de mero recreo sí pueden incluirse en la idea de «dependencias», de suerte que "depende tan trascendental cualificación de la tan nimia e intrascendente de que el propietario dedique el terreno, de iguales características topográficas, a plantar flores

Capítulo II.- Tipo del injusto (I): tipo objetivo

o coliflores, agravando en el primer supuesto, mas no en el segundo"⁴⁴⁷.

Por todo lo anterior, cuando la estafa recaiga sobre los mencionados servicios comunes y/o complementarios de una urbanización, no es de aplicación la cualificación contenida en el número primero del artículo 529, sin que por ello nos mostremos conforme sin más con el criterio jurisprudencial de remitir estos casos a la vía civil⁴⁴⁸.

Y, por último, queda por plantear un supuesto no menos complejo como es aquel en el que el objeto material es una segunda vivienda, tema que se puede relacionar con la multipropiedad, campo abonado para la comisión de estas estafas contractuales masivas.

Ante todo, es de advertir que en este caso no se puede pretender una equiparación entre el párrafo primero del artículo 508 y este supuesto, pues esa cualificación se refiere a «casa habitada», matización ésta que no

⁴⁴⁷ QUINTANO RIPOLLÉS, A., *Tratado de la Parte Especial del Derecho Penal*, t. II, cit., p. 333.

⁴⁴⁸ Caso de las Sentencias del Tribunal Supremo de 11 de febrero de 1977 y 26 de junio de 1979, citadas por GONZÁLEZ RUS, J.J., *Los intereses económicos de los consumidores. Protección penal*, cit., p. 320.

Capítulo II.- Tipo del injusto (I): tipo objetivo

aparece en el artículo 529, de suerte que no se pueden poner limitaciones allá donde el legislador no las ha querido establecer. De hecho, en contra del criterio jurisprudencial, la doctrina mayoritaria sólo admite la concurrencia de esta cualificación cuando el robo se realiza en el período en que el chalé o el apartamento está habitado de forma efectiva⁴⁴⁹, en la medida en que "la casa habitada...es la que se habita, aunque accidentalmente no lo sea, no la que sólo de modo accidental sirve de morada, como es el caso de las precedentemente citadas de veraneo o fin de semana"⁴⁵⁰. Desde esa perspectiva, podría sostenerse que si no existiese el matiz «habitada», se podría admitir la concurrencia del número 2º del artículo 506 aún cuando se estuviera fuera del período vacacional.

Decíamos que esta cuestión puede ponerse en relación con la multipropiedad dado que ésta tiene por objeto, normalmente, casas de temporada, de suerte que los posibles fraudes que se den en este ámbito pueden ser

449 Critican esa interpretación extensiva del Tribunal Supremo, entre otros, BAJO FERNÁNDEZ, M., PÉREZ MANZANO, M. en BAJO FERNÁNDEZ, M. y otros, *Manual de Derecho Penal. Parte Especial*, cit., p. 167; QUINTANO RIPOLLÉS, A., ult. cit., pp. 332 y ss.; VIVES ANTÓN, T.S. en VIVES ANTÓN, T.S. y otros, *Derecho Penal. Parte Especial*, cit., pp. 864 y 865; VIDAL ANDREU, G., «ROBO domiciliario», *La Ley*, t. III, 1985, pp. 999 y ss.

450 QUINTANO RIPOLLÉS, A., ult. cit., p. 333.

Capítulo II.- Tipo del injusto (I): tipo objetivo

reconducibles al tipo especialmente cualificado de estafa. Afirma HERRERO GARCÍA que de los diferentes intereses que subyacen en el fenómeno de la multipropiedad que permiten concluir la necesidad de tutela jurídica⁴⁵¹, destaca, junto al derecho primario a la vivienda, "el interés a disfrutar de una segunda habitación donde satisfacer el derecho adquirido en los países industrializados a un período de vacaciones"⁴⁵². Partiendo del derecho constitucionalmente reconocido a unas vacaciones periódicas retribuidas⁴⁵³ sostiene que, dado que es difícil hoy satisfacer el derecho a la vivienda, más lo es poder disfrutar de una segunda vivienda de vacaciones. Por ello, la multipropiedad puede ser el medio idóneo para satisfacer ese interés de una forma más económica (el precio de una «fracción de la propiedad» siempre es más barato que la propiedad

⁴⁵¹ Esto es, intereses merecedores de consideración jurídica en cuanto que responden a aspiraciones personales y económicas que pueden estimarse legítimas en nuestro ordenamiento jurídico (en HERRERO GARCÍA, M.J., *La multipropiedad*, cit., p. 45). Vid. el estudio doctrinal «La institución del "time sharing" o venta de inmuebles por tiempo compartido» del entonces Fiscal-Jefe de la Audiencia Territorial de Las Palmas, L. Portero, incorporado en la Memoria de la Fiscalía General del Estado (1987) correspondiente al año 1986.

⁴⁵² HERRERO GARCÍA, M.J., ult. cit., p. 46.

⁴⁵³ Artículo 40.2 de la Constitución española.

Capítulo II.- Tipo del injusto (I): tipo objetivo

entera), a la vez que permite el acceso de un mayor número de personas⁴⁵⁴.

Incluso, hay autores que destacan la función social de esta figura, afirmando que "la función práctica de la multipropiedad cumple la exigencia constitucional (artículo 33, apartado 2) de la función social de la propiedad, pues se utiliza de una manera completa una vivienda, satisfaciendo intereses de una multiplicidad de sujetos"⁴⁵⁵.

Al margen del fenómeno de la multipropiedad, hay autores que traen a colación el artículo 40.2 de la Constitución en relación a la construcción. Así, sostiene LUZÓN CUESTA que una de las vías por la que los ciudadanos entran en contacto con el sector de la construcción inmobiliaria es "como forma de disfrute de vacaciones y del necesario descanso, que conforme al art. 40.2 de la Constitución, deben garantizar los poderes públicos"⁴⁵⁶.

⁴⁵⁴ HERRERO GARCÍA, M.J., ult. cit., p. 47.

⁴⁵⁵ RODRÍGUEZ PÉREZ, J., DÍAZ-FLORES CALERO, A., *La multipropiedad*, cit., pp. 21 y 22.

⁴⁵⁶ LUZÓN CUESTA, J.M., *Fraudes inmobiliarios*, cit., p. 7.

Capítulo II.- Tipo del injusto (I): tipo objetivo

Ahora bien, situado el debate en esos términos, no se trata de preguntar si el ordenamiento civil debe lograr una adecuada respuesta a ese fenómeno de la multipropiedad, cuya respuesta afirmativa parece evidente⁴⁵⁷, sino que se trata de determinar si aquellos argumentos pueden ser trasladados al ordenamiento penal para sostener que la segunda vivienda puede tener la consideración de bien de reconocida utilidad social. A la luz de lo expuesto, puede entenderse que sí, lo que conduce a afirmar que un fraude a múltiples personas que tiene por objeto un complejo de apartamentos que se pretende adquirir como lugar para descanso y vacaciones, puede ser subsumible en el tipo especialmente cualificado de estafa y, de resultas, imponer al responsable, o responsables, la pena de prisión mayor -de seis años y un día a doce años-.

¿Encaja la conclusión anterior con la *ratio essendi* del precepto?. Indudablemente la respuesta es negativa. No cabe duda que si concurren todos los elementos del tipo objetivo y subjetivo la conducta es subsumible en el tipo básico de estafa. Más aún, es posible que se llegue

⁴⁵⁷ Sobre todo si se tiene en cuenta, como el propio Parlamento Europeo reconoce en su Resolución de 14 de septiembre de 1989, "que un número cada vez mayor de ciudadanos comunitarios deciden adquirir propiedades inmobiliarias para su residencia temporal...en un Estado miembro diferente a su país de origen".

Capítulo II.- Tipo del injusto (I): tipo objetivo

a la consecuencia jurídica anterior vía concurrencia de los números 7º -especial gravedad- y 8º -múltiples perjudicados- del artículo 529 y, así y todo, seguir manteniendo que, desde una perspectiva político-criminal, no es sostenible entender que la segunda vivienda para pasar las vacaciones o los fines de semana debe recibir la consideración de bien de reconocida utilidad social del artículo 529.1º, criterio, por otro lado, compartido por la jurisprudencia⁴⁵⁸.

Si acaso, para concluir, afirmar que con este posicionamiento no negamos la preocupación que manifestó la Circular 5/1965 de la Fiscalía del Tribunal Supremo en torno a las consecuencias de los fraudes en el sector turístico, preocupación que siguió vigente una década después, como lo prueba la Circular 5/1975 del mismo Órgano, y que aún hoy permanece vigente. Pero tampoco nos parece un argumento sólido acudir a razones de «orden público nacional» o de «prestigio internacional» para fundamentar una interpretación que, aun cuando se pueda sostener desde el punto de vista gramatical, no lo es, desde luego, desde una perspectiva teleológica.

⁴⁵⁸ Sentencia del Tribunal Supremo de 14 de febrero de 1994 (RA. 775).

En todo caso, nos mostramos partidarios de la necesidad y conveniencia manifestada por un sector importante de la doctrina de reforzar los controles administrativos, allí donde sea posible, en la medida en que pueden evitar que se generen resultados lesivos para bienes jurídicos que obliguen a una intervención penal, nunca deseable⁴⁵⁹.

2.3.2.4.2) Estafas alimentarias

Como punto de partida se hace necesario matizar que el uso de la expresión «estafas alimentarias» se hace con la finalidad de no entrar en el debate sobre la conveniencia del vocablo «fraude», aunque si se acepta la tesis de que, tanto en el lenguaje común como en el lenguaje jurídico, ese término conlleva las notas de engaño, perjuicio e intencionalidad, no habría ningún

⁴⁵⁹ Sobre todo, si tenemos en cuenta que desde la perspectiva de los consumidores, el control por parte de la Administración no se encuentra en unos niveles óptimos, pues de acuerdo con los datos estadísticos manejados, casi la mitad (el 46%) estima que el control frente al fraude es poco o inexistente. A ello se suma el hecho de que normalmente la actividad de promoción y venta de inmuebles se realiza a través de campañas publicitarias, y el 51% de los consumidores encuestados cree que el control sobre la publicidad es igualmente poco o inexistente [en CASTRO GIL, N.; MONTERO BOBILLO, F., «Opiniones y actitudes del consumidor español» (encuestas), cit.].

Capítulo II.- Tipo del injusto (I): tipo objetivo

inconveniente en utilizarla⁴⁶⁰, dado que esas mismas notas son características de la estafa.

Las líneas que siguen están dedicadas a las conductas fraudulentas cuyo objeto son los alimentos y que pueden ser subsumidas en el tipo especialmente cualificado de estafa⁴⁶¹. Si se admitiese la categoría «fraudes alimentarios inocuos», habría que afirmar que nuestra investigación se centra en una de las modalidades

⁴⁶⁰ Cfr. PÉREZ ÁLVAREZ, F., *Protección penal del consumidor. Salud pública y alimentación*, cit., pp. 86 y ss. Por ese motivo, autores como GARCÍA ALBERO, R., «La tutela penal y administrativa de la salud de los consumidores en materia alimentaria. Consideraciones críticas en torno a su articulación jurídica», cit., p. 103, nota 18, propugnan que en materia de fraudes alimentarios nocivos, el término fraude debe entenderse en sentido atécnico, de acuerdo con la tesis sustentada en Italia, entre otros, por PICCININO, R., *I delitti contro la salute pubblica*, cit., pp. 81 y ss., y AZZALI, G., «Osservazioni in tema di frodi alimentari», cit., p. 22, según la cual cualquier conducta que tenga por objeto material los alimentos puede quedar comprendida en la expresión fraude alimentario.

⁴⁶¹ Sobre el concepto «alimentos», vid., por todos, PÉREZ ÁLVAREZ, F., ult. cit, pp. 95 y ss., siendo de interés las conclusiones de *lege data* (pp. 307 a 309) y de *lege ferenda* que plantea (pp. 314 a 317). No obstante, es de advertir que el objeto material del delito alimentario nocivo pudiera no corresponderse con el objeto material de la estafa en el ámbito del fraude alimentario pues, según el citado autor, "por alimento hay que entender no sólo las sustancias empleadas para la nutrición del hombre, sino también todas aquellas que incidan sobre su alimentación, como criterio más extenso que el de nutrición e, incluso, abarcando los productos o útiles relacionados con la misma" (pp. 132 y 133), mientras que, a los efectos del tipo especialmente cualificado de estafa (esto es, del alimento como bien de reconocida utilidad social), parece que sólo debiera tomarse en consideración el alimento en cuanto objeto que satisface unas necesidades nutritivas, excluyendo las sustancias frutivas (sustancias que sólo aportan satisfacción fisiológica y psicológica carentes de principios nutritivos), los productos alimentarios (los aditivos del alimento o componentes no naturales del mismo en sentido estricto) y los útiles alimentarios (los útiles de transporte, maquinaria, utillaje, envases, embalajes, etc.).

incluibles en aquélla, pues, además de la estafa⁴⁶², tienen cabida otros tipos penales tales como las maquinaciones para alterar el precio de los alimentos, o las falsedades de marcas, sellos y contraseñas utilizadas en los alimentos⁴⁶³.

En todo caso, es obligado preguntarse por el criterio en virtud del cual se pretende hablar de «fraudes alimentarios inocuos» frente a «delitos o fraudes alimentarios nocivos». Pues bien, el criterio no puede ser otro que el de los intereses formalizados: se incluyen dentro de la primera categoría las conductas subsumibles en tipos penales que afectan sólo a los

⁴⁶² Son muchos los autores que se manifiestan expresamente por la aptitud del tipo de estafa frente a los fraudes alimentarios inocuos. Vid., en este sentido, ARENAS RODRICAÑEZ, M.P., *Protección penal de la salud pública y fraudes alimentarios*, cit., pp. 130 y 131; BERMEJO VERA, J., «Aspectos jurídicos de las protección del consumidor», cit., p. 268; BOIX REIG, J. en VIVES ANTÓN, T.S., BOIX REIG, J. y otros, *Derecho Penal. Parte Especial*, cit., p. 364; CORCOY BIDASOLO, M., «Resultados de muerte y lesiones como consecuencia de un delito contra la salud pública», *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, t. XLII, fasc. I, 1989, p. 334; GONZÁLEZ RUS, J.J., *Los intereses económicos de los consumidores. Protección penal*, cit., p. 315; HUERTA TOCILDO, S., «Los delitos patrimoniales en el Proyecto de Código Penal de 1980», cit., p. 498, refiriéndose al artículo 257.1º del Proyecto, que coincide con el actual 529.1º; NAVARRO SANCHÍS, F.J., «Protección al consumidor en el Código Penal vigente», cit., pp. 317 y ss.; PÉREZ ÁLVAREZ, F., «La regulación del delito alimentario nocivo en el Proyecto de Código Penal de 1992», *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, t. XLVI, fasc. III, 1993, p. 1061, nota 1; QUINTERO OLIVARES, G., «La política penal para la propiedad y el orden económico ante el futuro Código Penal español», cit., p. 217; RODRÍGUEZ RAMOS, L., «Fraudes alimentarios contrarios a la salud pública», cit., p. 97.

⁴⁶³ Vid. OCTAVIO DE TOLEDO Y UBIETO, E., «Notas para un estudio de los fraudes alimentarios en Derecho Penal», cit., pp. 85 y ss.

Capítulo II.- Tipo del injusto (I): tipo objetivo

intereses socio-económicos, mientras que se incluyen en la segunda las conductas que atentan contra los intereses de la salud, las cuales recaen sobre alimentos nocivos⁴⁶⁴.

Aunque escapa en mucho a nuestros objetivos, es de destacar que la anterior distinción cobra especial relevancia por cuanto que, tradicionalmente, la actividad legislativa en el ámbito de los alimentos ha tenido en consideración fundamentalmente el aspecto comercial⁴⁶⁵. Buena prueba de ello es que la expresión que se ha venido utilizando como aglutinadora de las conductas ilícito-penales ha sido la de fraudes alimentarios, que, precisamente, se ha puesto en tela de juicio debido a que el vocablo fraude, como se ha advertido, denota principalmente un referente económico, de suerte que no se destaca convenientemente el aspecto relativo a la

⁴⁶⁴ Sobre el término «nocividad», vid. ampliamente, PÉREZ ÁLVAREZ, F., *Protección penal del consumidor. Salud pública y alimentación*, cit., pp. 104 y ss. (las conclusiones en p. 133).

⁴⁶⁵ Vid. BIGWOOD, E.J., GÉRARD, A., «Objetivos y principios fundamentales de un derecho comparado de la alimentación», vol. 1, cit., p. 4.

Capítulo II.- Tipo del injusto (I): tipo objetivo

salud⁴⁶⁶. Como consecuencia de haber dirigido aquella actividad legislativa hacia los intereses económicos de los consumidores, los intereses relativos a la salud quedaron postergados. Sirva como ejemplo la urgente reforma de los delitos contra la salud pública que se realizó en España con motivo del gravísimo asunto de la colza, como se pone de manifiesto en la Exposición de Motivos de la Ley Orgánica 8/1983, de 25 de junio.

Sin embargo, pronto se advierte que la precitada distinción entre conductas que sólo afectan a intereses socioeconómico y las que atentan contra la salud goza de cierta relatividad, debido a que, en muchas ocasiones, ambos intereses son afectados conjuntamente, pues el delito alimentario nocivo suele aparecer en el contexto de una actividad comercial⁴⁶⁷, o dicho de otra forma, "el caso habitual en los fraudes alimentarios es el de

⁴⁶⁶ CORCOY BIDASOLO, M., ult. cit., p. 334, sostiene que "la expresión «fraude alimentario» es equívoca en relación con los comportamientos típicos descritos en el art. 346 CP. En primer lugar el término «fraude» encierra una clara referencia al aspecto económico de los derechos de los consumidores...".

⁴⁶⁷ Según AZZALI, G., «Osservazioni in tema di frodi alimentari», cit., p. 61, "el fraude alimentario comúnmente se ejercita en el contexto, o por medio de una deslealtad comercial".

Capítulo II.- Tipo del injusto (I): tipo objetivo

pretender un beneficio por medios ilícitos"⁴⁶⁸, lo cual nos conduce a tener a realizar unos sucintos apuntes finales sobre la otra vertiente concursal no estudiada en su momento⁴⁶⁹.

Centrados ya en la concreción del perjuicio en este campo, como toda estafa que tiene por objeto un bien de reconocida utilidad social, estos fraudes pueden ir referidos a la sustancia, a la calidad o la cantidad.

Si por *sustancia* se entiende el ser, la esencia, la naturaleza de las cosas (en sentido figurado, aquello que en cualquier cosa constituye lo más importante o esencial), la variación de la sustancia a nuestros efectos se refiere a la alteración del alimento en sí mismo, bien en su naturaleza misma o en sus cualidades

⁴⁶⁸ BIGWOOD, E.J., GÉRARD, A., «Objetivos y principios fundamentales de un derecho comparado de la alimentación», vol. 2 (Elementos de motivación y elementos de cualificación), trad. por J.P. Montojo Núñez, *Revista Alimentaria*, nº especial, 1972, p. 51. En esta línea, MUÑOZ CONDE, F., *Derecho Penal. Parte Especial*, cit., p. 480; QUINTANO RIPOLLÉS, A., *Tratado de la Parte Especial del Derecho Penal*, t. IV, cit., pp. 339 y 340. De hecho, MARTOS NÚÑEZ, J.A., «Protección de los consumidores y usuarios», cit., p. 448, apunta, en el marco de unas consideraciones criminológicas sobre el delito alimentario, que el sujeto activo hay que circunscribirlo dentro de la llamada delincuencia «de cuello blanco», es decir, "el predominio por el autor de los valores materiales, que le dota de una avidéz incontrolable para la obtención de dinero, a cualquier precio" (la cursiva no está en el original), en el mismo sentido en el que se había pronunciando SAINZ CANTERO, J.A., «Criminología de los fraudes de alimentos», cit., pp. 269 y 270.

⁴⁶⁹ No se realizó debido a que, como al final se expone, no se trata de la comisión de un delito-medio, sino de una consecuencia y, por tanto, no inscribible en la dinámica del concurso medial.

Capítulo II.- Tipo del injusto (I): tipo objetivo

esenciales. En sede de ejemplo, tiene lugar cuando lo que se vende es un sucedáneo del producto originario -malta tostada por café⁴⁷⁰-, o cuando se entrega un producto originario pero distinto del pretendido -aceite de girasol por aceite de oliva-.

La *calidad* del alimento desde nuestra perspectiva tiene un sentido muy amplio. Ante todo, la calidad de cada alimento depende de sus normas de composición, es decir, de los ingredientes y aditivos con que puede o debe estar hecho el alimento⁴⁷¹. Pero también comprende la calidad del alimento lo relativo a la denominación de origen, nombre del fabricante o del producto (no toda casa comercial tiene la misma calidad en sus productos), modalidad de elaboración (es distinta la elaboración artesanal que la industrial), etc. En definitiva, lo

⁴⁷⁰ El artículo 3.25.15 del Código Alimentario Español considera la malta tostada como sucedáneo del café, sin que se considere prohibida, siempre que cumpla las exigencias establecidas.

⁴⁷¹ vid. BIGWOOD, E.J., GÉRARD, A., «Objetivos y principios fundamentales de un derecho comparado de la alimentación», vol. 2, cit., p. 244.

Según estos autores, los criterios sobre la calidad de los alimentos se dividen en objetivos y subjetivos. Por los primeros se entienden aquellos que se prestan a una medida precisa, a una identificación química e incluso a una dosificación; esto es, 1) las normas de composición del alimento; 2) la identificación y dosificación de las sustancias que aparecen en el alimento durante su deterioración, susceptibles de ser identificadas y dosificadas y que caracterizan su pérdida de calidad; y 3) los criterios de limpieza microbiológica de los productos alimentarios, índices de infestación por organismos depredadores y limpieza bacteriológica y fúngica. Los criterios subjetivos son los organolépticos, es decir, aspecto, color, gusto, olor, etc. (p. 248; en pp. ss. desarrollan cada uno de ellos extensamente).

Capítulo II.- Tipo del injusto (I): tipo objetivo

evidente es que la casuística es abundante, aunque en materia alimentaria suele acudir a unos ejemplos concretos, caso de la alteración de la calidad del alimento, añadiéndosele un aditivo, con la finalidad de enmascarar un defecto cualitativo del mismo⁴⁷².

Las defraudaciones en la *cantidad* van referidas, fundamentalmente, al peso o al volumen. Así, se altera esta cualidad cuando se entrega el alimento con menos peso del declarado. Obviamente carecen de relevancia jurídico-penal los supuestos tales como la falta de peso real del alimento al incluir el papel de envolver. Se apunta acertadamente⁴⁷³ como supuesto típico el empleo de pesas o medidas faltos, aun cuando haya desaparecido la punición expresa⁴⁷⁴.

En ocasiones, la búsqueda del ilícito beneficio se articula de forma tal que se altera la calidad del alimento para lograr una mayor cantidad. Así, están

⁴⁷² El caso paradigmático lo constituye, sin lugar a dudas, el del aceite de colza desnaturalizado [Sentencia del Tribunal Supremo de 23 de abril de 1992 (RA. 6783)].

⁴⁷³ Vid. GONZÁLEZ RUS, J.J., *Manual de Derecho Penal. Parte Especial*, cit., p. 226.

⁴⁷⁴ Con la Ley Orgánica 3/1989, de 21 de junio, de actualización del Código Penal se suprimió el número 3º del artículo 573 que castigaba a "los traficantes o vendedores que tuvieran medidas o pesos dispuestos con artificios para defraudar...".

Capítulo II.- Tipo del injusto (I): tipo objetivo

abiertas todavía diligencias en muchos lugares de la geografía española por el uso de hormonas anabolizantes (clenbuterol) con la finalidad de lograr un mayor engorde del animal, restando calidad, aumentando peso y, lo que conlleva una mayor carga de injusto, atentando contra la salud pública.

Como afirmamos al principio, la distinción entre conductas que atentan contra intereses económicos y conductas que atentan contra el interés de la salud goza de una relatividad significativa, dando lugar a diferentes supuestos. Uno de ellos ya ha sido objeto de estudio, la adulteración de un alimento como medio para obtener mayores beneficios de forma ilícita. Sin embargo, puede darse una vertiente distinta, también descrita por BIGWOOD y GÉRARD: "el fraude que consiste en utilizar ilegalmente, durante el proceso de fabricación de un producto alimenticio o de una bebida, un sucedáneo químico menos costoso que el ingrediente naturalmente previsto, es ciertamente un engaño comercial, pero puede constituir también un atentado contra la salud pública si el producto sintético empleado puede ser peligroso para el hombre"⁴⁷⁵. En este caso también la solución viene

⁴⁷⁵ BIGWOOD, E.J., GÉRARD, A., «Objetivos y principios fundamentales de un derecho comparado de la alimentación», vol. 1, cit., pp. 4 y 5.

Capítulo II.- Tipo del injusto (I): tipo objetivo

dada vía concurso ideal, a resolver conforme a lo establecido en el artículo 71.

En otro orden de cosas, en el ámbito de las estafas alimentarias vuelve a surgir la opinión por algunos sustentada de que la no persecución de este tipo de fraudes colectivos se debe a la tolerancia o apatía de las propias víctimas. Sin entrar en argumentaciones de corte sociológico que permitan constatar o refutar con una base empírica dicha aseveración⁴⁷⁶, se hace necesario volver a recordar que el juicio de desvalor recae sobre la conducta del sujeto activo, y no sobre otros sujetos⁴⁷⁷. Claro que en el momento de valorar la idoneidad del engaño, uno de los criterios es la posibilidad de autoprotección de la víctima⁴⁷⁸, sin

⁴⁷⁶ Por ejemplo, existen tópicos tales como que el español, en general, debido a la presencia de determinados complejos, ha sido una persona que se ha quejado poco o nada teniendo razones para ello. Así, frente a una comida que puede no estar en condiciones de ser ingerida, a preguntas del camarero se responde que no se tenía hambre o, peor aun, se termina comiendo, en vez de plantear sus dudas sobre las condiciones de dicha comida.

En todo caso, hacia línea apuntan los datos aportados por CASTRO GIL y MONTERO BOBILLO [en «Opiniones y actitudes del consumidor español» (encuestas), cit.], pues el 73% de los encuestados manifiesta no haber tenido nunca motivos para reclamar, de lo que infieren los precitados autores, acertadamente a nuestro juicio, que existe una escasa reivindicación de los consumidores hacia los productos o servicios ofertados.

⁴⁷⁷ Al margen del peligro que se corre cuando se insiste en esta línea, pues se puede acabar sosteniendo que es la víctima, y no el criminal, el culpable (cfr. DOWNES, D., *Law and Order: Theft of an Issue*, cit., p. 8).

⁴⁷⁸ Vid. GÓMEZ BENÍTEZ, J.M., «Función y contenido del error en el tipo de estafa», cit., pp. 338 y ss.

Capítulo II.- Tipo del injusto (I): tipo objetivo

olvidar que "la dispersión del volumen económico en gran número de sujetos determina una seria disminución de su potencia de reacción, de su capacidad defensiva"⁴⁷⁹.

Por último, al igual que en materia de estafas inmobiliarias, es de destacar que la intervención penal puede adecuarse a los principios que actúan como límites del *Ius puniendi* estatal si existiese ese necesario control por parte de las Administraciones Públicas⁴⁸⁰, sobre todo si se tiene en cuenta que los instrumentos jurídicos existen⁴⁸¹. En cualquier caso, no debe

⁴⁷⁹ LANDROVE DÍAZ, G., *Los fraudes colectivos*, cit., p. 80. Aun cuando lo plantea en un contexto distinto, DAHRENDORF, R., *Ley y orden*, cit., p. 54, constata la existencia de un sentimiento generalizado de que la delincuencia en masa es una posible vía para obtener la impunidad.

⁴⁸⁰ Vid. BOIX REIG, J. en VIVES ANTÓN, T.S., BOIX REIG, J., *Derecho Penal. Parte Especial*, cit., p. 363; BUSTOS RAMÍREZ, J., *Manual de Derecho Penal. Parte Especial*, 1ª edic., cit., p. 267; QUINTERO OLIVARES, G., «La política penal para la propiedad y el orden económico ante el futuro Código Penal español», cit., p. 217; SAINZ CANTERO, J.A., «Criminología de los fraudes de alimentos», cit., pp. 289 y 290.

Sobre el Derecho Administrativo sancionador en materia de salud pública y alimentación, vid., por todos, REBOLLO PUIG, M., *Potestad sancionadora, alimentación y salud pública*, cit., *passim* (fundamentalmente, las infracciones sanitarias relativas a alimentos en pp. 451 a 616, y la concurrencia de infracciones sanitarias en materia de alimentación con delitos y faltas penales -principio *ne bis in idem*- en pp. 835 a 871).

⁴⁸¹ Así lo afirma MARTÍN-RETORTILLO BAQUER, L., «Una panorámica de la defensa de los consumidores desde el Derecho Administrativo», cit., p.135.

olvidarse que el alimentario es también un campo abonado para la comisión de fraudes colectivos⁴⁸².

2.3.2.4.3) Estafas en el contrato de seguro

A modo de introducción, es conveniente precisar una serie de extremos. Así, con la expresión «estafas en el contrato de seguro» queremos significar aquellos fraudes cometidos por el asegurador del que resultan perjudicados el asegurado, tomador o beneficiario provocados por una intencionada redacción confusa de las cláusulas contractuales⁴⁸³. Es el caso, por ejemplo, de la pérdida del derecho a recibir la contraprestación debido al contenido oscuro de las cláusulas limitativas de tal derecho.

482 Baste recordar que a ellos se refiere la Exposición de Motivos del Real Decreto-Ley de 4 de enero de 1997 (nº 1/77) de creación de la Audiencia Nacional como ejemplo de necesidad de crear un órgano de ámbito nacional para conocer de determinados hechos. En la doctrina, vid. BERMEJO VERA, J., «Aspectos jurídicos de la protección del consumidor», cit., p. 272; FERNÁNDEZ ALBOR, A., *Estudios sobre criminalidad económica*, cit., p. 48; GONZÁLEZ RUS, J.J., *Los intereses económicos de los consumidores. Protección penal*, cit., p. 315; OCTAVIO DE TOLEDO Y UBIETO, E., «Notas para un estudio de los fraudes alimentarios en Derecho Penal», cit., p. 90; RODRÍGUEZ RAMOS, L. «Fraudes alimentarios contrarios a la salud pública», cit., p. 97. Según SAINZ CANTERO, J.A., «Criminología de los fraudes de alimentos», cit., p. 274, "el fraude de alimentos representa un problema social, económico y jurídico de grandes dimensiones".

483 Sin que ello implique que bajo esta fórmula sólo sea incluíble esta vertiente, pues también caben los supuestos de estafa del tomador, asegurado o beneficiario al asegurador. En este último sentido, habría que hacer referencia a los tipos contenidos en los artículos 529.4º y 556, además del propio del artículo 528.

Capítulo II.- Tipo del injusto (I): tipo objetivo

En otro orden de cosas, en este sector fácilmente nos podemos situar en el ámbito de los fraudes colectivos si tenemos en cuenta que la contratación en el ámbito del seguro es mediante contratos de adhesión, donde el tomador, prácticamente, carece de margen de discusión, limitándose su participación a la determinación de las cuantías que pretende en función de la modalidad de seguro a contratar, además de la firma del mismo.

Por otro lado, cuando se analizó el objeto material, se planteó la posibilidad de entender el seguro como un bien de reconocida utilidad social. Lo que nos resulta indubitado es que, cuanto menos, puede sostenerse esa apreciación respecto de determinadas modalidades, caso de los seguros obligatorios⁴⁸⁴.

En todo caso, no parece que sea muy conveniente establecer una relación exhaustiva *-numerus clausus-* de modalidades de seguros que puedan tener un reconocimiento público de utilidad; fundamentalmente, porque sería contradictorio con nuestro posicionamiento en torno a la conceptualización de la categoría «bienes de reconocida utilidad social». Precisamente, una de las ventajas que

⁴⁸⁴ Así lo estima SERRANO-PIEDECASAS FERNÁNDEZ, J.R., *La estafa en el contrato de seguro*, cit., p. 104.

Capítulo II.- Tipo del injusto (I): tipo objetivo

reporta la utilización de conceptos jurídicos indeterminados, como en su momento se apuntó, es su menor dificultad para adecuarse a los cambios producidos en los intereses de los individuos que subyacen en toda norma y, por supuesto, también en la jurídico-penal.

En sede de ejemplo, dado que en España existe hoy un sistema público de pensiones, en donde se incluyen, incluso, prestaciones no contributivas, se hace difícil sostener que los planes privados de pensiones puedan englobarse dentro de la categoría antecitada. Sin embargo, no es en absoluto descartable que en un futuro no muy lejano, a la vista de las opiniones expertas en la materia, aquel sistema público de pensiones tenga que complementarse con un sistema privado, entendida esa complementariedad en clave de necesidad. A partir de ese momento habrá que cuestionarse si tales planes privados no van a gozar también de una reconocida utilidad social.

Hechas las anteriores consideraciones introductorias, volvemos a situarnos en el ámbito de los «seguros masivos obligatorios», esto es, de aquellos que tienen una reconocida utilidad social y que se contratan mediante un mecanismo de simple adhesión.

Capítulo II.- Tipo del injusto (I): tipo objetivo

Si la contratación se llevó a cabo con la pretensión inicial de lucrarse mediante la evitación del cumplimiento de la contraprestación a que viene obligada la compañía aseguradora en el momento de actualización del riesgo, introduciendo, por seguir con el ejemplo inicial, cláusulas confusas limitativas del derecho a recibir aquella contraprestación, engañando a múltiples tomadores, la conducta puede ser subsumible en el tipo especialmente cualificado de estafa.

Hasta ahora nos hemos referido exclusivamente al engaño mediante la «letra menuda», cuando no cabe duda que son otras muchas las opciones. Sin embargo, entendemos con SERRANO-PIEDECASAS FERNÁNDEZ que, a "falta de un seria y completa investigación criminológica de la que se pudieran extraer datos cuantificados y valorados de las maniobras defraudatorias empleadas por el asegurador en perjuicio del asegurado"⁴⁸⁵, debemos limitarnos al supuesto ya descrito⁴⁸⁶.

⁴⁸⁵ SERRANO-PIEDECASAS FERNÁNDEZ, J.R., ult. cit., p. 135.

⁴⁸⁶ Es de advertir que, aunque *prima facie* pudiera entenderse que tal razonamiento debiera relativizarse en la misma medida en que se hizo en el estudio del segundo bien jurídico, existe una diferencia esencial, cual es que las cifras estadísticas que se dan a conocer por los organismos públicos (v.gr. el Instituto Nacional de Estadística) y privados (caso de las asociaciones de consumidores), no contemplan los datos a los que se refiere SERRANO-PIEDECASAS.

Capítulo II.- Tipo del injusto (I): tipo objetivo

Además, hay que tener en cuenta que, aun cuando se reconoce unánimemente por la doctrina mercantil que la propia Ley de Contrato de Seguro⁴⁸⁷ contiene preceptos cuya finalidad es la tutela de los intereses de los consumidores⁴⁸⁸, ella misma puede impedir un efectivo conocimiento -y posterior corrección- de los supuestos de fraude por parte de las aseguradoras desde la doctrina del Tribunal Supremo⁴⁸⁹. Así, el último párrafo del artículo 3º establece que "declarada por el Tribunal Supremo la nulidad de alguna de las cláusulas de las condiciones generales de un contrato, la Administración pública competente obligará a los aseguradores a modificar las cláusulas idénticas contenidas en sus pólizas", siendo de temer, como advierte BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, "que la originalidad no beneficiará a los asegurados en general, sino que servirá solamente para que las compañías aseguradoras eviten cuidadosamente recurrir en casación ante el Tribunal Supremo en los procedimientos en que sean condenadas por los Tribunales de instancia. Mediante este sistema tan sencillo, puede

⁴⁸⁷ Ley 50/1980, de 8 de octubre, de contrato de seguro (BOE nº 250, de 17 de octubre).

⁴⁸⁸ Vid., por todos, MENÉNDEZ MENÉNDEZ, Aurelio, «Preliminar», *Comentarios a la Ley de Contrato de Seguro*, t. I, Colegio Universitario de Estudios Financieros, Madrid, 1982, pp. 115 y ss.

⁴⁸⁹ De hecho, lo lógico es que así suceda.

Capítulo II.- Tipo del injusto (I): tipo objetivo

lograrse que la norma en cuestión no sirva para nada"⁴⁹⁰.

Al margen de lo dicho, dado que el objeto de análisis en este momento es la concreción del perjuicio en esta modalidad defraudatoria, no nos vamos a referir, obviamente, a los elementos configuradores del engaño, los cuales deben resolverse de acuerdo con el juicio de idoneidad de la conducta.

Pues bien, el perjuicio en este ámbito se centra, en orden a la *cantidad*, en la no recepción por los asegurados de las cantidades a que tienen derecho, debido, tal como hemos manifestado, a una consciente y querida redacción confusa, provocando la pérdida del derecho a recibir las correspondientes contraprestaciones a que venía obligada a cumplir la compañía aseguradora, o bien percibiendo unas cantidades inferiores a las establecidas inicialmente.

Por último, en cuanto a la alteración en la *calidad*, obviamente hay que referirla a aquellos seguros donde los

⁴⁹⁰ BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, A., «La protección de los consumidores en el Derecho español», cit., p. 64.

Capítulo II.- Tipo del injusto (I): tipo objetivo

asegurados tienen derecho a unas determinadas prestaciones y, a resultas de la ya citada oscura redacción, éstas no guardan relación con las originariamente previstas. Es el caso de los seguros por cuenta ajena de prestaciones complementarias a la Seguridad Social, ejemplo por lado ilustrativo de las posibilidad real y efectiva de afectar a múltiples perjudicados.

En todo caso, no dejamos de reconocer que esta modalidad defraudatoria presenta unos muy peculiares problemas que invitan a un tratamiento exhaustivo particular, y no como mero apartado dentro un estudio mucho más amplio.

2.3.2.4.4) Estafas en las «ventas por catálogo»

Las posibles defraudaciones en este ámbito son de interés para nosotros debido a que cada vez se adquieren más productos de primera necesidad mediante estas modalidades especiales de venta⁴⁹¹; además, normalmente

⁴⁹¹ Recordamos nuevamente que España experimenta un importante auge de esta modalidad de venta a partir de 1989, debido a que resulta más cómodo (se compra sin moverse de la casa) y más rápido (no se pierde el tiempo libre del que se dispone), cobrando relevancia en el ámbito de la presente investigación dado que productos calificados como primariamente necesarios son adquiridos por catálogo [v. gr., el 37% de la ropa y el calzado, según constata (continúa...)]

Capítulo II.- Tipo del injusto (I): tipo objetivo

se utiliza la publicidad para atraer al mayor número de personas, todo lo cual, en el supuesto de que exista una defraudación, puede situarnos en el ámbito del tipo especialmente cualificado de estafa objeto de nuestro estudio.

Por otro lado, el que suele utilizarse como ejemplo de fraudes colectivos a las denominadas «ventas por catálogo» es algo a lo que tampoco nosotros hemos podido sustraernos⁴⁹². Sin embargo, pronto advertiremos que, de acuerdo con los principios que actúan como límites del *Ius Puniendi* estatal, no es fácil que hoy puedan producirse este tipo de fraudes dada la legislación existente en nuestro país.

En los supuestos en que se acuda a la publicidad como medio engañoso -cada día con mayor frecuencia-, no deben producirse especiales inconvenientes en su admisión como medio idóneo

⁴⁹¹(...continuación)
la encuesta de CASTRO GIL y MONTERO BOBILLO en «Opiniones y actitudes del consumidor español» (encuestas), cit.].

⁴⁹² volvemos a recordar que por «ventas por catálogo» queremos referirnos a todas las compraventas que se producen fuera del establecimiento mercantil y, en consecuencia, diferidas en el tiempo.

Capítulo II.- Tipo del injusto (I): tipo objetivo

(publicidad engañosa⁴⁹³), pues como ya hemos tenido ocasión de comprobar, el consumidor puede adquirir perfectamente el producto movido por la actividad publicitaria⁴⁹⁴. Como bien expresa la Sentencia del Tribunal Supremo de 19 de junio de 1991⁴⁹⁵ cuando aborda los problemas que se derivan de la publicidad engañosa, "naturalmente cabe que la publicidad constituya el medio idóneo para con el engaño originar el fraude económico, por el cauce de la estafa".

Pues bien, en los supuestos en los que mediante un anuncio por catálogo se oferte un bien de reconocida utilidad social y múltiples personas lo adquieran, resultando, en principio, perjudicados por cuanto que la oferta realizada en el catálogo no responde a la realidad -pues así se había previsto por el vendedor desde un

⁴⁹³ Para BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, A., «La protección de los consumidores en el Derecho español», cit., pp. 62 y 63, la postura del Tribunal Supremo sosteniendo que la publicidad realizada vincula contractualmente al anunciante supone una "nueva sanción a la publicidad engañosa".

⁴⁹⁴ En esta línea se sitúa DE JESÚS SÁNCHEZ, M.G., «La publicidad engañosa como figura típica objeto de criminalización», cit., p. 314, afirmando que en los supuestos en los que las características de lo comprado no coinciden con las detalladas en la publicidad "puede observarse una actividad publicitaria constitutiva del engaño como medio que precisa la estafa". Igualmente reconoce esta posibilidad MANZANARES SAMANIEGO, J.L., «La tipificación del delito publicitario en el Derecho español», cit., p. 275, si bien con carácter excepcional.

⁴⁹⁵ RA. 4756.

Capítulo II.- Tipo del injusto (I): tipo objetivo

principio-, podría hablarse de la posible existencia de un fraude colectivo con la suficiente carga de reprochabilidad como para sostener un juicio de desvalor penal. Sin embargo, con base en el principio de *ultima ratio*, antes de la respuesta penal deben buscarse otras que no tengan aquel carácter y, en el supuesto de que existiesen, acudir a ellas primeramente. Y esto es lo que en apariencia ocurre respecto de las denominadas «ventas por catálogo» con la Ley 26/1991, de 21 de noviembre, sobre contratos celebrados fuera de los establecimientos mercantiles⁴⁹⁶. Dados los niveles de protección a los consumidores otorgados por esta norma⁴⁹⁷, no parece, en principio, que tenga que acudir a la vía penal para lograr que en estos casos aquéllos no vean afectado su interés patrimonial.

⁴⁹⁶ B.O.E. nº 283 de 26 de noviembre de 1991.

⁴⁹⁷ Esta Ley tiene su origen en la incorporación al Derecho español de la Directiva de las Comunidades Europeas 85/577, de 20 de diciembre, sobre esta misma materia. En ella, según expresa su Exposición de Motivos, se "establece un conjunto de medidas de protección al consumidor por entender que, en los contratos que se celebran fuera del establecimiento del comerciante, concurren circunstancias de iniciativa de éste y de imposibilidad de comparación de la calidad y el precio de la oferta que pueden determinar la existencia de prácticas comerciales abusivas". Sobre esta norma, vid. VÉRGEZ SÁNCHEZ, M., «Régimen jurídico de los contratos realizados fuera del establecimiento (una aproximación al Derecho Europeo)», *Derecho Mercantil de la Comunidad Económica Europea. Estudios en homenaje a José Girón Tena*, Civitas, Madrid, 1991, pp. 1185 y ss.

Capítulo II.- Tipo del injusto (I): tipo objetivo

Efectivamente, en el artículo 5⁴⁹⁸ se reconoce el derecho de revocación por parte de los consumidores, de suerte que el ejercicio de este derecho puede impedir la lesión del patrimonio; y si eso se consigue, la seguridad del tráfico económico-jurídico no se ve afectada, por cuanto que dicho tráfico a demostrado tener los mecanismos de protección suficientes para lograr la tutela de los intereses de los que participan en él.

No obstante, en los supuestos en que los medios establecidos no sean capaces de lograr evitar la afectación del patrimonio, no cabe duda que, además, la colectividad pierde la confianza en la seguridad del tráfico, de suerte que, atacados los bienes jurídicos protegidos por la norma penal, habría que ver la posibilidad de subsumir el comportamiento lesivo en el tipo de la estafa, pues, aparentemente, podría fijarse, movido por un ánimo de lucro, la existencia del resultado patrimonial imputable objetivamente a una conducta idónea⁴⁹⁹, que tiene por objeto un bien de reconocida

⁴⁹⁸ Artículo 5.1: "El consumidor podrá revocar su declaración de voluntad sin necesidad de alegar causa alguna, hasta pasados siete días contados desde la recepción [del objeto de la compra]".

⁴⁹⁹ El medio utilizado para generar el engaño ha sido la publicidad, y la ya citada Sentencia del Tribunal Supremo de 19 de junio de 1991 advierte que "la veracidad en la publicidad, que directamente protege los intereses legales de los consumidores y usuarios, y el principio de legalidad, obligan a respetar las normas
(continúa...)

utilidad social y del que resultan múltiples perjudicados⁵⁰⁰.

En síntesis, si bien parece poco probable la necesidad de intervención del Derecho Penal, no por ello debe descartarse tal posibilidad.

2.3.3) Afectación de la seguridad del tráfico económico-jurídico

2.3.3.1) Planteamiento

Ante todo, se hace absolutamente necesario establecer como punto de partida irrenunciable que si se habla de puesta en peligro de un bien jurídico es porque es posible hablar de su lesión. En esta línea, le asiste toda la razón a MÉNDEZ RODRÍGUEZ cuando afirma que "el peligro es necesariamente el estadio previo de la lesión

⁴⁹⁹ (...continuación)
básicas e imprescindibles de la convivencia social por cuanto que su quebranto puede incidir en el ámbito de la jurisdicción penal".

⁵⁰⁰ Vid. *supra* en la nota 92 el criterio por nosotros asumidos para distinguir entre un ilícito civil y el tipo de estafa objeto de investigación.

y si ésta no es determinable, con mayor razón aún no lo será la efectiva puesta en peligro"⁵⁰¹.

Cuestión distinta es cómo hay que entender la lesión de un bien jurídico colectivo, pues obviamente que hay que entenderla de forma diferente -o dotarla de connotaciones distintas- a como se entiende respecto de un bien jurídico individual. Así, es evidente que uno de los principales problemas que se plantean en relación a los bienes jurídicos colectivos es que la teoría del delito ha sido construida sobre los bienes jurídicos individuales, con todas las consecuencias que ello conlleva⁵⁰². En este ámbito en concreto, cuando se habla de lesión se piensa en la destrucción o menoscabo del bien jurídico, pensando en la vida, la salud, el patrimonio, pero no se piensa, v.gr., en la Hacienda Pública. De esta forma, dado que si se habla de puesta en peligro es porque se puede hablar de lesión, la Hacienda Pública se puede lesionar, pero no de la forma en que se entiende la lesión de un bien jurídico individual, pues

⁵⁰¹ MÉNDEZ RODRÍGUEZ, C., *Los delitos de peligro y sus técnicas de tipificación*, cit., p. 40. En igual sentido, RODRÍGUEZ MONTAÑÉS, T., *Delitos de peligro, dolo e imprudencia*, Centro de Estudios Judiciales, Ministerio de Justicia y Servicio de Publicaciones, Facultad de Derecho, Universidad Complutense de Madrid, Madrid, 1994, p. 7.

⁵⁰² cfr. MÉNDEZ RODRÍGUEZ, C., ult. cit., p. 42.

Capítulo II.- Tipo del injusto (I): tipo objetivo

nadie puede con su conducta destruir, arruinar a la Hacienda Pública.

2.3.3.2) Argumentos y réplicas en contra del criterio de la lesión

Pueden sintetizarse una serie de argumentos que, en última instancia, son los que se manejarían para negar la lesión de un bien jurídico colectivo:

1º. Éste no es cuantificable⁵⁰³.

2º. Plantea problemas de formalización, en cuanto que no tiene contenido material⁵⁰⁴.

3º. En la medida en que el bien jurídico colectivo es complementario del individual⁵⁰⁵, el primero provoca un adelantamiento de la barrera de protección respecto del segundo.

503 Cfr. SCHROEDER, F.C., «Die Gefährdungsdelikte in Strafrecht», *ZStW*, 1969 (81), p. 17 (citado por BARBERO SANTOS, M., «Contribución al estudio de los delitos de peligro abstracto», *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, t. XXVI, fasc. III, 1973, p. 495); TERRADILLOS BASOCO, J., «Delitos financieros», cit., p. 141.

504 Cfr. RODRÍGUEZ RAMOS, L., «Fraudes alimentarios nocivos», cit., pp. 818 y 819.

505 Vid. *supra* el apartado 4.2.6) del Capítulo I.

Capítulo II.- Tipo del injusto (I): tipo objetivo

4º. La situación jerárquica de inferioridad del bien jurídico colectivo respecto del individual, debido al carácter personalista de nuestro sistema social y, por ende, de nuestro sistema jurídico⁵⁰⁶, implica la no exigencia de lesión del bien jurídico colectivo, bastando con su puesta en peligro⁵⁰⁷.

Frente a ellos pueden esgrimirse las siguientes respuestas y dudas: en primer lugar, si se argumenta que el bien jurídico colectivo no es cuantificable es porque el bien jurídico individual sí lo es. Si ello es así, y tiene que serlo, pues en caso contrario ya no sería un argumento para negar la lesión del bien jurídico colectivo, habría que preguntar cómo se cuantifican bienes jurídicos individuales como el honor, por ejemplo.

En segundo lugar, respecto a que carece de contenido material, hay que manifestar, muy por el contrario, que tiene un contenido material irrenunciable, asentado en la vida socioeconómica misma, pues es definible lo que

⁵⁰⁶ Vid. *supra* el apartado 4.4.3) del Capítulo I.

⁵⁰⁷ Cfr. HASSEMER, W., MUÑOZ CONDE, F., *Introducción a la Criminología y al Derecho Penal*, cit., pp. 109 y 110.

Capítulo II.- Tipo del injusto (I): tipo objetivo

genera seguridad e inseguridad en el tráfico económico-jurídico⁵⁰⁸.

En tercer lugar, en cuanto al adelantamiento de la barrera de protección, las dudas que surgen son las siguientes: si con la técnica de los delitos de peligro lo que se pretende es adelantar el momento de consumación con el fin de lograr una mayor y más eficaz protección del bien jurídico individual, bastando para entender consumado el delito que el bien jurídico haya sido puesto en peligro sin exigir su efectiva lesión, no se entiende esta construcción cuando el tipo penal es -como en nuestro caso- pluriofensivo, dependiendo la consumación, no de la puesta en peligro del bien jurídico colectivo, sino de la lesión del bien jurídico individual -pues eso significa también la complementariedad-.

Pero la duda fundamental que se plantea es si la nota de la complementariedad implica que el bien jurídico colectivo hay que definirlo en relación al bien jurídico individual, cuando, como vimos en su momento⁵⁰⁹, el primero participa de una estructura propia por responder

⁵⁰⁸ Además, también existen bienes jurídicos individuales inmateriales, como el propio honor.

⁵⁰⁹ Vid. *supra* el apartado 4.2.6) del Capítulo I.

Capítulo II.- Tipo del injusto (I): tipo objetivo

a una distinta naturaleza⁵¹⁰, de manera que puede entenderse que no se trata de una cuestión de adelantamiento de la protección, sino de la tutela de otros bienes jurídicos distintos a los individuales⁵¹¹.

En todo caso, cabría preguntarse si cabe en un tipo penal la protección de un bien jurídico individual junto con la de un bien jurídico colectivo, pero conformado el resultado respecto del primero como peligro, pues si ello es posible, entonces habría que concluir, según el argumento que se maneja, que se adelanta la barrera al peligro del peligro, lo cual es rechazable, por el mismo motivo por el que se rechazan los tipos de imperfecta ejecución en los delitos de peligro.

En cuarto lugar, respecto a que la situación jerárquica de inferioridad del bien jurídico colectivo

⁵¹⁰ Baste recordar que según afirma TORÍO LÓPEZ, A., «Estafa de crédito y abuso punible de letras de cambio en la reforma del sistema penal», *Estudios Penales y Criminológicos*, t. V, 1982, pp. 121 y 122, el patrimonio no puede protegerse mediante tipos de peligro en la medida en que no se trata de un bien jurídico absoluto o primario, tesis a la que se adhieren, entre otros, MARTOS NÚÑEZ, J.A., *El perjuicio patrimonial en el delito de estafa*, cit., pp. 127 y 128 y nota 272; y VALLE MUÑOZ, J.M., *El delito de estafa*, cit., p. 226.

⁵¹¹ Cosa distinta es que con base en este argumento se sostenga la necesidad de acudir a la técnica de los delitos de peligro abstracto, tal como defiende FIANDACA, G., «La tipizzazione del pericolo», *Rivista Italiana di Diritto e Procedura Penale*, 1982, pp. 455 y ss.

Capítulo II.- Tipo del injusto (I): tipo objetivo

respecto del bien jurídico individual implica la no exigencia de efectiva lesión del primero, esta formulación responde, ante todo, a aquellos tipos penales que tutelan inmediatamente un bien jurídico colectivo, en donde, por de pronto aparentemente, lo razonable político-criminalmente parece que es adelantar la barrera de protección con el fin de evitar la efectiva lesión, tal como propugna un sector de la doctrina respecto de tipos penales como los delitos contra la salud pública⁵¹² o el delito publicitario^{513 514}.

2.3.3.3) Observaciones sobre la técnica del peligro abstracto

No obstante lo dicho en los párrafos anteriores, bien es cierto que cuando se habla de puesta en peligro respecto de un bien jurídico colectivo no necesariamente hay que referirse a peligro abstracto⁵¹⁵. Sin entrar en

⁵¹² Cfr. PÉREZ ÁLVAREZ, F., *Protección penal del consumidor. Salud pública y alimentación*, cit., p. 192.

⁵¹³ Cfr. TAMARIT SUMALLA, J.M., «La tutela penal de los intereses de los consumidores en la actividad publicitaria: problemas fundamentales», cit., p. 334 y nota 37.

⁵¹⁴ Posteriormente volveremos a utilizar estos tipos penales como ejemplos de delitos de lesión de bienes jurídicos colectivos según el criterio de un sector minoritario de la doctrina.

⁵¹⁵ Cfr. HASSEMER, W., «Il bene giuridico nel rapporto di tensione tra Costituzione e diritto naturale», cit., pp. 104 y ss.; (continúa...)

el debate sobre la virtualidad de tal construcción, es de destacar que puede vulnerar una de las máximas garantías del Estado de Derecho, cual es la presunción de inocencia (se establece una presunción *iuris et de iure*, es decir, que no admite prueba en contrario de la ausencia de peligro⁵¹⁶), lo que, a su vez, puede provocar una situación de difícil justificación, ya que puede acontecer que realizada determinada conducta se tenga que imponer una pena aun cuando no se haya verificado el peligro⁵¹⁷, todo lo cual supone un claro desprecio hacia los principios básicos que inspiran el moderno Derecho Penal (principios de exclusiva protección de

515 (...continuación)

PADOVANI, T., «La problematica del bene giuridico e la scelta delle sanzioni», cit., pp. 114 y ss.; RODRÍGUEZ MONTAÑÉS, T., *Delitos de peligro, dolo e imprudencia*, cit., p. 5, nota 8.

Tal vez habría que recordar que la Asociación Internacional de Derecho Penal, en su XIII Congreso Internacional en El Cairo en 1984, recomendó (recomendación nº 9) la técnica de los delitos de peligro abstracto frente a los delitos económicos, aunque hoy existe la duda acerca de los motivos por los que realmente se realizó tal recomendación, pues no le falta razón a TORÍO LÓPEZ, A., «Los delitos de peligro hipotético», cit., p. 827, cuando denuncia el «cajón de sastre» en que se ha convertido esta categoría, sobre todo en el ámbito de la delincuencia socioeconómica, lo que queda acreditado con las conclusiones del Congreso antecitado.

516 Vid. PÉREZ ÁLVAREZ, F., ult. cit., p. 60.

La generalización de la técnica de los tipos de peligro abstracto no es ajena al hecho que facilita la prueba (cfr. TIEDEMANN, *Poder económico y delito*, cit., p. 36; BUSTOS RAMÍREZ, J., «Perspectivas actuales del Derecho Penal económico», cit., p. 127, tesis que ya había sostenido en «Los delitos de peligro», *Control social y sistema penal*, PPU, Barcelona, 1987, pp. 327 a 329).

517 Cfr. GALLO, M., «I reati di pericolo», *Il Foro Penale*, 1969, pp. 1 y ss., fundamentalmente, p. 5.

Capítulo II.- Tipo del injusto (I): tipo objetivo

bienes jurídicos, ofensividad y proporcionalidad⁵¹⁸). Por ello, no dejan de resultar ilustrativos los esfuerzos de la doctrina por crear técnicas intermedias entre el peligro abstracto y el peligro concreto, afán que, entre otras cosas, pone en evidencia la endeblez de la primera⁵¹⁹; técnicas mixtas, además, que reciben el beneplácito doctrinal respecto de tipos penales concretos⁵²⁰.

A las críticas anteriores a los delitos de peligro abstracto hay que sumar otra no menos importante, que si bien no puede ser objeto ahora de un exhaustivo análisis por obvias razones, no por

⁵¹⁸ Vid. MÉNDEZ RODRÍGUEZ, C., *Los delitos de peligro y sus técnicas de tipificación*, cit., pp. 137 y 154 y ss., y la bibliografía citada en p. 151.

⁵¹⁹ Vid., al respecto, BARBERO SANTOS, M., «Contribución al estudio de los delitos de peligro abstracto», cit., p. 495, abogando por la admisión de prueba de falta de peligrosidad (*presunción iuris tantum*); MÉNDEZ RODRÍGUEZ, C., ult. cit., pp. 171 y ss., acerca de lo que esta autora denomina «tipos cargados» en relación a determinados esfuerzos de la doctrina italiana; SCHRÖDER, H., «Abstrakt-konkrete Gefährdungsdelkte?», *JZ*, 1967, pp. 552 y ss., sobre los delitos de peligro abstracto-concreto, y la reelaboración de GALLAS, W., «Abstrakte und konkrete Gefährdung», *Festschrift für E. Heinitz, W. de Gruyter*, Berlin, 1972, pp. 171 y ss., sobre el «tipo mixto» (ambos en MÉNDEZ RODRÍGUEZ, C., ult. cit., pp. 188 y ss.); TORÍO LÓPEZ, A., «Los delitos de peligro hipotético», *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, t. XXXIV, n.º monográfico extraordinario dedicado a la memoria del Profesor J. Antón Oneca, 1981, p. 828, exigiendo respecto de éstos, no la concurrencia de un peligro, pero sí una acción apta para generar un peligro para el bien jurídico protegido.

⁵²⁰ Cfr. GARCÍA ALBERO, R., «La tutela penal y administrativa de la salud de los consumidores en materia alimentaria. Consideraciones críticas en torno a su articulación jurídica», cit., p. 120; TERRADILLOS BASOCO, J., *Delitos societarios*, cit., pp. 54 y 55.

Capítulo II.- Tipo del injusto (I): tipo objetivo

ello debe dejar de mencionarse. No referimos a la elevación a la categoría de delito de simples infracciones administrativas vía delitos de esta índole en el Código Penal español, convirtiendo al Derecho Penal en un Derecho de policía, en una mera prolongación del Derecho Administrativo sancionador, hecho al que no es ajeno, obviamente, las propias características de esta técnica de tipificación, motivo de por sí suficiente, al menos aparentemente, para si no huir de ella, cuanto menos no fomentar su utilización.

En todo caso, hay que tener presente que no vinculamos estructuralmente el interés colectivo a intereses patrimoniales individuales, lo que conduciría de forma indefectible al peligro abstracto⁵²¹, pues la consecuencia inmediata de vincular la estructura del delito, respecto del bien jurídico colectivo, al bien jurídico individual es que hay que establecer una presunción *iuris et de iure* sobre el grado de afectación del bien jurídico colectivo⁵²².

⁵²¹ Cfr. BUSTOS RAMÍREZ, J., «Los bienes jurídicos colectivos», cit., p. 160; TIEDEMANN, C., *Poder económico y delito*, cit., p. 36.

⁵²² Cfr. BUSTOS RAMÍREZ, J., *Manual de Derecho Penal. Parte General*, cit., p. 264.

Capítulo II.- Tipo del injusto (I): tipo objetivo

Además, una vez que se constata que el tipo especialmente cualificado de estafa es un delito pluriofensivo y, en consecuencia, con una penalidad superior a la establecida para el tipo básico (delito monoofensivo), parece difícil justificar político-criminalmente la pena establecida (dos grados más) por el simple hecho de que se ponga el bien jurídico colectivo en un peligro meramente abstracto, esto es, que se presuma sin más que determinada conducta supone un peligro para dicho objeto jurídico.

2.3.3.4) El criterio de la posible lesión

Todas las reflexiones anteriores hay que ponerlas en relación con el sostenimiento de un criterio de posible lesión⁵²³, aunque no cabe duda que la inmensa mayoría de la doctrina afirma que la tutela de los intereses colectivos debe efectuarse vía tipos de peligro⁵²⁴;

⁵²³ En contra, negando la posibilidad de lesión de un bien jurídico colectivo, PÉREZ ÁLVAREZ, F., *Protección penal del consumidor. Salud pública y alimentación*, cit., p. 65.

⁵²⁴ Según QUERALT JIMÉNEZ, J.J., *Derecho Penal español. Parte Especial*, cit., p. 234, los supuestos de delito-masa, en los que el sujeto activo conoce y se aprovecha de la indeterminabilidad de los afectados, son casos que afectan a las relaciones económicas en su conjunto, planteamiento plenamente coincidente con el nuestro. Sin embargo, discrepamos cuando, buscando criterios de diferenciación entre los anteriores supuestos y aquellos en los que sólo existe una víctima y la conducta tiene por objeto inmediato su patrimonio, (continúa...)

Capítulo II.- Tipo del injusto (I): tipo objetivo

sobre todo, en el ámbito de la delincuencia económica y acudiendo a la técnica de los tipos de peligro abstracto⁵²⁵. Sin embargo, un sector minoritario de la doctrina reconoce la posibilidad de lesión de un bien jurídico colectivo⁵²⁶, como ocurre en los delitos contra la salud pública⁵²⁷ o en el delito publicitario⁵²⁸.

Así, cuando se ha estado abusando del cheque como medio de pago, no cabe duda que se ha atentado contra el funcionamiento del sistema económico, generando una gran desconfianza entre los receptores de los mismos, la cual ha provocado, a su vez, que el cheque haya dejado de ser un medio de pago normal en el seno de las relaciones de consumo, debido a la inseguridad generada. Pues bien, una

524 (...continuación)
sostiene que los primeros son delitos de peligro y los segundos delitos de lesión.

525 Cfr. ACOSTA ESTÉVEZ, J.B., «Algunas consideraciones en torno a la protección penal de los consumidores: fraudes alimenticios», cit., p. 473; GONZÁLEZ RUS, J.J., *Los intereses económicos de los consumidores. Protección penal*, cit., p. 52; MARTOS NÚÑEZ, J.A., «Protección de los consumidores y usuarios», cit., p. 446; RODRÍGUEZ MONTAÑÉS, T., *Delitos de peligro, dolo e imprudencia*, cit., p. 338.

526 En general, BUSTOS RAMÍREZ, J., «Los bienes jurídicos colectivos», cit., p. 160.

527 Cfr. ARENAS RODRIGÁÑEZ, M.P., *Protección penal de la salud pública y fraudes alimentarios*, cit., pp. 148 y 149.

528 Cfr. MARTÍNEZ PÉREZ, C., «Consideraciones en torno a la creación de un delito relativo a la publicidad engañosa», cit., p. 69.

Capítulo II.- Tipo del injusto (I): tipo objetivo

vez que es empíricamente constatable esta situación, de suerte que lo difícil hoy es encontrar un establecimiento donde se acepte el cheque, parece que no puede afirmarse que la seguridad del tráfico ha sido meramente puesta en peligro; que dado que se prevé la posibilidad de atentar contra ella, se ha adelantado la barrera de protección aceptando una estructura de peligro, cuando lo que se constata es la efectiva lesión. El que existan los carteles en los establecimientos anunciando que no se admiten cheques podría ser la prueba de que la seguridad del tráfico ya ha sido lesionada.

Igualmente, cuando debido a los múltiples fraudes en materia de vivienda se ha provocado la desconfianza de los consumidores, parece que no puede afirmarse que la seguridad del tráfico se está poniendo en peligro. Así, respecto a la existencia de múltiples fraudes inmobiliarios basta con analizar la legislación existente al respecto, que no ha podido evitar la ingente cantidad de sentencias condenatorias existentes. Todo ello ha provocado que en el momento de adquirir una vivienda se actúe con una gran cautela, realizando todas las comprobaciones posibles, y exigiendo igualmente todas las garantías pertinentes. Desde esta perspectiva, si nos preguntamos si nos fiamos de las manifestaciones que

Capítulo II.- Tipo del injusto (I): tipo objetivo

pueda verter el titular de la vivienda que queremos comprar, la respuesta obviamente es que no, motivo por el cual podría resultar difícil explicar que las estafas colectivas en el ámbito de las viviendas sólo ponen en peligro la seguridad del tráfico económico-jurídico, cuando lo que se verifica es que ha sido efectivamente lesionada.

De esta suerte, lo que en principio podría presentarse como un peligro, se presenta realmente como una efectiva lesión.

Todo lo anterior nos conduce a un resultado posible, pero no exento de ciertas dificultades dogmáticas. Entre ellas se afirma que sostener la lesión de un bien jurídico colectivo supone la formalización del mismo, debido a la dificultad de que una conducta aislada genere una efectiva destrucción o menoscabo del objeto jurídico, que precisaría de acciones reiteradas en el tiempo⁵²⁹. Sin embargo, no se acaba de entender los motivos por los que se hace tal aseveración. Insistimos, de entrada, que para poder sostener que una conducta es peligrosa para un bien jurídico hay que determinar cuál es el resultado

⁵²⁹ Cfr. RODRÍGUEZ MONTAÑÉS, T., *Delitos de peligro, dolo e imprudencia*, cit., pp. 300 a 302.

Capítulo II.- Tipo del injusto (I): tipo objetivo

lesivo o, si se prefiere, sólo se puede hablar de peligro si se puede hablar de lesión. Cosa distinta es que, desde una determinada perspectiva político-criminal, se opte por la técnica de los tipos de peligro, pero entendiendo que dogmáticamente es posible acudir al tipo de lesión⁵³⁰, de manera que sólo se trata de situarse en otra perspectiva político-criminal. Reiteramos que la dificultad en la identificación de un bien jurídico colectivo⁵³¹ y en la determinación de su lesión no impide ese proceso, de manera que identificados nítidamente los intereses en juego, por un lado, e individualizado el conflicto que puede originar el prevalimiento de unos intereses sobre otros, por otro lado, nada empece sostener la posible lesión de un bien jurídico colectivo⁵³². A partir de aquí, podría concluirse que el argumento de la formalización basado en

⁵³⁰ Persistiendo, a su vez, en la necesidad de manejar unos criterios dogmáticos distintos a los tradicionales, caracterizados por estar contruidos en torno a la lesión de un bien jurídico individual.

⁵³¹ En general, no cabe duda que no es fácil llegar a un contenido material preciso de bien jurídico (cfr. FIANDACA, G., «Il bene giuridico come problema teorico e come criterio di politica criminali», cit., p. 48).

⁵³² Así, sostiene MÉNDEZ RODRÍGUEZ, C., *Los delitos de peligro y sus técnicas de tipificación*, cit., p. 43, que "si se consigue individualizar el conflicto y fijar los intereses que confluyen en el ámbito económico, sería posible hablar de lesión en relación - también- a un bien jurídico colectivo (para lo que en todo caso sería necesario olvidar los parámetros de los bienes jurídicos clásicos ya que, lógicamente, no podemos hablar de lesión en sentido material o físico) y sólo entonces, de peligro".

Capítulo II.- Tipo del injusto (I): tipo objetivo

la necesidad de generalizadas acciones individuales no es más que un reflejo de lo que ha venido siendo la crítica constante en este trabajo, el manejo de estructuras dogmáticas construidas para la resolución de otros problemas.

2.4) CONSUMACIÓN Y TIPOS DE IMPERFECTA EJECUCIÓN

2.4.1) Introducción

Ante todo, dado que en ningún momento se ha negado el carácter eminentemente patrimonial del delito de estafa, de suerte que el bien jurídico colectivo que resulta igualmente atacado en el tipo especialmente cualificado es complementario del bien jurídico individual, la consumación hay que determinarla conforme a la afectación del patrimonio como interés individual juridificado.

Pues bien, coincidimos con GUTIÉRREZ FRANCÉS⁵³³ cuando afirma que la determinación del momento consumativo en la estafa tiene que iniciarse con la formulación de dos premisas: la primera es que la estafa

⁵³³ Vid. GUTIÉRREZ FRANCÉS, M.L., *Fraude informático y estafa*, cit., pp. 454 y ss.

Capítulo II.- Tipo del injusto (I): tipo objetivo

es un *delito de lesión*, lo cual significa que el bien jurídico protegido tiene que ser efectivamente lesionado, no bastando su mera puesta en peligro, pues no existen razones político-criminales que justifiquen el adelanto de la barrera de protección⁵³⁴. Ello supone constatar su configuración como «delito de resultado material», esto es, un delito en el que, por exigencias del tipo, la acción va seguida de la causación de un resultado separado en el tiempo y en el espacio de la conducta⁵³⁵.

En este sentido ha tenido oportunidad de pronunciarse en alguna ocasión el Tribunal Supremo⁵³⁶.

La segunda premisa es que la estafa es un *delito de daño*, lo que quiere decir que la consumación está en función de la existencia de un detrimento patrimonial real y efectivo, sin que ello implique, necesariamente,

⁵³⁴ Cfr. TORÍO LÓPEZ, A., «Estafa de crédito y abuso punible de letras de cambio en la reforma del sistema penal», cit., p. 821. En igual sentido, VALLE MUÑIZ, J.M., *El delito de estafa*, cit., pp. 226 y 244; MANJÓN-CABEZA OLMEDA, A., «Naturaleza de las circunstancias del artículo 529 del Código Penal. La circunstancia primera: especial referencia a las viviendas», cit., pp. 849 y 850.

⁵³⁵ Cfr. MIR PUIG, S., *Derecho Penal. Parte General*, cit., p. 215.

⁵³⁶ Sentencias de 24 de marzo de 1992 (RA. 2435) y 20 de mayo de 1994 (RA. 3940).

Capítulo II.- Tipo del injusto (I): tipo objetivo

un correlativo provecho para el agente o, si se prefiere, el provecho o ventaja no es relevante a los efectos de determinar la consumación.

A partir de esas dos premisas se pueden constatar las notas caracterizadoras de la estafa, lo que, a su vez, permite aclarar algunos malentendidos existentes en esta materia.

2.4.2) Determinación del momento consumativo

Teniendo en cuenta las dos premisas anteriores (la estafa es un delito de resultado material y de daño), lo que resulta evidente es que deben cumplirse todos los elementos objetivos y subjetivos del tipo para poder afirmar la consumación⁵³⁷. En consecuencia, las exigencias típicas determinan la necesidad de que exista un perjuicio patrimonial, lo cual tiene dos órdenes de implicaciones: de un lado, que hasta que no tenga lugar aquel detrimento patrimonial no puede entenderse consumado el delito y, de otro lado, que una vez constatado el perjuicio y, por ende, consumado el delito, no caben ulteriores exigencias.

⁵³⁷ Cfr. BAJO FERNÁNDEZ, M., PÉREZ MANZANO, M. en BAJO FERNÁNDEZ, M. y otros, *Derecho Penal. Parte Especial*, cit., p. 291.

2.4.2.1) La consumación en las estafas contractuales

Respecto a la primera implicación (hasta que no tenga lugar aquel detrimento patrimonial no puede entenderse consumado el delito), al llevar este entendimiento al ámbito de la estafa contractual surge la duda de si la consumación que venimos comentado tiene lugar en el momento de perfección del contrato o en el momento de la ejecución del mismo. Y no podemos por menos que afirmar que la respuesta es sencilla, dentro de un marco complejo, pero no por ello indescifrable, cual es la revisión crítica del significado de la Teoría del título y del modo como doctrina sustentadora del sistema de transmisión de la propiedad en el Derecho español⁵³⁸.

De acuerdo con el Código Civil, la propiedad y los demás derechos reales sobre los bienes se adquieren y se transmiten "por consecuencia de ciertos contratos mediante la tradición" (artículo 609). Además, conforme a lo establecido en el artículo 1095, el acreedor tiene derecho a los frutos de la cosa desde el mismo momento en que nace la obligación de entregarla, pero "no adquirirá

⁵³⁸ Vid., por todos, DÍEZ-PICAZO, L., *Fundamentos del Derecho Civil patrimonial*, vol. II, cit., pp. 652 y ss.

Capítulo II.- Tipo del injusto (I): tipo objetivo

derecho real sobre ella hasta que le haya sido entregada". Es decir, nuestro ordenamiento civil no sigue el criterio de la transmisión consensual, sino que se hace necesaria la entrega. Dicho de otra forma, no basta el simple acuerdo de voluntades para entender que se ha producido la transmisión de la propiedad; éste sólo es revelador de la asunción de unas obligaciones que precisan una materialización, una ejecución.

Cosa distinta son las múltiples matizaciones que requiere la anterior afirmación, que ponen en tela de juicio la concepción tradicional de la Teoría precitada del título y del modo, pero que ya escapan a nuestros objetivos.

Todo ello nos conduce, indefectiblemente, a sostener con VALLE MUÑIZ⁵³⁹ que en el tipo especialmente cualificado objeto de nuestra investigación, dado que se trata de una estafa contractual, el perjuicio y, por tanto, la consumación, tiene lugar en el momento de la efectiva ejecución de las prestaciones debidas de acuerdo

⁵³⁹ vid. VALLE MUÑIZ, J.M., *El delito de estafa*, cit., p. 244. De esta tesis participan MUÑOZ CONDE, F., *Derecho Penal. Parte Especial*, cit., p. 284; BAJO FERNÁNDEZ, M., PÉREZ MANZANO, M. en BAJO FERNÁNDEZ, M. y otros, *Manual de Derecho Penal. Parte Especial*, cit., p. 291; MANJÓN-CABEZA OLMEDA, A. «Naturaleza de las circunstancias del artículo 529 del Código Penal. La circunstancia primera: especial referencia a las viviendas», cit., p. 850; GUTIÉRREZ FRANCÉS, M.L., *Fraude informático y estafa*, cit., p. 458.

Capítulo II.- Tipo del injusto (I): tipo objetivo

con lo contratado, momento en el que se produce el perjuicio para la parte engañada. Si se entendiese que la consumación tiene lugar en el momento en el que se capta el consentimiento viciado de la víctima y asume la obligación, se estaría adelantando la consumación a un momento anterior al perjuicio, lo cual nos sitúa en el ámbito del peligro para el bien jurídico patrimonio, que no su efectiva lesión.

2.4.2.2) Irrelevancia de la obtención de beneficio

La exigencia típica de que exista un perjuicio implica -como segunda consecuencia- que una vez constatado éste, el delito se entiende consumado, sin que quepa ningún tipo de exigencia ulterior. No obstante, algunos autores y la jurisprudencia han venido identificando la consumación con el momento en que el agente obtiene el beneficio patrimonial, es decir, que han situado aquélla en un estadio posterior al del perjuicio, lo cual es criticable, obviamente.

En esa línea errónea se encuentra GONZÁLEZ RUS⁵⁴⁰, el cual sostiene que la cosa tiene que entrar en el

⁵⁴⁰ GONZÁLEZ RUS, J.J., *Los intereses económicos de los consumidores. Protección penal*, cit., p. 305.

Capítulo II.- Tipo del injusto (I): tipo objetivo

patrimonio del sujeto activo, bastando con la mera disponibilidad de la cosa. Pero se contradice cuando luego afirma, respecto del tipo del artículo 529.1º, que "el perjuicio [y, por tanto, la consumación]...no se origina con la entrega de la mercancía en condiciones distintas a las conocidas por el sujeto pasivo, sino con el pago del precio, que es, sin duda, un acto de disposición movido por el engaño y cuya entrega determina la consumación del delito"⁵⁴¹.

Frente a esas manifestaciones hay que advertir⁵⁴²: en primer lugar, que como él mismo reconoce, el pago es el acto de disposición, pero no el perjuicio, y, como ya observamos, la consumación tiene lugar en el momento en que concurren todos los elementos de los tipos objetivo

⁵⁴¹ GONZÁLEZ RUS, J.J., ult. cit., p. 316.

⁵⁴² Coincidente con el texto, MANJÓN-CABEZA OLMEDA, A., ult. cit., p. 850, poniendo como ejemplo ilustrativo el del pago anticipado.

Capítulo II.- Tipo del injusto (I): tipo objetivo

y subjetivo⁵⁴³, entre los que se encuentra el perjuicio patrimonial⁵⁴⁴.

Esta crítica se le dirige del igual modo al Tribunal Supremo por los mismos motivos⁵⁴⁵.

En segundo lugar, ya hemos advertido que la consumación tiene lugar con la producción del perjuicio

⁵⁴³ En el mismo sentido que GONZÁLEZ RUS se manifiesta ANTÓN ONECA, J., «Las estafas y otros engaños», cit., p. 30, cuando afirma que el perjuicio se perfecciona al recibir el sujeto activo el precio, pues, aunque hace esa aseveración conforme a la primitiva redacción del artículo 528, en ese momento se castigaba al que "defraudare a otro en la sustancia, cantidad o calidad de las cosas que le entregare en virtud de un título obligatorio", de suerte que el pago del precio conforma el acto de disposición, no el perjuicio, que se genera con la entrega defectuosa de la cosa.

⁵⁴⁴ Sin perjuicio de entender, como hace TORÍO LÓPEZ, A., «Acción y resultado típico en la estafa procesal», cit., p. 897, que "mientras el bien económico permanece bajo el poder del sujeto pasivo puede haber un detrimento económico, pero no el daño típico propio de la estafa. El daño (correlativamente al patrimonio) se define conforme a módulos no sólo económicos, sino económico-jurídicos". Es decir, que junto a la disminución económica debe producirse un menoscabo de la posición jurídica del sujeto pasivo respecto del objeto material, cosa que igualmente reconoce GONZÁLEZ RUS, J.J., ult. cit., p. 263, lo que pone nuevamente en evidencia la contradictoria construcción de este autor.

⁵⁴⁵ Vid. BAJO FERNÁNDEZ, M., PÉREZ MANZANO, M. en BAJO FERNÁNDEZ, M. y otros, ult. cit., pp. 291 y 292, nota 140. Así, la Sentencia de 17 de octubre de 1989 (RA. 7708) advierte que "la consumación...se produce en el momento mismo en que se cumplen los elementos objetivos y subjetivos de la estafa", pero luego refiere aquélla al acto de disposición; y la de 13 de febrero de 1990 (RA. 1489) afirma que "el delito quedó consumado al contratar, concretamente cuando se realiza el acto de disposición por parte del engañado.

En un sentido correcto, determinando la consumación una vez producido el perjuicio patrimonial, la Sentencia de 1 abril de 1993 (RA. 3066).

Capítulo II.- Tipo del injusto (I): tipo objetivo

patrimonial, no siendo necesario que se produzca el correspondiente provecho⁵⁴⁶.

Que se obtenga un efectivo provecho no es relevante a los efectos de determinar el momento consumativo, dado que dicha ventaja pertenece a la fase de agotamiento del delito⁵⁴⁷.

Y, en tercer lugar, aun cuando se sostuviese que es necesaria la obtención del beneficio, no puede hacerse depender del hecho de que la cosa -en nuestro caso, generalmente, el dinero- entre en el patrimonio del sujeto activo, pues tampoco es exigencia del tipo que tenga que ser, necesariamente, el sujeto activo el beneficiario, de suerte que éste puede ser una persona ajena a la defraudación⁵⁴⁸.

⁵⁴⁶ Cfr. MUÑOZ CONDE, F., *Derecho Penal. Parte Especial*, cit., p. 284; QUINTANO RIPOLLÉS, A., *Tratado de la Parte Especial del Derecho Penal*, t. II, cit., p. 610; ROMEO CASABONA, C.M., *Poder informático y seguridad jurídica*, cit., p. 71.

⁵⁴⁷ Cfr. QUERALT JIMÉNEZ, J.J., *Derecho Penal español. Parte Especial*, cit., p. 304; VALLE MUÑIZ, J.M., *El delito de estafa*, cit., p. 242.

⁵⁴⁸ Cfr. GUTIÉRREZ FRANCÉS, M.L., *Fraude informático y estafa*, cit., p. 457.

Capítulo II.- Tipo del injusto (I): tipo objetivo

Igualmente es irrelevante la posterior recuperación del dinero, o su devolución, total o parcial, que sólo tiene efectos de cara a la responsabilidad civil⁵⁴⁹.

La razón de esta confusión en torno al momento de determinación de la consumación se sitúa, o bien en el ánimo de lucro, pues de confunde perjuicio y provecho, "posponiendo el momento consumativo al instante en que se consigue el beneficio patrimonial ilícito"⁵⁵⁰, cuando el ánimo de lucro es un elemento de carácter subjetivo⁵⁵¹; o bien en el hecho de que, en ocasiones, perjuicio y provecho pueden coincidir en el tiempo, lo cual no tiene que ser necesariamente así⁵⁵².

Sintetiza todas las últimas observaciones MAURACH al afirmar que "si en la estafa [...] se esperara aplicar la

⁵⁴⁹ Así, en la doctrina, ANTÓN ONECA, J., «Las estafas y otros engaños», cit., p. 30; CUELLO CALÓN, E., *Derecho Penal. Parte Especial*, t. II, vol. II, cit., p. 929; GONZÁLEZ RUS, J.J., *Los intereses económicos de los consumidores. Protección penal*, cit., p. 306; en la jurisprudencia, Sentencias del Tribunal supremo de 25 de octubre de 1985 (RA. 5055), 10 de octubre de 1988 (RA. 7903) y 1 de junio de 1990 (RA. 4966).

⁵⁵⁰ GUTIÉRREZ FRANCÉS, M.L., ult. cit., p. 455.

⁵⁵¹ Vid., en este sentido, BUSTOS RAMÍREZ, J., *Manual de Derecho Penal. Parte Especial*, 1ª edic., cit., p. 231; OLIVA GARCÍA, H., *La estafa procesal*, cit., p. 378; QUINTANO RIPOLLÉS, A., *Tratado de la Parte Especial del Derecho Penal*, t. II, cit., p. 610. Lo mismo sostiene GONZÁLEZ RUS, J.J., ult. cit., p. 306, a pesar de su tesis sobre la consumación.

⁵⁵² Cfr. ROMEO CASABONA, C.M., *Poder informático y seguridad jurídica*, cit., p. 71.

pena del delito consumado a que el autor produjera el evento perseguido (el enriquecimiento), resultarían ampliamente ineficaces las conminaciones penales. De ahí, pues, que para la existencia de la consumación baste con la lesión patrimonial. El «enriquecimiento» perseguido a costa de la víctima, se proyecta, como intención, tan solo en la parte subjetiva del tipo"⁵⁵³.

2.4.3) Tipos de imperfecta ejecución

La exigencia típica de que exista un perjuicio patrimonial (delito de lesión) permite la presencia de tipos de imperfecta ejecución.

En cuanto a la tentativa, aparece en el momento en que tiene lugar el engaño, sin que se produzca el acto de disposición perjudicial⁵⁵⁴.

⁵⁵³ MAURACH, E., *Tratado de Derecho Penal*, trad. y notas de Derecho español de J. Córdoba Roda, Ariel, Barcelona, 1962, p. 280.

⁵⁵⁴ Cfr. BAJO FERNÁNDEZ, M., PÉREZ MANZANO, M. en BAJO FERNÁNDEZ, M. y otros, *Manual de Derecho Penal. Parte Especial*, cit., p. 291; BUSTOS RAMÍREZ, J., ult. cit., p. 231; GUTIÉRREZ FRANCÉS, M.L., ult. cit., p. 460; MUÑOZ CONDE, F., *Derecho Penal. Parte Especial*, cit., p. 284; y la Sentencia del Tribunal Supremo de 24 de enero de 1980 (RA. 139).

Capítulo II.- Tipo del injusto (I): tipo objetivo

La frustración tiene lugar cuando habiéndose realizado el acto de disposición, no se produce el perjuicio⁵⁵⁵.

En todo caso, no dejamos de reconocer que la sutileza de la estafa es tal que, frecuentemente, sólo se advierte cuando está consumada⁵⁵⁶, motivo por el que en la práctica, no cabe duda que la solución hay que buscarla caso por caso⁵⁵⁷.

Por último, si la tentativa aparece en el momento descrito, todas aquellas conductas tendentes a preparar "los instrumentos, ficciones, documentos falsos que van a ser utilizados como medios para disuadir al engañado" deben ser considerados actos preparatorios⁵⁵⁸.

⁵⁵⁵ Cfr. BAJO FERNÁNDEZ, M., PÉREZ MANZANO, M., ult. cit., p. 291; GUTIÉRREZ FRANCÉS, M.L., ult. cit., p. 460; QUERALT JIMÉNEZ, J.J., *Derecho Penal español. Parte Especial*, cit., p. 304; y la Sentencia del Tribunal Supremo de 16 de septiembre de 1987 (RA. 6467). Igualmente sostiene estos criterios sobre la tentativa y la frustración GONZÁLEZ RUS, J.J., *Manual de Derecho Penal. Parte Especial*, cit., p. 220, a pesar de lo dicho.

⁵⁵⁶ Vid. GARRAUD, R., *Traité théorique et pratique du droit pénal français*, cit., 378.

⁵⁵⁷ Vid. QUINTANO RIPOLLÉS, A., *Tratado de la Parte Especial del Derecho Penal*, t. II, cit., p. 611.

⁵⁵⁸ ANTÓN ONECA, J., «Las estafas y otros engaños», cit., p. 30.

Capítulo II.- Tipo del injusto (I): tipo objetivo

2.5) ELEMENTOS ACCIDENTALES: ANÁLISIS DEL ARTÍCULO 529.7º

2.5.1) Introducción

Cuando tiene lugar una defraudación que recae sobre un bien de reconocida utilidad social y que afecta a múltiples perjudicados, lo normal es que se trate de una estafa singularmente grave, de acuerdo con el monto económico del perjuicio patrimonial causado. Esta circunstancia implica un incremento del reproche penal, como así lo establece el artículo 529, según el cual: "son circunstancias que agravan el delito [de estafa] a los efectos del artículo anterior: 7ª. Cuando revistiere especial gravedad atendido el valor de la defraudación".

Dado que nos encontramos analizando los elementos objetivos del tipo especialmente cualificado de estafa, es evidente que es en este epígrafe donde debe examinarse la antecitada circunstancia, configurada en nuestro caso como elemento accidental del tipo.

En relación a este elemento agravatorio, el problema se plantea por la imprecisión de los términos empleados, «especial gravedad» y «valor de la defraudación», motivo

Capítulo II.- Tipo del injusto (I): tipo objetivo

por el que el estudio del mismo hay que efectuarlo a partir de la determinación de estas expresiones.

Antes de entrar en su análisis deben realizarse algunas puntualizaciones: en primer lugar, si la aplicación de esta circunstancia resulta de la suma de diferentes cuantías, no cabe la apreciación como segunda agravación del artículo 69 bis, tal como reconoce la jurisprudencia⁵⁵⁹. En segundo lugar, en el examen concreto de este elemento se hace un estudio particularizado de la jurisprudencia, debido a la genuina posición ambigua que mantiene. Y, en tercer lugar, dado que puede producirse una confusión entre esta circunstancia y la contenida en el número 5º del mismo artículo 529, también se hacen algunas reflexiones al respecto.

2.5.2) Concepto de «especial gravedad»

La doctrina se muestra unánime al considerar que, tanto por su naturaleza como por su penalidad, su

⁵⁵⁹ Sentencias de 17 de marzo de 1989 (RA. 2679) y 22 de noviembre de 1990 (RA. 9080).

Capítulo II.- Tipo del injusto (I): tipo objetivo

conurrencia sólo tendrá lugar en supuestos excepcionales⁵⁶⁰. No es ocioso el volver a recordar que nos encontramos frente a un tipo especialmente cualificado, con una penalidad muy elevada en relación al tipo básico, lo que nos obliga a sostener siempre un criterio «estricto» tanto en su interpretación como en su apreciación.

En cualquier caso, parece evidente que la clave en la tarea hermenéutica de este precepto se sitúa en la delimitación de lo que debe entenderse por valor de la defraudación, en la medida en que es el criterio que va a permitir la concurrencia de la misma.

2.5.3) Concepto de «valor de la defraudación»

Al analizar la posición de la doctrina acerca de la expresión «valor de la defraudación», podemos observar lo siguiente: en primer lugar, se afirma por unos autores que nos encontramos ante una circunstancia que constata

⁵⁶⁰ Vid., entre otros, BUSTOS RAMÍREZ, J., *Manual de Derecho Penal. Parte Especial*, 1ª edic., cit., p. 168; SERRANO-PIEDRECASAS FERNÁNDEZ, J.R., *La estafa en el contrato de seguro*, cit., p. 155; SILVA SÁNCHEZ, J.M., «La estafa de seguro», cit., p. 355; VALLE MUÑIZ, J.M., «Sobre algunas circunstancias que agravan la responsabilidad criminal en el delito de estafa», cit., p. 333.

Capítulo II.- Tipo del injusto (I): tipo objetivo

el tradicional sistema de cuantías⁵⁶¹, mientras que otros niegan tal afirmación⁵⁶². En segundo lugar, unos estiman que en esta circunstancia sólo se tienen que tomar en consideración cuestiones económicas⁵⁶³, mientras que otros afirman que también hay que tener en cuenta otras consideraciones⁵⁶⁴.

Respecto a la primera de las cuestiones, mostramos nuestro rechazo a la posición de determinado sector de la doctrina⁵⁶⁵ que configura esta agravante con base en criterios fijos y rígidos de cuantías⁵⁶⁶, cuando, precisamente, uno de los motivos fundamentales que operaron en la Reforma de 1983 fue el romper con el sistema de cuantías.

⁵⁶¹ HUERTA TOCILDO, S., «Los delitos patrimoniales en el Proyecto de Código Penal de 1980», cit., p. 500, cuando analiza el artículo 258.2º del citado Proyecto, que agrava la estafa cuando reviste especial gravedad, critica esta circunstancia en la medida en que supone volver al sistema de cuantías para la imposición de la pena (ya en la p. 483, respecto al tipo cualificado de hurto se había manifestado en este sentido).

⁵⁶² Cfr. VALLE MUÑIZ, J.M., *El delito de estafa*, cit., p. 329.

⁵⁶³ Cfr. BUSTOS RAMÍREZ, J., ult. cit., p. 168.

⁵⁶⁴ Cfr. VALLE MUÑIZ, J.M., ult. cit., pp. 332 y 333; SERRANO-PIEDECASAS FERNÁNDEZ, J.R., ult. cit., p. 155.

⁵⁶⁵ Vid., por todos, RODRÍGUEZ DEVESA, J.M., *Derecho Penal. Parte Especial*, 14ª edic., cit., pp. 514 y 515.

⁵⁶⁶ De "perniciosa práctica" lo califica GÓMEZ BENÍTEZ, J.M., «Delitos contra el patrimonio», cit., p. 705.

Capítulo II.- Tipo del injusto (I): tipo objetivo

En general, este criterio es objeto de una enérgica crítica por parte de la doctrina. Sintetizar aquí las innumerables objeciones que ha recibido este sistema es, cuanto menos, extremadamente copioso e innecesario, pues basta, a título de ejemplo, lo manifestado por GÓMEZ BENÍTEZ, que lo pone en tela de juicio "por su inmanente arbitrariedad y por el constante desfase que ha de soportar"⁵⁶⁷.

Consecuentemente, debemos entender que si bien esta circunstancia se construye sobre valoraciones económicas, ello no implica sin más la vuelta a dicho sistema, siempre que por tal entendamos "la medición de la pena en función de cuantificaciones económicas"⁵⁶⁸ fijas y rígidas.

En todo caso, si efectivamente la intención del legislador hubiese sido tomar en consideración exclusivamente cuantías fijas hubiera utilizado una expresión igual o similar a la contenida en la Propuesta de 1983, en donde se establece como circunstancia

⁵⁶⁷ *Ibidem*, pp. 703 y 704.

⁵⁶⁸ Exposición de Motivos de la Ley Orgánica 8/1983, de 25 de junio.

Capítulo II.- Tipo del injusto (I): tipo objetivo

agravante el que el valor de la defraudación excediere de un millón de pesetas⁵⁶⁹.

La segunda cuestión la hemos resuelto indirectamente al resolver la primera, pues entendemos que esta circunstancia se construye sobre valoraciones económicas exclusivamente, pues de esta forma se consigue evitar una ampliación excesiva de la agravante⁵⁷⁰.

Sin embargo, VALLE MUÑIZ entiende que "la apreciación de la agravante exige el análisis de todas las circunstancias concurrentes en la infracción penal"⁵⁷¹. A continuación, detalla, vía ejemplo, algunas circunstancias a tener en cuenta, no siendo casualidad que coinciden con las que, desde nuestro entendimiento, deben ser tomadas en consideración para la determinación de la pena en el delito de estafa, y no exclusivamente para la apreciación de una circunstancia agravante.

⁵⁶⁹ Artículo 244.5º de la Propuesta de Anteproyecto de nuevo Código Penal.

⁵⁷⁰ Cfr. BUSTOS RAMÍREZ, J., *Manual de Derecho Penal. Parte Especial*, 1ª edic., cit., p. 168.

⁵⁷¹ VALLE MUÑIZ, J.M., «sobre algunas circunstancias que agravan la responsabilidad penal en el delito de estafa», cit., p. 332. En igual sentido se manifiesta SERRANO-PIEDECASAS FERNÁNDEZ, J.R., *La estafa en el contrato de seguro*, cit., p. 155.

Capítulo II.- Tipo del injusto (I): tipo objetivo

Efectivamente, otra cosa es que a la hora de determinar la pena se deban observar toda una serie de circunstancias que nuestro Código Penal vigente no estima, al contrario que los diferentes Proyectos y Propuestas que se han elaborado⁵⁷², con lo que se lograría una mayor justicia del caso concreto; en definitiva, una mejor adecuación de la respuesta punitiva.

Ahora bien, dentro del ámbito de las valoraciones económicas, y al margen de su apreciación en función del «valor de los efectos defraudados», la cualificación basada en la especial gravedad también puede concurrir en los supuestos en que los perjuicios irrogados sean de consideración, pues no hay motivos para incluir este elemento de valoración en el robo y hurto y negarlo en la estafa. En efecto, los artículos 506.8º y 516.3º referidos al robo y hurto, respectivamente, hacen mención

⁵⁷² El artículo 242 del Proyecto de Código Penal de 1994 establece que "para la fijación de la pena [en el delito de estafa] se tendrá en cuenta el importe de lo defraudado, el quebranto económico ocasionado al perjudicado, las relaciones de éste con el defraudador y cuantas otras circunstancias sirvan para individualizar la pena". Este artículo se repite en el Proyecto de 1980 (artículo 256), en la Propuesta de 1983 (artículo 243) y en el Proyecto de 1992 (artículo 253).

expresa, en la agravante de especial gravedad, a los «perjuicios de especial consideración»⁵⁷³.

Se podría afirmar que el legislador no ha hecho una mención expresa de esta circunstancia de forma consciente, pues cuando ha querido que la especial gravedad viniese estimada no sólo por el valor estrictamente cuantificado de la defraudación, sino también por otras consideraciones -caso de la entidad de los daños causados-, ha hecho una referencia expresa. Sin embargo, es perfectamente sostenible que el legislador no hace mención a ella en la estafa por un simple olvido, pues como hemos indicado antes, no encontramos razones que permitan sostener este entendimiento en los delitos de robo y hurto y, por el contrario, negarlo en el delito de estafa⁵⁷⁴. Buena prueba de ello, es que en el Proyecto de Código Penal de 1994 sí se menciona, corrigiendo ese lapsus de la Reforma de 1983. De esta suerte, el artículo 243.2.6º entiende la especial

⁵⁷³ Señala el artículo 506 del Código Penal que "son circunstancias que agravan el delito [de robo], a los efectos del artículo anterior [referido a la penalidad]: 8º. Cuando revistiere especial gravedad, atendiendo al valor de los efectos robados o se produzcan daños de especial consideración".

En el mismo sentido se expresa el artículo 516.3º respecto del hurto, si bien utiliza el término perjuicios en vez de daños.

⁵⁷⁴ O, tal vez, el motivo es porque, al decir de VIVES ANTÓN, "el autor de la fórmula pensase, equivocadamente, que valor de la defraudación y perjuicio son la misma cosa" (en VIVES ANTÓN, T.S. y otros, *Derecho Penal. Parte Especial*, cit., pp. 928 y 929).

Capítulo II.- Tipo del injusto (I): tipo objetivo

gravedad no sólo "atendiendo al valor de la defraudación", sino también "a la entidad del perjuicio".

Si el Proyecto de 1994 incluye los perjuicios graves para estimar la especial gravedad, también lo podía haber incluido el legislador de 1983, pues no se ha producido una variación tal que permita ahora lo que no pudo estimarse antes.

Introducir una referencia al perjuicio como un segundo criterio para la estimación de la especial gravedad supone, indudablemente, dar entrada a una valoración más personalizada, sin que ello tenga que implicar, necesariamente, la introducción de valoraciones de carácter subjetivo. Dicho de otra forma, el perjuicio causado es un dato también de carácter objetivo, pero sin quedar reducido a mera expresión de un sistema de cuantías fijas.

Lo anterior conlleva un abandono de la consideración de esta cualificación con carácter absoluto. Pero esto no debe conducir a entender, como hace algún autor, que en esta circunstancia se valora la situación personal de la víctima, pues como señala GONZÁLEZ RUS, "no importan las

Capítulo II.- Tipo del injusto (I): tipo objetivo

condiciones personales de la víctima, cuya valoración corresponde en su caso al número [quinto]"⁵⁷⁵.

Evidentemente, construir un tipo cualificado con base en estos criterios -«valor de la defraudación» y «perjuicios de especial consideración»- supone, como destacan BAJO FERNÁNDEZ y PÉREZ MANZANO⁵⁷⁶, introducir elementos valorativos e incrementar el arbitrio judicial. Pero ello no puede ser de otro modo y, de hecho, los propios autores lo estiman plausible, en la medida en que esta referencia al desvalor del resultado es, efectivamente, inevitable⁵⁷⁷. En este sentido, para

⁵⁷⁵ GONZÁLEZ RUS, J.J., *Los intereses económicos de los consumidores. Protección penal*, cit., pp. 322 y 323. En el mismo sentido, PUIG PEÑA, F., *Derecho Penal. Parte Especial*, cit., p. 631; RODRÍGUEZ DEVESA, J.M., ult. cit., p. 514. En contra se manifiestan QUERALT JIMÉNEZ, J.J., *Derecho Penal español. Parte Especial*, cit., p. 307, el cual entiende que la circunstancia séptima no es distinguible de la quinta y de la octava, pues la gravedad sólo puede entenderse, según este autor, en dos sentidos: o bien porque afecta al patrimonio de un sujeto, o bien porque afecta al un colectivo numeroso de personas, y ambos supuestos ya están contemplados; y BAJO FERNÁNDEZ, M., «Agravación por el valor de la defraudación», *Comentarios a la legislación penal*, t. V, vol. 2º, Edersa, Madrid, 1985, p. 1248, afirmando que "el número siete del artículo 529 se vacía de contenido por coincidir con lo establecido en el número cinco del artículo 529", pues hay que tener en cuenta las circunstancias de la víctima para poder determinar el valor de la defraudación, de suerte que es imposible determinar éste con carácter absoluto, criterio que reitera en BAJO FERNÁNDEZ, M., PÉREZ MANZANO, M. en BAJO FERNÁNDEZ, M. y otros, *Manual de Derecho Penal. Parte Especial*, cit., p. 330.

⁵⁷⁶ BAJO FERNÁNDEZ, M., PÉREZ MANZANO, M., ult. cit., p. 92.

⁵⁷⁷ En este sentido también se manifiestan GONZÁLEZ RUS, J.J., *Manual de Derecho Penal. Parte Especial*, cit., p. 54; MUÑOZ CONDE, F., *Derecho Penal. Parte Especial*, cit., p. 289; RODRÍGUEZ DEVESA, J.M., ult. cit., p. 464, aunque con matices. En sentido contrario, QUERALT JIMÉNEZ, J.J., ult. cit., p. 261; RUIZ ANTÓN, L.F., «Los (continúa...)

Capítulo II.- Tipo del injusto (I): tipo objetivo

GONZÁLEZ RUS, "sólo el arbitrio judicial podrá precisar los términos concretos que hagan posible la estimación de la agravación séptima⁵⁷⁸".

El juicio que nos merece el recurso al arbitrio judicial lo pusimos de manifiesto en el epígrafe anterior, y a él nos remitimos⁵⁷⁹.

En todo caso, si afirmamos, por un lado, que la «especial gravedad» no sólo tiene que venir dada por el valor de los efectos defraudados sino también por el valor de los daños y perjuicios ocasionados y, por otro lado, sostenemos que para la determinación de la pena en el delito de estafa se tienen que tomar en consideración todas aquellas circunstancias que sirvan para individualizar la pena, debemos extraer de la fórmula

577 (...continuación)

robos con fuerza en las cosas: Nuevos módulos para determinar la pena», *Comentarios a la legislación penal*, t. V, vol. 2º, Edersa, Madrid, 1985, p. 1121.

En su momento advertimos que, dada nuestra concepción del tipo del injusto, éste tiene un contenido mixto, objetivo y subjetivo, que obliga a tomar en consideración tanto el desvalor de acción como el desvalor de resultado, de suerte que, por pura coherencia, la toma en consideración del perjuicio patrimonial producido no debe merecernos un juicio negativo (vid. *supra* unas referencias al artículo 529.7º en el apartado 4.4.2.3) del Capítulo I).

578 GONZÁLEZ RUS, *ult. cit.*, p. 322.

579 En su momento nos adherimos a las tesis de QUINTERO OLIVARES, G., «El hurto», *cit.*, p. 1154, las cuales fueron planteadas, precisamente, en el estudio de la agravante de «especial gravedad» en el delito de hurto.

utilizada en los Proyectos y en la Propuesta -en el supuesto de estimarla válida- la cita relativa al "quebranto económico ocasionado al perjudicado", pues en otro caso estaríamos contraviniendo el principio *ne bis in idem*⁵⁸⁰, toda vez que el contenido por nosotros dado a la circunstancia 7ª, unido al contenido de la 5ª, viene a significar lo expresado bajo la fórmula precitada de "quebranto económico ocasionado al perjudicado".

Al hablar de perjuicios causados, un sector de la doctrina⁵⁸¹ incluye lo que en sede civil se denomina «lucro cesante», excluyendo los daños morales, que siguen integrando la responsabilidad civil derivada del delito (artículo 104). Sin embargo, coincidimos con MUÑOZ CONDE en excluir, igualmente, el lucro cesante, de manera que bajo los perjuicios producidos se incluyen "otras lesiones patrimoniales no constitutivas de delito

⁵⁸⁰ Sobre este principio vid., en general, QUERALT JIMÉNEZ, J.J., *El principio non bis in idem*, Tecnos, Madrid, 1992.

⁵⁸¹ Cfr. GONZÁLEZ RUS, J.J., *Manual de Derecho Penal. Parte Especial*, cit., p. 54; OCTAVIO DE TOLEDO Y UBIETO, E., «Notas para un estudio de los fraudes alimentarios en Derecho Penal», cit., p. 96; QUERALT JIMÉNEZ, J.J., *Derecho Penal español. Parte Especial*, cit., p. 303; RUIZ VADILLO, E., «La punición de los delitos de robo con fuerza en las cosas, hurto y estafa en la reforma parcial del Código Penal de 25 de junio de 1983. Las circunstancias de agravación específicas», cit., p. 364.

En la doctrina italiana, vid. BRICOLA, F., «Profili penali della pubblicità commerciale», cit., pp. 744 y ss.

distinto y valubles económicamente"⁵⁸², caso del delito de daños.

Al margen de todas las consideraciones dogmáticas efectuadas, no cabe duda que, desde una perspectiva político-criminal, la inclusión de una valoración de los daños o perjuicios causados cobra especial relevancia en nuestro ámbito de investigación, pues, en muchas ocasiones, las estafas a los consumidores no se caracterizan, precisamente, por un elevado valor de la defraudación, de manera que aquel añadido supone un importante criterio corrector en el marco de las relaciones defraudatorias de consumo.

Hemos dejado conscientemente para el final el análisis de la jurisprudencia, pues la posición del Tribunal Supremo es tan genuina que nos merece un juicio particular.

La posición de nuestra Sala II en torno al artículo 529.7º es, cuanto menos, ambigua, pues si bien es cierto que en reiteradas ocasiones ha reconocido el abandono del

⁵⁸² MUÑOZ CONDE, F., *Derecho Penal. Parte Especial*, cit., p. 227.

Capítulo II.- Tipo del injusto (I): tipo objetivo

sistema de cuantías-penas a partir de la citada Reforma⁵⁸³, no es menos cierto que, al final, la apreciación de la circunstancia como mera agravante o como muy cualificada la lleva a cabo a partir de unos criterios fijos⁵⁸⁴, aun cuando muchas sentencias reconozcan la necesidad de un entendimiento individualizado, de atender al caso concreto, lo cual no es, bajo ningún concepto, meritorio, pues no se puede esperar menos cuando se reconoce el abandono del mencionado sistema de cuantías-penas.

Lo más grave de esta situación es que, en general, el tratamiento individualizado al que se refieren se limita a destacar la necesidad de tener presente la fluctuación de la moneda, el coste de la vida, o criterios análogos⁵⁸⁵, lo cual podría ser acertado si, efectivamente, dichas variables hubiesen sido atendidas. Sin embargo, si nos atenemos al criterio del Tribunal

⁵⁸³ Sentencias del Tribunal Supremo de 14 de mayo de 1984 (RA. 2067), 23 de febrero de 1987 (RA. 1279), 17 de marzo (RA. 2679) y 17 de octubre (RA. 7708) de 1989, 1 de junio (RA. 4959) y 25 de junio (RA. 5654) de 1990 y 25 de marzo de 1992 (RA. 2441).

⁵⁸⁴ Sentencias de 5 de febrero de 1990 (RA. 1057), 20 de abril (RA. 2835) y 25 de noviembre (RA. 8549) de 1991.

⁵⁸⁵ Sentencias de 23 de febrero de 1987 (RA. 1279), 30 de septiembre de 1988 (RA. 7176), 17 de octubre de 1989 (RA. 7708), 1 de junio (RA. 4959), 22 de junio (RA. 5641) y 25 de junio (RA. 5654) de 1990, 8 de mayo de 1991 (RA. 3604), 27 de enero de 1992 (RA. 474), 13 de julio de 1993 (RA. 5925) y 14 de febrero de 1994 (Resoluciones RA. 775 y RA. 1280).

Capítulo II.- Tipo del injusto (I): tipo objetivo

Supremo, dichas variables no experimentaron alteración alguna en nuestro país en los casi dos últimos lustros, pues se siguió estimando, hasta fechas que posteriormente concretaremos, que la concurrencia del artículo 529.7º como circunstancia meramente agravante tenía lugar cuando el valor de la defraudación fuese superior a 500.000 pesetas e inferior a 1.000.000 de pesetas, estimándose como muy cualificada cuando superase la última cifra⁵⁸⁶.

Pero la gravedad no queda ahí, pues reconociendo la existencia de la circunstancia quinta y, en consecuencia, la necesidad de distinguir ésta de la circunstancia séptima, nos encontramos con diversas sentencias que llevan la individualización hasta el extremo de afirmar la necesaria observancia de los factores personales que concurran en el caso concreto⁵⁸⁷, si bien es cierto que en muchas ocasiones se ha hecho alusión expresa a la imposibilidad de tomar en consideración características

⁵⁸⁶ Caso de las Sentencias del Tribunal Supremo de 3 de enero (RA. 206), 24 de enero (RA. 179), 27 de junio (RA. 3211), 6 de octubre (RA. 5486), 7 de octubre (RA. 5573) y 30 de octubre (RA. 5763) de 1986, 23 de febrero (RA. 1279), 8 de julio (RA. 5298) y 28 de diciembre (RA. 9889) de 1987, 26 de marzo (RA. 2105), 30 de septiembre (RA. 7176) y 28 de octubre (RA. 8603) de 1988, 15 de septiembre (RA. 6652), 6 de octubre (RA. 7627) y 20 de noviembre (RA. 8678) de 1989, 8 de junio (RA. 5239), 13 de junio (RA. 5285) y 31 de octubre (RA. 8422) de 1990 y 5 de febrero (RA. 758), 20 de abril (RA. 2835) y 25 de noviembre (RA. 8549) de 1991.

⁵⁸⁷ Sentencias de 30 de septiembre de 1988 (RA. 7176) y 22 de junio de 1990 (RA. 5641).

Capítulo II.- Tipo del injusto (I): tipo objetivo

del sujeto pasivo⁵⁸⁸, lo cual corrobora la ambigüedad de la Sala.

No obstante, mención aparte merece la Sentencia de 10 de junio de 1991⁵⁸⁹, la cual recuerda el carácter objetivo de la circunstancia séptima del artículo 529, no pudiéndose acudir a condiciones subjetivas que conducirían a la circunstancia quinta.

Por otro lado, reconoce el carácter fluctuante de este elemento agravatorio en relación a los índices del coste de vida, "razón por la cual es preciso tener mucho cuidado a la hora de buscar apoyo en anteriores resoluciones". Por ello, admite que "para el futuro inmediato de ya, es muy posible que los dos millones y los cuatro millones marquen, respectivamente, aquellos índices, en orden a la gravedad y su cualificación". De hecho, asume que para el año 1987 -fecha de comisión del delito- la cantidad de un millón y medio de pesetas no

⁵⁸⁸ Caso de las Sentencias de 3 de mayo (RA. 3449), 8 de junio (RA. 4570), 15 de junio (RA. 4922) y 28 de octubre (RA. 8242) de 1988, 10 de enero (RA. 14), 7 de abril (RA. 3031) y 21 de abril (RA. 3487) de 1989 y 27 de enero de 1992 (RA. 474).

⁵⁸⁹ RA. 4580.

permite estimar esta circunstancia como muy cualificada⁵⁹⁰.

Y en esa línea se sitúa la actual doctrina jurisprudencial en orden a las cantidades a partir de las cuales puede estimarse esta cualificación. Así, se ha establecido la cantidad de dos millones como cifra a partir de la cual cabe la apreciación de la citada agravante, oscilando la cualificación entre los cuatro⁵⁹¹ y seis millones de pesetas⁵⁹².

2.5.4) Diferencia con el artículo 529.5º

No debe confundirse el contenido que estamos atribuyendo a la expresión «valor de la defraudación» con «colocar a la víctima en una grave situación económica», pues la agravante 5ª del artículo 529 se refiere,

⁵⁹⁰ Un precedente lo constituye la Sentencia de 1 de junio de 1990 (RA. 4959) que estima, de un lado, que las cantidades en virtud de las cuales entra el juego la calificación de meramente cualificada o muy cualificada debe establecerse en una franja ancha, no siendo suficiente la establecida por la jurisprudencia tradicional; y, de otro lado, que tal diferencia no es sostenible ni a pesetas del año 1977, dado el precio de los bienes necesarios de uso y consumo, que supera en mucho la entidad de aquella franja. En la misma fecha se dicta otra Sentencia (RA. 4966) que recoge las cantidades establecidas hoy por doctrina consolidada de la Sala.

⁵⁹¹ Sentencia de 25 de marzo de 1992 (RA. 2441).

⁵⁹² Sentencia de 16 de septiembre de 1991 (RA. 6198), 13 de julio de 1993 (RA. 5925) y 14 de febrero (RA. 775) y 14 de febrero (RA. 1280) de 1994.

Capítulo II.- Tipo del injusto (I): tipo objetivo

exclusivamente, al estado económico en que queda la víctima a resultas del perjuicio producido⁵⁹³.

Dicho de otra forma, esta agravante contiene un mayor reproche atendiendo a la situación económica posterior de la víctima, una vez que se ha producido la estafa, mientras que la agravante 7ª se refiere a circunstancias coetáneas a la comisión del delito, con independencia de los resultados que puedan provocar⁵⁹⁴.

Las circunstancias de carácter subjetivo, tales como la relación entre los sujetos, se deben apreciar, tal como ya manifestamos, en la determinación de la pena como criterio genérico.

A lo anterior hay que añadir que, tal como afirmamos anteriormente, el artículo 529.7º se construye sobre valoraciones económicas exclusivamente, mientras que este número quinto toma en consideración una situación

⁵⁹³ Vid. LUZÓN CUESTA, J.M., *Fraudes inmobiliarios*, cit., p. 14.

⁵⁹⁴ Para VALLE MUÑIZ, J.M., «Sobre algunas circunstancias que agravan la responsabilidad criminal en el delito de estafa (Art. 529, circunstancias 5ª, 7ª y 8ª CP)», cit., p. 332, una cosa es la incidencia de la infracción en el patrimonio del sujeto pasivo y otra colocar a la víctima en grave situación económica.

Capítulo II.- Tipo del injusto (I): tipo objetivo

personal, con valoración económica, pero conformada con base en un criterio subjetivo⁵⁹⁵.

Por todo ello, no cabe duda que ambos elementos cualificadores son compatibles, pudiendo concurrir en un mismo supuesto de hecho, tal como afirman algunos autores⁵⁹⁶ y la jurisprudencia.

2.5.5) Conclusión

A modo de conclusión podemos afirmar que esta circunstancia agravante suele concurrir como elemento accidental del tipo especialmente cualificado de estafa, debido a que el valor de la defraudación suele ser elevado.

⁵⁹⁵ Cfr. Sentencias del Tribunal Supremo de 10 de enero de 1989 (RA. 14), 27 de enero de 1992 (RA. 474) -con abundante citas jurisprudenciales- y 26 de mayo de 1994 (RA. 4053) [que especifica que "no ha de entenderse necesariamente en el sentido de que el perjudicado directo por la acción criminal haya quedado en la penuria o indigencia más absoluta, rayana en la miseria, sino en el de que...la víctima se vea abocada en una situación patrimonial difícil, de cierto agobio e inseguridad..., siempre en apreciación relativa a la vista de las condiciones patrimoniales del sujeto pasivo y de las cargas o atenciones económicas a que haya de proveer"].

Vid. un interesante supuesto concreto en la Sentencia de 5 de octubre de 1989 (RA. 7615).

⁵⁹⁶ Cfr. LUZÓN CUESTA, J.M., ult. cit., p. 14.

Capítulo II.- Tipo del injusto (I): tipo objetivo

Sin embargo, por su propia naturaleza, su concurrencia sólo puede producirse en supuestos excepcionales.

Este elemento agravatorio no supone una vuelta al sistema de cuantías, si bien se debe construir a partir de una valoración de carácter económico exclusivamente, sin tener en cuenta aspectos subjetivos de ninguna clase, evitando así toda confusión con el artículo 529.5º.

Por otro lado, no existe razón para construir exclusivamente esta agravación sobre el valor de la defraudación y excluir su apreciación cuando se produzcan daños o perjuicios de especial consideración.

En ese segundo criterio de apreciación deben incluirse otras afectaciones al patrimonio valubles económicamente que no sean de por sí constitutivas de delito, excluyendo el lucro cesante.

CAPÍTULO III.- TIPO DEL INJUSTO (II): SUJETOS

1) INTRODUCCIÓN

No cabe duda que, como tendremos ocasión de comprobar a lo largo de este Capítulo, el tipo especialmente cualificado de estafa contiene todo un conjunto de problemas en sede de sujetos que justifican, sin lugar a dudas, su tratamiento.

El examen comienza por el sujeto activo y el autor y finaliza con el sujeto pasivo del delito y sujeto de la acción.

En cuanto al sujeto activo, se trata de determinar si estamos ante un delito común o ante un delito especial.

Respecto al autor, es en este ámbito donde aparecen las primeras cuestiones conflictivas. Si bien no lo es tanto la determinación de la responsabilidad penal de las personas jurídicas, cuestión sobre las que no obstante se llevan a cabo unas observaciones, pronto se observa que la determinación de la autoría en el tipo especialmente cualificado de estafa es una cuestión que sólo aparentemente se presenta como indubitada. Así, un análisis en profundidad pone de relieve que el

Capítulo III.- Tipo del injusto (II): sujetos

entendimiento mayoritario de la doctrina (sólo puede ser autor el que altera determinadas cualidades de un bien de reconocida utilidad social) puede ser puesto en tela de juicio, de manera que autor puede ser cualquiera.

Una vez definido el autor, se analizan una serie de problemas concretos que tienen su origen en las nuevas formas de distribución y comercialización de bienes y servicios, donde se requiere la participación de múltiples personas en una suerte de distribución de funciones -el representante, el distribuidor, el publicista, el minorista,...-. Pues bien, frente a una estafa colectiva en las que estas personas realizan el papel asignado en la cadena de distribución y comercialización pueden producirse, fundamentalmente, dos situaciones: por un lado, que sean meros «instrumentos» en manos del autor principal, lo que nos sitúa en el ámbito de la autoría mediata; o, por otro lado, que de forma consciente y efectiva participen en la defraudación, lo que provoca la necesidad de dar una respuesta jurídico-penal a tales conductas.

En cuanto al sujeto pasivo, tras unas consideraciones previas, se trata de examinar los dos órdenes de sujetos pasivos que están presentes en el tipo

penal objeto de nuestro estudio, caracterizado por el carácter pluriofensivo del delito, de suerte que junto a los múltiples perjudicados desde el punto de vista patrimonial, se encuentra la colectividad como titular del bien jurídico colectivo «seguridad del tráfico económico-jurídico».

En orden a estos últimos, el aspecto más sobresaliente es el referido a la conceptualización del término «consumidores», pues no debe olvidarse que nos encontramos frente a unas conductas delictivas que tienen lugar en el ámbito de las relaciones de consumo.

Por último, respecto a los perjudicados desde un punto de vista patrimonial, se trata de analizar los distintos conceptos que configuran el artículo 529.8º («múltiples» y «perjudicados») y, fundamentalmente, fijar los criterios en virtud de los cuales puede establecerse una distinción entre este precepto y el artículo 69 bis, cuestión nada pacífica en sede doctrinal.

2) SUJETO ACTIVO Y AUTOR

2.1) SUJETO ACTIVO

A la hora de analizar un tipo penal hay aspectos que aparecen como indubitados, cuestiones respecto de las que no existe discrepancia en la doctrina. Así ocurre con la configuración del tipo básico de estafa en razón del sujeto activo¹: nadie duda de que se trata de un delito común. En este sentido se afirma que, en la medida en que el artículo 528 comienza señalando que "cometen estafas los que...", no estableciendo ulterior matización, el delito lo puede cometer cualquier persona².

A su vez, tampoco parece que existan dudas en la doctrina respecto de la configuración del tipo objeto de nuestro estudio: dado que se trata de un tipo cualificado y no de un tipo agravado autónomo, su construcción esencial viene dada por el tipo básico³. De esta forma, la interpretación correcta del tipo cualificado del

¹ Nos estamos refiriendo a la categoría sujeto activo distinta de las categorías de autor y responsable penal. Vid., sobre la necesidad de distinguir conceptualmente entre ellas, RODRÍGUEZ MOURULLO, G., *Derecho Penal. Parte General*, vol. I, Civitas, Madrid, 1978, pp. 267 y 268.

² Vid. por todos, GUTIÉRREZ FRANCÉS, M.L., *Fraude informático y estafa*, cit., pp. 318 y 319.

³ Vid. *supra* la nota 112 del Capítulo I.

Capítulo III.- Tipo del injusto (II): sujetos

artículo 529.1º (y .8º) tiene que realizarse de acuerdo con el artículo 528, de lo que se concluye que sujeto activo también puede ser cualquiera. Por tanto, seguimos en presencia de un delito común: sujeto activo es cualquier persona que, con ánimo de lucro, engaña a otros y que, como consecuencia de dicho engaño -imputándosele objetivamente el resultado-, realizan un acto de disposición lesivo -perjuicio ocasionado por la entrega de un bien de reconocida utilidad social alterado en su sustancia, cantidad o calidad-⁴.

2.2) AUTOR

2.2.1) Observaciones sobre la responsabilidad de las personas jurídicas

A la hora de concretar quienes pueden tener la consideración de autores, hay que partir de una premisa que no por evidente debe dejar de reseñarse: la persona jurídica⁵ no tiene responsabilidad en el ámbito de

⁴ Sobre nuestra construcción del tipo de injusto de la estafa, vid. *supra* la nota 74 del Capítulo II.

⁵ Apunta GUTIÉRREZ FRANCÉS, M.L., *ult. cit.*, p. 311, nota 90, que, en realidad, es preferible hablar de «entes colectivos» y no de «personas jurídicas», "puesto que el ordenamiento jurídico también reconoce como «centros de imputación normativa» a otras entidades que no poseen personalidad jurídica (tal es el caso, de las sociedades civiles, herencias yacentes, comunidades de bienes y (continúa...)

Capítulo III.- Tipo del injusto (II): sujetos

nuestro Derecho Penal⁶. No obstante, esto no debe implicar una renuncia a todo tipo de sanción⁷, incluso desde el Derecho punitivo -aunque en este último caso, obviamente, desde un marco positivo diferente⁸-. Lo contrario supondría obviar el ámbito real en el que se desenvuelven hoy las relaciones de consumo.

Ya destacaba el arcaísmo del Código Penal en esta materia QUINTANO RIPOLLÉS al referirse a la construcción

⁵(...continuación)
demás entidades a que se refiere el artículo 33 de la Ley General Tributaria)".

⁶ Por escapar a nuestra investigación no entramos en la discusión a cerca del fundamento en virtud del cual se afirma la no responsabilidad penal de la persona jurídica -incapacidad de acción, incapacidad de culpabilidad, incapacidad de pena-, ni sobre los problemas de toda índole que se plantean en relación con esta cuestión. En general sobre el tema, vid., entre otros, BAJO FERNÁNDEZ, M., *Derecho Penal económico aplicado a la actividad empresarial*, cit.; BARBERO SANTOS, M., «¿Responsabilidad penal de las personas jurídicas?», *Doctrina Penal*, 1986; MUÑOZ CONDE, F., «La responsabilidad penal de los órganos de las personas jurídicas en el ámbito de las insolvencias punibles», *Cuadernos de Política Criminal*, nº 3, 1977; QUINTANO RIPOLLÉS, A., *Tratado de la Parte Especial del Derecho Penal*, t. II, cit., pp. 629 y ss.; TIEDEMANN, C., *Lecciones de Derecho Penal Económico* (comunitario, alemán, español), PPU, Barcelona, 1993; ZUGALDÍA ESPINAR, J.M., «Conveniencia político-criminal e imposibilidad dogmática de revisar la fórmula tradicional "societas delinquere non potest"», *Cuadernos de Política Criminal*, nº 11, 1980.

Vid. una visión sintética sobre las pautas a partir de las cuales puede generarse una nuevo planteamiento del tema en BUSTOS RAMÍREZ, J., «Perspectivas actuales del Derecho Penal económico», cit., pp. 218 y ss.

⁷ Sobre la responsabilidad penal de las personas jurídicas en el ámbito administrativo y la relación con el Derecho Penal, vid. SUAY RINCÓN, J., *Sanciones administrativas*, Real Colegio de España, Bolonia, 1989, pp. 136 y 137 -en relación al Derecho italiano- y 157 a 160 -en relación al Derecho alemán-.

⁸ Es evidente, como ya hemos apuntado, que en este marco legal no es posible.

Capítulo III.- Tipo del injusto (II): sujetos

del tipo de estafa en torno al engaño de «hombre a hombre», "sin haber previsto, o hacerlo de modo insuficiente, las situaciones, tan típicas de nuestro tiempo, en que se enfrentan, de un lado, sociedades o empresas, como sujetos activos, y del otro, en calidad de pasivos, la masa más o menos amorfa de los defraudados"⁹.

En todo caso, sólo subrayar que en la medida en que la estafa es un delito común en razón del sujeto activo, los problemas de la «actuación en nombre de otro» deben resolverse caso por caso, pues no es de aplicación el artículo 15 bis¹⁰, ideado para resolver problemas de autoría en delitos especiales¹¹.

En conclusión, autor del delito de estafa sólo puede ser la persona física que realiza la conducta descrita en el tipo.

⁹ QUINTANO RIPOLLÉS, A., ult. cit., p. 557.

¹⁰ Artículo 15 bis: "El que actuare como directivo u órgano de una persona jurídica o en representación o voluntaria de la misma, responderá personalmente, aunque no concurren en él y sí en la entidad en cuyo nombre obrare, las condiciones, cualidades o relaciones que la correspondiente figura de delito requiera para poder ser sujeto activo del mismo".

¹¹ Sobre este precepto, vid. GRACIA MARTÍN, L., *El actuar en nombre de otro en Derecho Penal II* (estudio específico del art. 15 bis del Código Penal español), Secretariado de Publicaciones, Universidad de Zaragoza, Zaragoza, 1986.

2.2.2) La autoría en el tipo especialmente cualificado de estafa

Al analizar la conducta típica¹² concluimos que puede consistir en cualquier engaño (siempre que sea bastante e inductor de una disposición patrimonial lesiva; idóneo, en definitiva), en la medida en que la alteración no va referida a él sino al perjuicio. A partir de aquí, se podría inferir que el autor¹³ no tiene que ser, necesariamente, el que altera, pues la modalidad comisiva, como hemos puesto de manifiesto, no está restringida a una determinada forma de engaño.

La doctrina, sin embargo, aun cuando no es pacífica respecto de la determinación de la conducta del tipo especialmente cualificado -como ya tuvimos ocasión de comprobar-, es unánime a la hora de determinar el autor: éste sólo puede ser el que altera la sustancia, cantidad

¹² Vid. *supra* el epígrafe 2.2.2) del Capítulo II.

¹³ Cuando hablamos de autor nos estamos refiriendo al «autor en sentido estricto», entendiéndolo por éste, exclusivamente, el que realiza la conducta descrita en el tipo de la Parte Especial. Sobre esta concepción, vid., por todos, GIMBERNAT ORDEIG, E., *Autor y cómplice en Derecho Penal*, Sección de Publicaciones e Intercambio, Facultad de Derecho, Universidad de Madrid, Madrid, 1966, *passim*.

Capítulo III.- Tipo del injusto (II): sujetos

o calidad del objeto material -del bien de reconocida utilidad social¹⁴-.

Aunque nada dicen al respecto, es de suponer que para la doctrina la conducta que consiste en aprovecharse de cosas ya alteradas no es impune, sino que debe reconducirse al tipo básico del artículo 528, al margen de la probable concurrencia de los números séptimo y octavo, en la medida en que la estafa revistiese especial gravedad y hubiesen múltiples perjudicados.

El argumento que se maneja para llegar a la conclusión expuesta es, sencillamente, de carácter gramatical; en concreto, se acude al literal del precepto ("cuando se cometa alterando"). En este sentido se afirma que "la expresión gramatical utilizada por la ley no

¹⁴ Algunos autores se refieren a esto de forma explícita, caso de BAJO FERNÁNDEZ, M., «Estafa sobre cosas de primera necesidad», cit., p. 1218; BUSTOS RAMÍREZ, J., *Manual de Derecho Penal. Parte Especial*, 2ª edic., cit., pp. 196 y 197; GONZÁLEZ RUS, J.J., *Los intereses económicos de los consumidores. Protección penal*, cit., p. 318; MANJÓN-CABEZA OLMEDA, A., «Naturaleza de las circunstancias del artículo 529 del Código Penal. La circunstancia primera: especial referencia a la vivienda», cit., p. 849; RODRÍGUEZ DEVESA, J.M., *Derecho Penal español. Parte Especial*, 14ª edic., cit., p. 509. De otros se infiere al definir la conducta, caso de VIVES ANTÓN, T.S. en VIVES ANTÓN, T.S. y otros, *Derecho Penal. Parte Especial*, cit., p. 929.

ofrece dudas respecto de la exigencia de que el sujeto activo sea quien expresamente altere la cosa¹⁵.

Evidentemente, las posibles observaciones a tal razonamiento hay que orientarlas hacia aquellas tesis que aun cuando sostienen que la conducta no tiene que quedar reducida a una alteración, entienden que autor sólo puede ser el que altera¹⁶. Pues bien, las objeciones que pueden formularse son del siguiente orden: en primer lugar, la anterior explicación implica que "no comete esta figura agravada del delito de estafa quien engaña a otro con la entrega de cosas alteradas, ya que exige que el propio autor realice la actividad de la alteración"¹⁷, lo cual supone una profunda contradicción, pues, aun cuando se pueda pecar de reiterativo, si se parte de que la conducta no tiene que consistir necesariamente en alterar, no se puede concluir que sólo puede engañar el que altera, pues de esa forma se está sosteniendo implícitamente que sólo se puede engañar alterando.

¹⁵ BAJO FERNÁNDEZ, M., «Estafa de cosas de primera necesidad», cit., p. 1218. En el mismo sentido, MANJÓN-CABEZA OLMEDA, A., ult. cit., p. 849.

¹⁶ Para aquellos autores que mantienen que la conducta consiste en alterar es igualmente obvio que sólo puede ser autor el que altera.

¹⁷ BAJO FERNÁNDEZ, M., ult. cit., p. 1218.

Capítulo III.- Tipo del injusto (II): sujetos

En segundo lugar, se producen contradicciones entre los mismos autores que mantienen aquel razonamiento. Así, a pesar de que se afirma que "el legislador no se refiere a ningún medio especial utilizado en el engaño, pudiendo producirse por cualquier procedimiento"¹⁸, se dice que la conducta puede consistir "en ofrecer una cosa alterada -o que se piensa alterar- como si no estuviese alterada"¹⁹, cuando ya hemos visto que con los mismos argumentos se niega esta posibilidad.

Más aún, se explica que situación distinta hubiese sido si el legislador se hubiera referido "a la estafa que recaiga sobre cosas de primera necesidad alteradas"²⁰. No obstante, es sostenible que si el Código se hubiese referido a «cosas alteradas» no hubiese cabido el supuesto en que el bien se piensa modificar -es decir, que todavía no se ha alterado-, sino que desde el inicio -el momento del engaño- la cosa ya tiene que estar alterada, supuesto que sin embargo se admite con la redacción actual.

¹⁸ MANJÓN-CABEZA OLMEDA, A., ult. cit., p. 849.

¹⁹ *Ibidem.*

²⁰ *Ibidem.*

Capítulo III.- Tipo del injusto (II): sujetos

Por todo lo anterior, el criterio gramatical carece de virtualidad práctica al objeto de determinar el autor del delito, pues éste puede conducir a resultados contradictorios.

En cualquier caso, no deja de resultar paradójico que el literal del precepto sea el argumento manejado y que, no obstante, no es tenido en cuenta con la misma rigurosidad cuando se trata de analizar otros elementos del tipo objetivo, en donde tal criterio es un estorbo frente al contenido con se quiere dotar a aquél. Es lo que ocurre, por ejemplo, cuando se examina el acto de disposición. Como ya hemos tenido ocasión de analizar²¹, la expresión típica "realizar un acto de disposición" lleva consigo un componente activo que, sin embargo, no supone un obstáculo para la doctrina mayoritaria respecto de la admisibilidad de los comportamientos omisivos; esto es, que el acto de disposición consista en un no hacer o en un renunciar. Incluso, se admiten los actos de tolerancia. De todo lo cual se podría inferir que, en ocasiones, la interpretación gramatical es más un «recurso fácil» que una «seria objeción».

²¹ Vid. *supra* el apartado 2.3.2.1) del Capítulo II.

Pero es que, además, el propio plano semántico puede proporcionar una línea argumental contraria a la expresada por la doctrina expuesta, pues, sin lugar a dudas, en la medida en que se utiliza el gerundio, se introduce un matiz adverbial temporal de continuidad - "cuando se cometa alterando"-, pero teniendo en cuenta que lo que se comete es el delito. Dicho de otra forma, cuando el legislador se refiere a la cualificación, indica que ésta tiene lugar cuando el ilícito se comete alterando, en una suerte de referencia al delito y no a la conducta. De esta forma, si el literal del precepto no nos obliga a entender que la modificación va referida a la conducta, no hay razón para suponer que la alteración la tiene que llevar a cabo, indefectiblemente, el sujeto activo.

Un último argumento para sostener que el autor no tiene que ser necesariamente el que altera lo proporciona la situación típica anterior a la Reforma de 1983. Tomando como premisa el hecho de que, respecto de la anterior regulación, la doctrina coincidía en entender que los números segundo y tercero del artículo 529 eran meros tipos cualificados del artículo 528²², pueden

²² RODRÍGUEZ DEVESA, J.M., *Derecho Penal español. Parte Especial*, 8ª edic., cit., p. 509.

ponerse de manifiesto una serie de extremos: por un lado, respecto del 529.2º, se afirma que "la especialidad con relación al artículo 528 está en la condición del sujeto pasivo, que ha de ser platero o joyero", y se sitúa el fundamento de la agravación "en el alto valor que suelen tener las alhajas" y "en la dificultad de valorarlas para el profano"²³. Sin embargo, no se hace la más mínima referencia al modo de realizar la defraudación, aún cuando los verbos utilizados son diferentes con significados también diferentes: el artículo 528 castigaba al "que *defraudare* a otro en la sustancia, cantidad o calidad de las cosas que le *entregare*", mientras que el artículo 529.2º castigaba a "los plateros y joyeros que cometieren *defraudación alterando*".

Por otro lado, coincidiendo con lo anterior, se matiza que la utilización del gerundio "alterando" implica una variación sustancial, apreciación que no induce, sin embargo, a sostener que se trate de conductas diferentes²⁴.

²³ ANTÓN ONECA, J., «Las estafas y otros engaños», cit., p. 23; si bien es cierto que analizando el fundamento de la agravación no dejaba de reconocer la existencia de un resabio histórico. En igual sentido, GROIZARD GÓMEZ DE LA SERNA, A., *El Código Penal de 1870 concordado y comentado*, cit., pp. 140 y 141.

²⁴ Vid. QUINTANO RIPOLLÉS, A., *Tratado de la Parte Especial del Derecho Penal*, t. II, cit., p. 697.

Capítulo III.- Tipo del injusto (II): sujetos

En definitiva, cuando se analizaron aquellos preceptos no se encontraron diferencias entre las conductas que consistían en defraudar entregando y las que consistían en defraudar alterando, y no las hallaron porque no las habían, ni las hay según nuestro entender.

Por todo ello, discrepamos de los autores que sostienen que, en la medida en que tiene que ser el sujeto activo el que cometa la alteración, no concurrirá esta cualificación en el caso de productos envasados, "aunque al expenderlos sea consciente [el vendedor] de que no reúnen las condiciones indicadas en el envase"²⁵.

2.2.3) Conclusión

A modo de conclusión, si autor del delito de estafa es el que engaña a otro induciéndole a realizar una disposición patrimonial perjudicial, en nuestro caso es autor el que engaña a otros de cualquier forma idónea, induciéndoles a realizar una disposición patrimonial de la que resultan perjudicados debido a que tiene lugar una alteración de la sustancia, calidad o cantidad de un bien

²⁵ RODRÍGUEZ DÉVESA, J.M., *Derecho Penal español. Parte Especial*, 14ª edic., cit., p. 509.

Capítulo III.- Tipo del injusto (II): sujetos

de reconocida utilidad social. Por ello, para determinar la autoría no hay que fijarse en el individuo que realizó la alteración, sino en el sujeto que realizó la conducta engañosa.

En realidad, de lo que se trata es de no limitar excesivamente el ámbito de punición sin un fundamento dogmático sólido, porque ello provoca una mayor desprotección de los intereses de los consumidores, como la propia doctrina reconoce. Sosteniendo este criterio entendemos que se colma de forma altamente satisfactoria los fines político-criminales que, precisamente, movieron al legislador-reformador de 1983 a realizar las profundas modificaciones efectuadas.

En ese sentido se reconoce por autores como BAJO FERNÁNDEZ que "probablemente el legislador no pretendió reducir el alcance de esta agravación a los supuestos en que el mismo sujeto activo produjese la alteración", concluyendo nosotros que ni lo pretendió ni lo realizó, pues como él mismo afirma "parece que el legislador ha tomado en cuenta la protección de los intereses de los consumidores como fenómeno social", lo cual le lleva a

afirmar que "no tiene sentido excluir de esta agravación la conducta de quien entrega la cosa ya alterada"²⁶.

2.3) PROBLEMAS CONCRETOS EN SEDE DE AUTORÍA

2.3.1) Planteamiento

El autor del delito al que hemos estado haciendo referencia puede ser el propio sujeto que realiza la conducta engañosa: el «autor directo e inmediato». Sin embargo, las nuevas formas de producción y, sobre todo, de distribución y comercialización de bienes y prestación de servicios, precisan, normalmente, de la concurrencia de otros sujetos en una suerte de distribución de funciones (entre el fabricante y el consumidor se encuentran hoy todo un conjunto de sujetos que realizan muy diversas funciones: el sujeto que ostenta la representación del producto en una determinada zona; el que distribuye el producto entre los minoristas, que en ocasiones, dependiendo de la envergadura de la empresa, es un sujeto distinto al representante; el que realiza las campañas publicitarias, etc.).

²⁶ BAJO FERNÁNDEZ, M., «Estafa de cosas de primera necesidad», cit., pp. 1218 y 1219, crítica a la que se suman BUSTOS RAMÍREZ, J., *Manual de Derecho Penal. Parte Especial*, 2ª edic., cit., pp. 196 y 197, y GONZÁLEZ RUS, J.J., *Los intereses económicos de los consumidores. Protección Penal*, cit., p. 318.

En ese ámbito, los sujetos que intervienen en la «colocación fraudulenta» de productos en el mercado puede que hayan sido «utilizados», personas desconocedoras de la defraudación pero que, por estar dentro de la «cadena de distribución», van a intervenir en el perjuicio que se ocasiona a los consumidores con dicho fraude. Pero puede suceder, también, que esas personas no sean «ajenas» a la defraudación, es decir, que sabiendo el perjuicio que se va a ocasionar a los consumidores cuando adquieran el producto alterado, «colaboren» con el fabricante.

2.3.2) Supuesto de autoría mediata

En el primer supuesto de los planteados (se desconoce el fraude por las personas distintas al fabricante), el clásico ejemplo es el del producto envasado: el fabricante elabora un producto cuyo contenido no se corresponde con lo manifestado en la etiqueta²⁷. Este producto, a través de las redes de distribución, llega al comerciante, que lo vende a los consumidores desconociendo el fraude, de lo que resulta perjudicado final el consumidor.

²⁷ En estos casos nos enfrentamos a una defraudación y a una falsedad, problema concursal del que ya nos ocupamos en otro lugar [vid. *supra* el apartado 2.2.4.2.3) del Capítulo II].

Capítulo III.- Tipo del injusto (II): sujetos

Esos casos, en principio, no plantean grandes problemas: el fabricante responde en autoría mediata²⁸ -al utilizar al comerciante como «instrumento»- del fraude al consumidor. Es autor en cuanto que ha realizado la conducta descrita en el tipo -ha tenido el «dominio del hecho»-, si bien sirviéndose de otra persona²⁹; y, en la medida en que realiza la conducta descrita en el tipo, es «autor en sentido estricto».

Lo mismo puede suceder con el publicista que realiza una campaña publicitaria de acuerdo con las exigencias del contratante de sus servicios³⁰ y tomando en

²⁸ Sobre la autoría mediata, en general, vid. GIMBERNAT ORDEIG, E., *Autor y cómplice en Derecho Penal*, cit., pp. 222 y ss.; RODRÍGUEZ MOURULLO, G., «El autor mediato en Derecho Penal español», *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, t. XXII, fasc. III, 1969, pp. 462 y ss., tesis a la que se adhiere QUINTERO OLIVARES, G., *Los delitos especiales y la teoría de la participación*, Cymys, Barcelona, 1974, pp. 89 y 90.

²⁹ En este ámbito, cuando nos referimos al comerciante lo hacemos en un sentido muy amplio, sin limitarnos al «tendero», pues también puede quedar incluido el concesionario respecto de los productos objeto de su concesión, por ejemplo.

Según GONZÁLEZ RUS, J.J., *Los intereses económicos de los consumidores. Protección penal*, cit., p. 318, "en estos casos, el comerciante podría considerarse que es a su vez víctima de un delito de estafa, desde el momento en que el fabricante le entrega una cosa distinta a la que declara en las características del producto que ofrece". Efectivamente, cabe la posibilidad de que el comerciante sea, antes que el consumidor, sujeto de engaño por el productor. Incluso, coincidimos con este autor en considerar que en los supuestos en que el comerciante ignora la alteración a que ha ido sometido un producto envasado, por ejemplo, éste no obtiene ningún beneficio adicional con la venta del producto. Aunque si ello es así, no entendemos la razón por la que introduce el adverbio "generalmente", dando a entender que cabe la posibilidad de que aquél consiga el mencionado beneficio adicional.

³⁰ Que puede ser el propio fabricante o el representante o concesionario.

Capítulo III.- Tipo del injusto (II): sujetos

consideración las características que le han sido suministradas. Si esas características son inciertas es algo que el publicista desconoce. A su agencia le llega un fabricante que quiere realizar un anuncio con el fin de promover la adquisición del producto³¹. De esta forma, el consumidor adquiere, movido por la publicidad, el producto anunciado, siendo sujeto de un engaño. Sin embargo, no puede afirmarse que la conducta descrita en el tipo ha sido realizada por el publicista -no ha tenido el «dominio del hecho»-, sino por el fabricante -en su caso-, que ha «utilizado» a aquél, y es el que se ha comportado de acuerdo a lo establecido en el tipo³².

En síntesis, dentro de la categoría «autor en sentido estricto» nos encontramos, además del sujeto que realiza de forma directa e inmediata la conducta descrita en el tipo, al autor mediato; y dentro de los casos "normalmente aceptados"³³ de autoría mediata, estos

³¹ No olvidemos que el fin primordial de la actividad publicidad es promover la contratación de bienes y servicios [vid. *supra* el apartado 2.2.4.4) del Capítulo II].

³² En el mismo sentido, OCTAVIO DE TOLEDO Y UBIETO, E., «Notas para un estudio de los fraudes alimentarios en Derecho Penal», cit., pp. 97 y 98.

³³ Esta expresión es utilizada por QUINTERO OLIVARES, G., *Los delitos especiales y la teoría de la participación*, cit., p. 90, para distinguir los tres casos de autoría mediata a que se refiere GIMBERNAT ORDEIG, E., *Autor y cómplice en Derecho Penal*, cit., p. 222, y que son aceptados por la doctrina, frente al supuesto en que el instrumento actúa de forma dolosa, del que se han alzado voces divergentes.

Capítulo III.- Tipo del injusto (II): sujetos

ejemplos antes vistos hay que incluirlos dentro del supuesto en que aquél "se vale, para cometer el delito, de un sujeto que es víctima de un error"³⁴.

2.3.3) Supuesto de coautoría ejecutiva

Pero el problema no se plantea en estos casos, sino cuando el comerciante o el publicista conocían el engaño, cuando sabían que lo manifestado en la etiqueta era falso, que no se ajustaba a la realidad y, no obstante, desarrollaron su «papel» en la cadena de relaciones propias del tráfico³⁵. O el supuesto del farmacéutico que sabe que el "medicamento" que ofrece -"de venta exclusiva en farmacia"- no produce los efectos atribuidos.

La respuesta viene dada partiendo de la base de que no se trata de «coautores principales» (coautores en sentido estricto) en la medida en que no realizan

³⁴ GIMBERNAT ORDEIG, E., *ult. cit.*, p. 222. No nos detenemos en los otros dos casos por cuanto que no conforman supuestos normales de concurrencia en el tráfico ["el autor mediato obliga al inmediato, ejerciendo sobre él miedo insuperable, a que realice el delito; el autor mediato mueve a un inimputable (a un loco o a un niño) a delinquir"].

³⁵ En estos casos ya no podría afirmar sin más GONZÁLEZ RUS, J.J., *Los intereses económicos de los consumidores. Protección penal*, *cit.*, p. 318, que el comerciante podría ser considerado víctima respecto del engaño generado por el productor, en la medida en que en su conducta se sitúa "el origen del engaño y del lucro ilícito".

Capítulo III.- Tipo del injusto (II): sujetos

conjuntamente el tipo. Así, no hay un acuerdo de reparto de funciones propio de esta forma de autoría, como es el caso del que sujeta mientras otro yace con la mujer para, posteriormente, invertir los papeles, en virtud del plan preestablecido por ellos.

En realidad, bien pudiera pensarse que se trata de cómplices, debiendo sólo determinar si su participación ha sido necesaria o no. A partir de los factores que con carácter general establece GIMBERNAT ORDEIG³⁶ para determinar si la participación de un sujeto puede calificarse como cooperación necesaria, se podría llegar a la conclusión de que, efectivamente, la conducta desarrollada por el comerciante o por el publicista está inmersa en el artículo 14.3º³⁷: en primer lugar se encuentra el que podemos denominar «criterio de la abundancia», esto es, la conducta no es necesaria en cuanto que es abundante, pues nadie pone reparos para realizarla. En nuestro caso, es evidente que la conducta es escasa, por cuanto que no todo comerciante o

³⁶ GIMBERNAT ORDEIG, ult. cit., pp. 167 a 193.

³⁷ Artículo 14: "Se consideran autores: 3º. Los que cooperan a la ejecución del hecho con un acto sin el cual no se hubiere efectuado".

Capítulo III.- Tipo del injusto (II): sujetos

publicista está dispuesto a cooperar con la realización de una conducta criminal³⁸.

El segundo factor lo denominamos «criterio de la causalidad», y viene a significar que la conducta no es escasa en la medida en que no es, ni siquiera, condición del resultado. De esta suerte, si la conducta es condición necesaria se cumple este requisito. En nuestro caso, es obvio que la conducta ha influido en el resultado, sin que por ello realicemos ningún juicio hipotético: no nos planteamos «que hubiera pasado si», sino que afirmamos que su concreta actividad «ha condicionado el resultado». Dicho de otra manera, no debemos plantearnos que la conducta es abundante en la medida en que existen, por ejemplo, numerosas agencias de publicidad; lo cierto es que respecto del resultado, la conducta de este publicista lo ha condicionado.

El tercer y último factor se refiere a criterios del caso concreto -circunstancias de tiempo y lugar-. Dice GIMBERNAT ORDEIG al respecto que "de modo general se puede decir que el particular encuentra serias dificultades para conseguir que otra persona le ayude con

³⁸ Criterio que luego matizaremos con el tercer factor, referido al análisis del caso concreto.

Capítulo III.- Tipo del injusto (II): sujetos

una conducta claramente criminal; por eso, el que colabora con un comportamiento de ese tipo le resuelve un problema que si no hubiera sido de difícil solución; por eso, esta colaboración (si es causal para el resultado) es, en el caso normal, cooperación necesaria"³⁹. Pues bien, en nuestro caso no podemos afirmar que si la agencia que en concreto realizó la campaña publicitaria no la hubiese realizado, no hubiese habido problema porque cualquiera otra lo hubiese hecho también, dado que en ese caso estaríamos afirmando que todas las agencias publicitarias realizan conductas criminales, lo cual es a todas luces absurdo. En todo caso, necesitaríamos un juicio hipotético que se rechaza.

Por último, como nos recuerda el autor ya citado, para ser cooperador necesario es preciso que se actúe con conciencia del delito que el otro va a cometer⁴⁰.

Paradójicamente, la clave está en parte de lo que acabamos de reproducir, «el delito que el otro va a cometer». En la cooperación necesaria el sujeto no realiza «actos ejecutivos» sino «actos de comienzo de la

³⁹ GIMBERNAT ORDEIG, E., *Autor y cómplice en Derecho Penal*, cit., pp. 174 y 175.

⁴⁰ *Ibidem*, p. 140, nota 114.

Capítulo III.- Tipo del injusto (II): sujetos

ejecución». Es el caso del vigilante tan concienzudamente analizado por GIMBERNAT. En la medida en que su actividad no es ejecutiva no cumple los presupuestos del artículo 14.1º⁴¹, pero es que el comerciante y el publicista sí que realizan actos ejecutivos. Es más, realizan elementos del tipo, lo cual conduce irremediabilmente -desechada la coautoría principal- a la coautoría ejecutiva del citado número 1º del artículo 14⁴².

La actividad de esos sujetos no es que se halle «vinculada necesariamente» a la acción típica, sino que «toman parte» en ella. Por eso no encuentra GIMBERNAT ORDEIG "nada que oponer al criterio del Código de entender que la realización de actos ejecutivos lleva consigo siempre la calificación de coautor"⁴³. En todo caso, como manifiesta RODRÍGUEZ MOURULLO, "el número primero del artículo 14...extiende la consideración de autor a quien no realiza íntegramente la figura de delito, bastando tan sólo con que haya tomado parte

⁴¹ En general, sobre la interpretación del artículo 14.1 del Código Penal, vid. GIMBERNAT ORDEIG, E., ult. cit., pp. 15 y ss., y RODRÍGUEZ MOURULLO, G., «El autor mediato en Derecho penal español», cit., pp. 461 y 462. Una crítica a la interpretación que aquí se va a sostener del artículo 14.1º puede verse en MIR PUIG, S., *Derecho Penal. Parte General*, cit., p. 415.

⁴² Artículo 14: "Se consideran autores: 1º. Los que toman parte directa en la ejecución del hecho".

⁴³ GIMBERNAT ORDEIG, E., *Autor y cómplice en Derecho Penal*, cit. p. 98.

Capítulo III.- Tipo del injusto (II): sujetos

directa en su ejecución, es decir, haya realizado algún acto ejecutivo"⁴⁴. De esta forma, concluimos con GIMBERNAT afirmando que "la realización de un acto ejecutivo debe convertir al partícipe en coautor"⁴⁵.

Es más, dice que el criterio de realización de un acto ejecutivo es un criterio más amplio que el de realización de un elemento del tipo⁴⁶.

Dicho todo lo anterior, la pregunta es si el publicista, por ejemplo, engaña «típicamente», a lo que contestamos que sí⁴⁷. De acuerdo que su engaño no se sitúa en el inicio, pero no debemos olvidar dos cosas: de un lado, que no estamos en presencia de un delito compuesto (de varios comportamientos), con las consecuencias que ello conlleva en orden a la diferenciación entre «acción de comienzo de ejecución» y «acción típica». En este tipo de delitos sí es fácil la

⁴⁴ RODRÍGUEZ MOURULLO, G., ult. cit., p. 462.

⁴⁵ GIMBERNAT ORDEIG, E., ult. cit., p. 99.

⁴⁶ *Ibidem*, p. 98.

⁴⁷ Por otro lado, no nos cabe duda respecto de la concurrencia del ánimo de lucro «propio y ajeno». En contra, GONZÁLEZ RUS, J.J., *Los intereses económicos de los consumidores. Protección penal*, cit., p. 318, en la medida en que sostiene que "el «revendedor» debe considerarse exento de responsabilidad criminal, puesto que en la mayoría de los casos él no obtiene ningún lucro adicional con la venta del producto".

distinción y, de hecho, tiene sentido distinguir entre ambas acciones (caso del que intimida para robar, o para yacer), pues la realización de la primera de ellas permite hablar de inicio o comienzo de la ejecución. Pero como muy bien afirma GIMBERNAT, "en los delitos de resultado (matar, incendiar, etc.), en los que se castiga la causación de un resultado separado idealmente de la acción, suena muy raro hablar de, por ejemplo, comienzo de matar; pues sin resultado (muerte) no puede haber ningún «matar»"⁴⁸. Y esto es perfectamente trasladable al tipo de estafa, sólo por coherencia con nuestra concepción del tipo del injusto de este delito: en la estafa sólo hay una conducta -engañar- y un resultado -acto de disposición perjudicial-, imputable objetivamente a aquélla. No se puede afirmar que se ha comenzado a engañar, pues o se engaña o no se engaña (siguiendo con el ejemplo de GIMBERNAT, o se mata y, en consecuencia, hay muerte, o no se mata).

De otro lado, también hay que tener en consideración que todo análisis que se realice para la resolución de un problema no debe abstraerse de la realidad, pues el resultado obtenido de él es necesario confrontarlo con los problemas concretos y reales que se pretenden

⁴⁸ GIMBERNAT ORDEIG, E., ult. cit., p. 104.

solucionar. Desde esta perspectiva, lo cierto es que estas conductas se engloban en todo un entramado de relaciones, pues no olvidemos que estamos analizando unos comportamientos dentro de toda una «cadena».

Por último, destacar que para MANJÓN-CABEZA OLMEDA parece que ésta hubiese sido la solución correcta si del literal del precepto no se infiriese que autor del delito sólo puede ser el que altera. Es decir, en el supuesto de que el Código se hubiese referido a la estafa que recaiga sobre cosas de primera necesidad alteradas, "naturalmente esta redacción sí permitiría aplicar la agravación en los casos en los que el sujeto activo de la estafa no ha alterado la cosa, recibéndola ya alterada del fabricante y conociendo este extremo"⁴⁹. De hecho, hace mención expresa a los fraudes alimentarios, "en relación a productos envasados que llegan alterados al vendedor, por lo que aunque éste conozca que el producto está alterado, no verá su posible responsabilidad agravada en base a la circunstancia 1 del art. 529"⁵⁰, dada la regulación existente.

⁴⁹ MANJÓN-CABEZA OLMEDA, A., «Naturaleza de las circunstancias del artículo 529 del Código Penal. La circunstancia primera: especial referencia a la vivienda», cit., p. 849, nota 40.

⁵⁰ *Ibidem*, p. 849.

Capítulo III.- Tipo del injusto (II): sujetos

No obstante, ya tuvimos ocasión más arriba de detectar insuficiencias en esa posible construcción en relación a los supuestos en que la cosa aún no ha sido alterada, pues aquella construcción puede obligar a que la cosa tiene que estar alterada desde el momento del engaño.

En síntesis, el comerciante y el publicista de nuestro ejemplo «toman parte directa» en el engaño a los consumidores y se lucran con ello⁵¹, motivo por el cual entendemos que son coautores ejecutivos del número 1º del artículo 14 en relación al artículo 528, ambos del Código Penal.

3) SUJETO PASIVO DEL DELITO Y SUJETO DE LA ACCIÓN

3.1) CONSIDERACIONES PREVIAS

En la medida en que el sujeto pasivo es el titular del bien jurídico protegido (sujeto pasivo del delito⁵²), la doctrina mayoritaria entiende que éste

⁵¹ Sobre la concurrencia de ánimo de lucro en los supuestos de coautoría, vid. *infra* el epígrafe 3) del Capítulo IV.

⁵² Este es el criterio hoy absolutamente dominante. No obstante, algún autor sostuvo una concepción mucho más amplia de sujeto pasivo. Es el caso de CARRARA, F., *Programa de Derecho Criminal. Parte General* (vol. I), Temis, Bogotá, 1988, p. 52, el (continúa...)

Capítulo III.- Tipo del injusto (II): sujetos

es, en el delito de estafa, el titular del patrimonio lesionado⁵³.

Sin embargo, algún autor, caso de QUINTANO RIPOLLÉS, sostiene que sujeto pasivo también es la víctima del engaño⁵⁴. Advierte al respecto GUTIÉRREZ FRANCÉS que este entendimiento no es gratuito, sino que responde a un posicionamiento previo sobre el bien jurídico: "si se considera sujeto pasivo al engañado -haya sufrido o no el perjuicio-, implícitamente se viene a dotar de la condición de «bien jurídico» al interés que el engaño lesiona (la buena fe, la confianza en el tráfico jurídico, o similar)"⁵⁵, lo cual viene a poner de

⁵²(...continuación)

cual mantenía que sujeto pasivo del delito era la persona o cosa sobre la cual recaía materialmente la acción, si bien es cierto que dicho entendimiento es necesario contextualizarlo en su construcción de la teoría del delito.

⁵³ Como acertadamente pone de manifiesto GÓMEZ BENÍTEZ, J.M., *Teoría jurídica del delito*, cit., p. 195, en la medida en que todo tipo penal tiene su razón de ser en la tutela de un bien jurídico, "la identificación del sujeto pasivo suele hacerse mediante la investigación de la titularidad del bien jurídico protegido".

⁵⁴ QUINTANO RIPOLLÉS, A., *Tratado de la Parte Especial del Derecho Penal*, t. II, cit., p. 645: "Tratándose como se trata de una infracción que, aunque de naturaleza patrimonial, sin duda, no es sólo el factor económico el que entra en juego, sino también el personal del engaño, que es sufrido por determinada persona, cuya voluntad se vicia y burla, estimo que es dicha persona la que en primer término merece la condición de sujeto pasivo, como en el robo violento lo es el que sufre la muerte, las lesiones o la intimidación".

⁵⁵ GUTIÉRREZ FRANCÉS, M.L., *Fraude informático y estafa*, cit., p. 500.

Capítulo III.- Tipo del injusto (II): sujetos

manifiesto, cuanto menos, la coherencia en la construcción de aquél.

Al respecto hay que recordar que, a los efectos del tipo especialmente cualificado, debido a la construcción claramente patrimonialista del delito de estafa y al carácter complementario de un bien jurídico respecto del otro, aun cuando se produzca la afectación del interés colectivo, la conducta carece de trascendencia para el Derecho Penal si no se produce la lesión del interés individual. Dicho de otra forma, sólo se podrá constatar la afectación de la seguridad del tráfico cuando se haya producido la lesión del patrimonio. De esta manera, cuando se perpetra el delito de estafa aparecen como sujetos pasivos las personas cuyos patrimonios han resultado afectados, pero igualmente es sujeto pasivo la colectividad, de suerte que el engañado (sujeto de la acción) también es sujeto pasivo respecto del interés colectivo, tal como afirmara QUINTANO⁵⁶.

En otro orden de cosas, recordamos algo sobre lo que hemos venido insistiendo a lo largo de todo el trabajo,

⁵⁶ GUTIÉRREZ FRANCÉS, M.L., ult. cit., pp. 495 y ss., en la medida en que rechaza que en el delito de estafa se tutele algo más que el patrimonio -aun cuando sostiene que la conducta es, efectivamente, pluriofensiva-, niega al engañado la condición de sujeto pasivo del delito.

Capítulo III.- Tipo del injusto (II): sujetos

a saber: el desvalor de acción recae sobre la conducta del sujeto activo del delito -el que engaña- y no sobre el sujeto pasivo. Con ello rechazamos cierta tendencia doctrinal a equiparar a ambos sujetos desde el ámbito subjetivo⁵⁷. Podría, tal vez, tener algún tipo de justificación dicha equiparación respecto de los «timos clásicos», en los que la víctima del engaño ve en la conducta del otro la posibilidad de obtener un pingüe beneficio, cuando en realidad es él, efectivamente, la «verdadera víctima». Sin embargo, en las estafas objeto de nuestra atención, las que tienen lugar en el ámbito de las relaciones de consumo, es difícilmente sostenible ese entendimiento, pues en la práctica totalidad de las ocasiones el fraude se produce respecto de personas que no pueden ser tachadas precisamente de «pretender lucros ilícitos», sino de pretender obtener productos al menor coste posible, actitud, por otro lado, propia de todo consumidor⁵⁸.

⁵⁷ Vid., por todos, QUINTANO RIPOLLÉS, A., ult. cit., pp. 640 y ss. En todo caso, esa tendencia a exigir un determinado grado de probidad en la víctima del engaño ha estado presente en nuestra literatura desde hace tiempo. Así, ya GROIZARD Y GÓMEZ DE LA SERNA, A., *El Código Penal de 1870 concordado y comentado*, t. VII, cit., p.95, al referirse a los intentos de conceptualizar el *estelionato*, cita una definición de GIULIANI en la que se integra un juicio de valor sobre la víctima: "toda impostura, dirigida a conseguir un indebido lucro, adecuada a engañar y causar perjuicio a un diligente padre de familia".

⁵⁸ Vid. GUTIÉRREZ FRANCÉS, M.L., ult. cit., p. 497.

Capítulo III.- Tipo del injusto (II): sujetos

Esa tendencia errada también se observa en la jurisprudencia, caso de la Sentencia de 8 de mayo de 1991⁵⁹, que hace depender la concurrencia de una cualificación como la contenida en el número 8º del artículo 529 de la manera de actuar de los sujetos pasivos de la acción y de sus auténticas intenciones. Así, aun cuando reconoce que desde un punto de vista puramente dogmático no cabe hacer graduaciones respecto al "requisito subjetivo del engaño" (sic), entiende justo que no se tome en consideración tal agravación, pues la voluntad de los afectados "estuvo «viciada» desde el principio por un ánimo de enriquecimiento..., de tal manera que cuando tal ocurre no puede hablarse de «múltiples perjudicados», a los discutidos efectos agravatorios". Al margen de razones dogmáticas, desde un punto de vista político-criminal, tesis como la expuesta nos merecen un juicio negativo por cuanto que podrían justificar, en último extremo, aquellas teorías ya citadas según las cuales el culpable hay que identificarlo, no con el asesino, sino con su víctima⁶⁰.

⁵⁹ RA. 3604.

⁶⁰ Cfr., nuevamente, DOWNES, D., *Law and Order: Theft of an Issue*, cit., p. 8.

Igualmente nos merece un juicio negativo la Sentencia de 3 de abril de 1992⁶¹, según la cual "el carácter suficiente del engaño se debe excluir solamente cuando la víctima del mismo ha obrado de manera descuidada o imprudente, favoreciendo de una manera especial con su conducta el daño patrimonial sufrido". Aunque tal vez esté pensando la Sala en el criterio de autoprotección de la víctima como regla para la exclusión de la imputación objetiva, olvida que tal juicio es de imputación de un resultado a una conducta, cuando de lo que se trata ahora es de dilucidar la idoneidad de la conducta, tal como la propia Sentencia reconoce al hablar del carácter suficiente del engaño, es decir, del juicio de idoneidad de la conducta, el cual tiene lugar, evidentemente, en un momento anterior al juicio de imputación objetiva.

3.2) SUJETOS PASIVOS

3.2.1) Planteamiento

Afirmar que un delito puede contener dos órdenes de sujetos pasivos no es nuevo en el Derecho Penal. En los delitos pluriofensivos en donde se lesiona un interés

⁶¹ RA. 2753.

Capítulo III.- Tipo del injusto (II): sujetos

colectivo y un interés individual nos encontramos con la colectividad, de un lado, y con particulares, de otro.

No obstante, es importante hacer una matización: cuando nos referimos a los particulares en concreto perjudicados, no confundimos al sujeto pasivo del delito con el perjudicado civil, como ya tendremos ocasión de distinguir más adelante.

Pues bien, en el tipo especialmente cualificado de estafa objeto de nuestro estudio, en la medida en que hemos afirmado que no sólo se constata una conducta pluriofensiva sino también un delito pluriofensivo, tenemos que reproducir, v.gr., el esquema planteado por algunos autores respecto del delito de falsedad en documento privado⁶², o respecto del delito de quiebra⁶³: por un lado, la colectividad respecto del interés colectivo (la seguridad del tráfico económico-jurídico) y, por otro lado, los múltiples perjudicados respecto del interés individual (el patrimonio).

⁶² Cfr. QUERALT JIMÉNEZ, J.J., *Derecho Penal español. Parte Especial*, cit., p. 385.

⁶³ Cfr. TIEDEMANN, C., *Lecciones de Derecho Penal Económico*, cit., pp. 217 y 218.

3.2.2) La colectividad como sujeto pasivo. Referencias al concepto de «consumidores»

Sin lugar a dudas, la conceptualización del vocablo «colectividad» desborda con mucho el ámbito de este epígrafe. Entender la colectividad como simple suma de todas y cada una de las partes que lo componen o como un todo distinto de los diferentes elementos concretos⁶⁴, precisa unas determinaciones previas, así como el establecimiento de unas consecuencias que no pueden ser fijadas de forma sucinta y superficial. Por todo ello, baste con afirmar lo que, en principio, no se niega: que la colectividad puede ser sujeto pasivo de un delito⁶⁵, y que en la medida en que se está ante un interés colectivo y no ante un interés general, parece preferible la primera de las acepciones, en cuanto que permite hablar de la doble titularidad, individual y colectiva, a diferencia de lo que ocurre con los intereses generales⁶⁶.

⁶⁴ Cfr. ROCCO, A., «L'oggetto del reato e della tutela giuridica penale. Contributto alle teorie generali del reato e della pena», cit., pp. 597 y 598.

⁶⁵ Vid., por todos, SGUBBI, F., «Tutela penale di "interessi diffusi"», cit., *passim*.

⁶⁶ Vid. *supra* el apartado 4.2.6) del Capítulo I.

Capítulo III.- Tipo del injusto (II): sujetos

Lo que sí conviene precisar es que, en nuestro caso, aparece la colectividad equiparada a consumidores, siendo éste un término de muy difícil conceptualización, no existiendo un concepto unívoco del mismo⁶⁷. No obstante, es posible constatar una serie de extremos que permiten un acercamiento al fondo de la cuestión.

A partir del concepto clásico de consumidor (concepción estricta que lo identifica con una persona individual adquirente de bienes de consumo, como los alimentos o las medicinas⁶⁸) se produce, al decir de BROSETA PONT⁶⁹, una extensión en dos sentidos: subjetiva (se incluyen a los usuarios de servicios⁷⁰ y a toda persona, física o jurídica, que realice contratos para satisfacer necesidades) y cualitativa (el consumidor ya no es tomado en consideración sólo en el momento de contratar, sino que debe ser tutelado "antes de llegar a

⁶⁷ Vid., por todos, BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, A., «Ámbito de aplicación y derechos de los consumidores en la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios», cit., pp. 106 a 138.

⁶⁸ Cfr. POLO, E., *La protección del consumidor en el Derecho Privado*, Civitas, Madrid, 1980, pp. 27 y 28.

⁶⁹ Vid. BROSETA PONT, M., «Aspectos generales para una introducción sobre el Derecho de los Consumidores», cit., pp. 77 y 78.

⁷⁰ Incluso frente a la Administración en la prestación de servicios públicos (cfr. BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, A., «Ámbito de aplicación y derechos de los consumidores en la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios», cit., p. 107).

Capítulo III.- Tipo del injusto (II): sujetos

la fase contractual, por su mera condición de persona presente en el mercado que está inerme ante las empresas suministradoras de los bienes o de los servicios"⁷¹). Como consecuencia de esa extensión se llega a una *concepción amplia*, que es la vigente actualmente, si bien, a su vez, acoge dos posiciones distintas: una restringida, que sólo considera al consumidor en cuanto consume bienes o usa servicios para la satisfacción de necesidades personales o familiares (uso privado⁷²); y una amplia, que incluye a todo aquel que contrata para consumir, sin distinguir si es para el consumo personal

⁷¹ BROSETA PONT, M., *ult. cit.*, p. 77. En este sentido podría entenderse la idea de ciudadano como consumidor (cfr. FERRARA, R., *Contributo allo studio della tutela del consumatore (profilo pubblicitici)*, Giuffrè, Milano, 1983, pp. 16 y 17).

⁷² Esta es la tesis que, aparentemente, acoge nuestro Derecho positivo estatal. Así, la Ley General para la Defensa de Consumidores y Usuarios contiene una delimitación positiva y una negativa. En el primer sentido, establece el artículo 1.2 que "a los efectos de esta Ley, son consumidores o usuarios las personas físicas o jurídicas que adquieren, utilizan o disfrutan como destinatarios finales bienes muebles o inmuebles, productos, servicios, actividades o funciones, cualquiera que sea la naturaleza pública o privada, individual o colectiva de quienes los producen, facilitan, suministran o expiden". En el segundo sentido, el artículo 1.3 señala que "no tendrán la consideración de consumidores o usuarios quienes sin constituirse en destinatarios finales, adquieran, almacenen, utilicen o consuman bienes o servicios, con el fin de integrarlos en procesos de producción, transformación, comercialización o prestación a terceros". Por su parte, el artículo 1.1 de la Ley 26/1991, de 21 de diciembre, sobre contratos celebrados fuera de los establecimientos mercantiles, entiende el concepto de consumidor conforme al artículo 1.2 de la antecitada Ley General.

En el Derecho comparado, asume este planteamiento la ley portuguesa de 22 de agosto de 1981 de defensa del consumidor (artículo 2).

Capítulo III.- Tipo del injusto (II): sujetos

o familiar o es para revender (inclusión de la actividad profesional⁷³).

En cualquier caso, la concepción vigente, en cuanto que deja de considerar al consumidor como persona individual y en el momento en que contrata, ha dado lugar a una moderna doctrina que rechaza la teoría del «interés individual» para sostener una teoría que postula la existencia de un «interés colectivo» respecto de la colectividad, del conjunto de los consumidores⁷⁴.

Otra importante matización a realizar, que igualmente cobra mayor sentido en nuestro caso, es que los consumidores ya no se equiparan a compradores, pues ellos no sólo realizan contratos de compra para la

⁷³ En esta línea se sitúa la Resolución del Consejo de Ministros de la Comunidad Europea de 14 de abril de 1975 (Programa Preliminar de la Comunidad Europea para una política de protección e información de los consumidores -Journal Officiel des Communautés Européennes nº C 92, de 25 de abril-), afirmando que "en lo sucesivo el consumidor no es considerado ya solamente como un comprador o un usuario de bienes o servicios para su uso personal, familiar o colectivo, sino como una persona a la que conciernen los diferentes aspectos de la vida social que pueden afectarle directa o indirectamente como consumidor". En igual sentido la Ley 10/1981, de 18 de noviembre, del Estatuto del Consumidor del País Vasco; todo lo cual contradice lo manifestado por MENÉNDEZ MENÉNDEZ, A., «La defensa del consumidor: un principio general del Derecho», cit., p. 1905, cuando afirma que "la realidad legislativa se ha quedado más corta, inclinada hacia el plano del consumidor adquirente".

En el Derecho comparado asume esta noción la legislación del Reino Unido en la Fair Trading Act de 1973 (apartado 2, sección 137).

⁷⁴ Cfr. BROSETA PONT, M., «Aspectos generales para una introducción sobre el Derecho de los Consumidores», cit., p. 78.

Capítulo III.- Tipo del injusto (II): sujetos

satisfacción de sus necesidades, sino también de arrendamiento, de seguro, de transporte, etc., de suerte que también son designados conforme a las denominaciones propias de cada contrato⁷⁵.

Por último, frente a la opinión de BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO⁷⁶ de incluir dentro de la noción de consumidores aquellas necesidades que se satisfacen fuera del mercado, caso del medio ambiente, GONZÁLEZ RUS estima que tal entendimiento "sólo será posible en tanto en cuanto el atentado al mismo suponga la lesión de uno de los derechos de los consumidores (la salud, la seguridad o los intereses económicos, por ejemplo)"⁷⁷, si bien es cierto que aquel entendimiento puede ser coherente cuando se conecta con la idea de calidad de vida como pretensión final de todo consumidor⁷⁸.

⁷⁵ Cfr. BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, A., «La protección de los consumidores, la Constitución española y el Derecho Mercantil», cit., p. 28.

⁷⁶ Vid. BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, A., «La protección de los consumidores, la Constitución española y el Derecho Mercantil», cit., p. 28.

⁷⁷ GONZÁLEZ RUS, J.J., *Los intereses económicos de los consumidores. Protección penal*, cit., p. 56.

⁷⁸ Cfr. BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, A., «Ámbito de aplicación y derechos de los consumidores en la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios», cit., pp. 107 y 108.

A modo de *síntesis*, desde una perspectiva finalista, no cabe duda que los que aparecen como consumidores finales son, normalmente, personas físicas, que no poseen intereses comerciales, que no tiene ánimo de lucro y que adquieren bienes y usan servicios para la satisfacción de necesidades personales o familiares, esto es, para uso propio⁷⁹.

3.2.3) Los múltiples perjudicados como sujetos pasivos: análisis del artículo 529.8º

Analizar los múltiples perjudicados como sujetos pasivos nos sitúa en el marco del artículo 529.8º, lo cual nos obliga a un estudio pormenorizado del mismo,

⁷⁹ Cfr. BANDO CASADO, H.C., *Planteamientos básicos sobre la defensa del consumidor*, cit., p. 34; GONZÁLEZ RUS, J.J., *Los intereses económicos de los consumidores. Protección penal*, cit., p. 53; POLO, E., *La protección del consumidor en el Derecho Privado*, cit., pp. 27 y 28. En contra, abogando por la inclusión de los profesionales, artesanos y pequeños empresarios, en cuanto que también son en la práctica parte débil frente a las grandes empresas, BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, A., «La protección de los consumidores, la Constitución española y el Derecho Mercantil», cit., p. 29; DE CASTRO, F., «Notas sobre las limitaciones intrínsecas de la autonomía de la voluntad», cit., pp. 1075 y ss.; QUINTELA GONÇALVEZ, M.T., *La protección de los consumidores y usuarios y la Constitución española de 1978*, cit., pp. 86 y ss.

Un posible inconveniente de la concepción amplia es que, en última instancia, puede legitimar la ya clásica expresión "the consumer is everybody all the time", cuando ya se ha advertido aquí la necesidad de relativizar tal aseveración. Así, sostiene BERMEJO VERA, J., «Aspectos jurídicos de la protección del consumidor», cit., p. 258, que, por su gran amplitud, tal descripción elimina de entrada todo intento de construcción jurídica de la figura del consumidor.

Capítulo III.- Tipo del injusto (II): sujetos

delimitando los términos empleados, pues no existe consenso en la doctrina sobre el alcance de los mismos.

Por otro lado, el análisis de dicho precepto nos conduce, irremediablemente, al problema de su relación con el artículo 69 bis, objeto también de controversia, motivo por el que también nos detenemos en ella.

3.2.3.1) Distinción «sujeto pasivo» - «perjudicado»

No parece que existan dudas a la hora de afirmar que las expresiones «sujeto pasivo» y «perjudicado» no coinciden: sujeto pasivo es el titular del bien jurídico lesionado -el titular del interés central-, mientras que perjudicados son todos aquellos "que soportan las consecuencias perjudiciales más o menos directas" del delito, concepto que "posee trascendencia a efectos de responsabilidad civil"⁸⁰, tal como establece el artículo 104 del Código Penal⁸¹.

⁸⁰ MIR PUIG, S., *Derecho Penal. Parte General*, cit., p. 214. En igual sentido, GÓMEZ BENÍTEZ, J.M., *Teoría jurídica del delito*, cit., pp. 195 y 196; SAINZ CANTERO, J.A., *Lecciones de Derecho Penal. Parte General*, cit., p. 486.

⁸¹ Artículo 104: "La indemnización de perjuicios materiales y morales comprenderá no sólo los que se hubieren causado al agraviado, sino también los que se hubieren irrogado, por razón del delito, a su familia o a un tercero.

Los Tribunales regularán el importe de esta indemnización en los mismos términos prevenidos para la reparación del daño en el artículo precedente".

Capítulo III.- Tipo del injusto (II): sujetos

Con base en ese entendimiento, SILVA SÁNCHEZ⁸² y VIVES ANTÓN⁸³ sostienen que el término «perjudicados» del artículo 529.8º se refiere al anteriormente descrito; esto es, a los sujetos afectados de forma indirecta por la comisión del delito, distinto del sujeto pasivo.

Sin embargo, la doctrina mayoritaria⁸⁴ y la jurisprudencia⁸⁵ estiman, acertadamente a nuestro juicio, que la expresión «múltiples perjudicados» se refiere a múltiples sujetos pasivos, en la medida en que el artículo 529.8º se refiere al delito con «sujeto pasivo masa» o «delito masa». Así entendido, no comprende a aquellos sujetos -distintos del titular del bien

⁸² SILVA SÁNCHEZ, J.M., «La estafa de seguro», cit., pp. 353 y 354.

⁸³ VIVES ANTÓN, T.S. en VIVES ANTÓN, T.S. y otros, *Derecho Penal. Parte Especial*, cit., p. 931.

⁸⁴ Vid., entre otros, BAJO FERNÁNDEZ, M., PÉREZ MANZANO, M. en BAJO FERNÁNDEZ, M. y otros, *Manual de Derecho Penal. Parte Especial*, cit., p. 331; GUTIÉRREZ FRANCÉS, M.L., *Fraude informático y estafa*, cit., pp. 504 y 505; MANJÓN-CABEZA OLMEDA, A., «Naturaleza de las circunstancias del artículo 529 del Código Penal. La circunstancia primera: especial referencia a las viviendas», cit., p. 852; MUÑOZ CONDE, F., *Derecho Penal. Parte Especial*, cit., p. 289; SERRANO-PIEDRECASAS FERNÁNDEZ, J.R., *La estafa en el contrato de seguro*, cit., p. 146, nota 120; TOMÁS TÍO, J.M., «El delito continuado en el Código Penal (Art. 69 bis)», *Cuadernos de Política Criminal*, nº 31, 1987, p. 135; VALLE MUÑIZ, J.M., «Sobre algunas circunstancias que agravan la responsabilidad criminal en el delito de estafa», cit. p. 333.

⁸⁵ Sentencias del Tribunal Supremo de 25 de octubre de 1985 (RA. 5055), 22 de abril (RA. 2845) y 15 de junio (RA. 4922) de 1988, 1 de junio (RA. 4966), 13 de junio (RA. 5285), 20 de junio (RA. 6534) y 14 de diciembre (RA. 9515) de 1990, 25 de noviembre de 1991 (RA. 8549), 13 de julio de 1993 (RA. 5925) y 21 de junio de 1994 (RA. 5220), entre otras muchas.

tutelado- que a resultas del delito puedan sufrir un daño o menoscabo.

3.2.3.2) Concepto de «múltiples»

VIVES ANTÓN entiende que las personas perjudicadas deben serlo en un número considerable, basándose para tal afirmación en dos motivos: por el término «múltiples», que se refiere a un colectivo importante; y por el fundamento del precepto, "que no puede ser otro que la producción de un problema social"⁸⁶.

En cuanto a la jurisprudencia, según Sentencia del Tribunal Supremo de 1 de junio de 1990⁸⁷, se pueden distinguir dos posiciones que se suceden cronológicamente, una hasta el año 1988 y otra a partir de ese año, aunque tendremos ocasión de comprobar que dicha afirmación no es del todo exacta.

Efectivamente, hasta el año 1988, la estimación del tipo cualificado del artículo 529.8º estaba en función,

⁸⁶ VIVES ANTÓN, T.S. en VIVES ANTÓN, T.S. y otros, ult. cit., p. 931. De la misma opinión, GUTIÉRREZ FRANCÉS, M.L., ult. cit., p. 513: "más que de un «sujeto pasivo plural» hay que pensar en un «sujeto pasivo masivo»".

⁸⁷ RA. 4966.

Capítulo III.- Tipo del injusto (II): sujetos

exclusivamente, del número de perjudicados, y si bien el criterio no era totalmente uniforme, la oscilación se producía en lo que podemos denominar una banda estrecha⁸⁸.

A partir del año 1988 se constata la existencia de una nueva corriente, pero que no toma carta de naturaleza hasta el año 1990, pues durante el año 1989, e incluso, en 1990, se dictan sentencias que siguen atendiendo al criterio del número de perjudicados o, si se prefiere, que reducen la apreciación a un mero guarismo⁸⁹.

Esta nueva corriente introduce una clave desconocida hasta el momento, pues viene a exigir para la concurrencia de la cualificación una acción engañosa planificada dirigida a la colectividad (grupo indeterminado ex ante). Dentro de esas sentencias

⁸⁸ Sentencia de 14 de mayo de 1984 (RA. 2607): 11 perjudicados son los «múltiples» del Código; Sentencia de 3 de febrero de 1986 (RA. 555): 7 son varios -múltiples-; Sentencias de 30 de octubre de 1986 (RA. 5763) y de 11 de noviembre de 1987 (RA. 8713): la aprecian siendo 15 los perjudicados; Sentencia de 22 de abril de 1988 (RA. 2845): 5 no son suficientes; Sentencia de 26 de abril de 1988 (RA. 2923): más de 30 es obvio.

⁸⁹ Sentencia de 16 de junio de 1989 (RA. 5138): 34 perjudicados, no cabe duda; Sentencia de 17 de octubre de 1989 (RA. 7708): 14 es suficiente, reconociendo que la Sala ha estimado esta cualificación en número inferior; Sentencia de 5 de febrero de 1990 (RA. 1057): 31 perjudicados es un número con holgura. En contra, la Sentencia de 13 de junio de 1990 (RA. 5285) estima que 15 no son «múltiples perjudicados».

Capítulo III.- Tipo del injusto (II): sujetos

iniciales destaca la de 15 de junio de 1988⁹⁰, que vincula el término «múltiples» al vocablo «multitud», toda vez que, guiados por la versión aportada por el Diccionario de la Real Academia Española de la Lengua, múltiples viene a significar "vario, de muchas maneras; opuesto a simple", versión que nada aporta para clarificar lo que debe entenderse por tal expresión en sentido normativo⁹¹. Rechazada esa significación, y no dejando al margen la versión que se mantiene en el hablar cotidiano, sigue señalando la Sentencia que el término referencial propio sería «multitud», entendido popularmente como "lo que no se individualiza inmediatamente ni mucho menos lo que es representable en cifras no alejadas o distantes de la simple unidad". A partir de la anterior acepción, la Sala rechaza la agravación en la medida en que tanto los sujetos como los perjuicios irrogados a cada uno de los perjudicados son determinados.

Bajo esta nueva concepción del artículo 529.8º, otras sentencias han ido perfilando un sentido más exacto. Es sumamente ilustrativa la Sentencia de 14 de

⁹⁰ RA. 4922.

⁹¹ De hecho, la Sentencia de 21 de junio de 1994 (RA. 5220), califica de "excesivamente pueril" esta línea argumental.

Capítulo III.- Tipo del injusto (II): sujetos

diciembre de 1990⁹², sosteniendo que "existiría una estafa con múltiples perjudicados cuando la acción engañosa se dirigiera contra una colectividad, esto es, contra un grupo de personas no concretadas individualmente, porque la trama se preparó contra todos aquellos que pudieran encontrarse en la misma situación, que es la que trata de aprovechar el agente, de los cuales unos responderán al ardid de la forma esperada cayendo en la trampa preparada para todos, y otros no, bien porque no se interesen en el negocio fraudulentamente ofrecido, bien porque a tiempo se den cuenta de la falacia urdida".

De esa forma, en los supuestos en los que las acciones son llevadas a cabo identificando al sujeto, es decir, ejecutadas contra un sujeto determinado, acomodando incluso el ardid a cada uno de ellos, no es posible hablar de multiplicidad desde la perspectiva de la circunstancia 8ª del artículo 529 -sin perjuicio de la reconducción al artículo 69 bis-.

⁹² RA. 9515.

Capítulo III.- Tipo del injusto (II): sujetos

Sin lugar a dudas, una de las grandes aportaciones de esta corriente jurisprudencial hoy consolidada⁹³ es haber huido de la métrica cerrada que tanto se ha criticado, igualmente, en el artículo 529.7º⁹⁴.

Además, no es necesario que quede acreditado el número exacto de sujetos afectados, bastando con que se pruebe que existieron y que sufrieron un perjuicio determinado o, cuanto menos, determinable⁹⁵. En caso contrario, sería sumamente difícil la apreciación de este elemento cualificador en la mayoría de los fraudes colectivos.

En todo caso, queremos dejar constancia de nuestra crítica hacia la Sentencia de 20 de abril de 1991⁹⁶, cuando, en contra del criterio del Tribunal de instancia, niega la apreciación de la circunstancia 8ª, debido a que entiende que en el caso de una cooperativa el perjudicado

⁹³ Sentencias del Tribunal Supremo de 20 de junio de 1990 (RA. 6534), 8 de mayo (RA. 3604), 27 de septiembre (RA. 6628) y 25 de noviembre (RA. 8549) de 1991, 13 de julio (RA. 5925), 19 de octubre (RA. 7798) y 5 de noviembre (RA. 8232) de 1993, 14 de febrero (RA. 775), 15 de febrero (RA. 923) y 21 de junio (RA. 5220) de 1994.

⁹⁴ Vid. *supra* el apartado 2.5) del Capítulo II.

⁹⁵ En igual sentido se manifiesta GONZÁLEZ RUS, J.J., *Los intereses económicos de los consumidores. Protección penal*, cit., p. 294, y el Tribunal Supremo -caso de las Sentencias de 16 de julio de 1992 (RA. 6646) y 5 de noviembre de 1993 (RA. 8232)-.

⁹⁶ RA. 2835.

Capítulo III.- Tipo del injusto (II): sujetos

es sólo uno, basándose para ello en que "la cooperativa, es una persona jurídica y, por tanto, un único centro de imputación tanto en lo activo como en lo pasivo", pues "el que la cooperativa esté, como toda persona jurídica institucional, compuesta por un número indeterminado de socios no convierte a éstos en perjudicados singulares en el sentido del referido precepto".

Las objeciones a tal argumentación son de diversa índole: en primer lugar, es reprobable que califique a la cooperativa de persona jurídica institucional. Y, en segundo lugar, es más rechazable aún el que olvide que el carácter plural del perjudicado no es un concepto jurídico, sino fáctico; en concreto, la cooperativa tiene una dimensión plural en la medida que comprende, de hecho, a una pluralidad de personas.

El problema fundamental de este tipo de interpretaciones es que le da argumentos a aquellos que sostienen que es más grave una defraudación de cien millones de pesetas que cien defraudaciones de un millón de pesetas, obviando el «problema social» que, sin lugar a dudas, genera este último supuesto.

Capítulo III.- Tipo del injusto (II): sujetos

En síntesis, insistimos que nos mostramos partidarios del sector doctrinal y jurisprudencial que exige más que un «sujeto pasivo plural» un «sujeto pasivo masivo», sin que sea necesario ni conveniente tanto dogmática como político-criminalmente establecer un guarismo para su apreciación, basándonos para ello en los motivos ya expuestos.

3.2.3.3) Distinción artículos 69 bis - 529.8º

El artículo 529.8º hace referencia a un «sujeto pasivo masa», planteándose el problema de su relación con el artículo 69 bis del mismo Código Penal, que contiene el régimen jurídico del denominado «delito masa»⁹⁷. En consecuencia, es preciso delimitar, en la medida en que sea posible, el campo de actuación de cada uno de estos preceptos, lo cual es imprescindible si pretendemos determinar lo que, en definitiva, se está protegiendo con esta cualificación.

⁹⁷ Artículo 69 bis, párrafo 1º: "No obstante lo dispuesto en el artículo anterior, el que en ejecución de un plan preconcebido o aprovechando idéntica ocasión, realizare una pluralidad de acciones y omisiones que ofendan a uno o varios sujetos e infrinjan el mismo o semejantes preceptos penales, será castigado como responsable de un delito o falta continuados, con la pena señalada, en cualquiera de sus grados, para la infracción más grave, que podrá ser aumentada hasta el grado medio de la pena superior. Si se tratare de infracciones contra el patrimonio se impondrá la pena superior en grado, en la extensión que estime conveniente, si el hecho revistiere notoria gravedad y hubiere perjudicado a una pluralidad de personas".

Capítulo III.- Tipo del injusto (II): sujetos

3.2.3.3.1) Estado de la cuestión en la doctrina y en la jurisprudencia

En un intento de sistematizar las diferentes posiciones de la doctrina en este controvertido tema, y a partir de la clasificación llevada a efecto por VALLE MUÑIZ⁹⁸, podemos distinguir varios grupos de soluciones.

A) La aplicación única del artículo 69 bis

En primer lugar podemos hacer referencia al sector de la doctrina que resuelve el problema mediante la aplicación única del artículo 69 bis. Es el caso de GÓMEZ BENÍTEZ⁹⁹, para el cual la especial agravación contenida en el artículo 528 es prácticamente innecesaria en la medida en que el delito masa ya tiene una respuesta positiva en el Código Penal y con el mismo efecto agravatorio que el recogido en la estafa.

⁹⁸ VALLE MUÑIZ, J.M., «Sobre algunas circunstancias que agravan la responsabilidad criminal en el delito de estafa», cit., pp. 337 y ss.

⁹⁹ GÓMEZ BENÍTEZ, J.M., «Delitos contra el patrimonio», cit., p. 701.

Capítulo III.- Tipo del injusto (II): sujetos

Frente a este entendimiento hay que objetar que, efectivamente, con la configuración dada por el legislador se puede entender que se ha respondido a las defraudaciones de gran cuantía económica y que afectan a múltiples sujetos, pues el artículo 69 bis establece como requisitos para imponer la pena superior en grado, tal como ya hemos visto, que "el hecho revistiere notoria gravedad y hubiere perjudicado a una generalidad de personas". Sin embargo, no se responde a las defraudaciones que afectan a bienes de reconocida utilidad social, no se responde a la cualificación del número primero del artículo 529, teniendo en cuenta que se trata, como reconoce un amplio sector de la doctrina y la jurisprudencia¹⁰⁰, de una de las más importantes innovaciones en la reforma del tipo de estafa, en la medida en que tiene como trasfondo la protección de los intereses de los consumidores. Además, hay que tener en cuenta la diferente penalidad entre una solución y otra.

B) El principio de especialidad

En segundo lugar, nos encontramos con aquellos autores que sitúan el problema en sede de concurso de

¹⁰⁰ Vid. *supra* algunas referencias doctrinales y jurisprudenciales en las notas 114 y 115, respectivamente, del Capítulo I.

Capítulo III.- Tipo del injusto (II): sujetos

leyes y aplican el principio de especialidad, determinando la aplicación preferente del artículo 529.8º por ser ley especial frente al artículo 69 bis. En esta línea se sitúa cierta jurisprudencia del Tribunal Supremo¹⁰¹, PUIG PEÑA¹⁰² y RODRÍGUEZ DEVESA. En concreto, para este último no hay diferencia sustancial entre ambos preceptos, por lo que, con base en el principio de especialidad, es de aplicación preferente el artículo 529.8º¹⁰³.

Coincidimos con VALLE MUÑIZ¹⁰⁴ en la crítica a esta solución. Si el principio de especialidad viene a significar que cuando dos preceptos que regulan una materia, uno de ellos contiene elementos más específicos que el otro -pues a los presupuestos del primero añade otro u otros-, es aquél el que debe resultar

¹⁰¹ Caso de las Sentencias de 27 de mayo de 1987 (RA. 3141), 16 de junio de 1989 (RA. 5138), 13 de julio de 1993 (RA. 5925) y 14 de febrero de 1994 (RA. 1280).

¹⁰² PUIG PEÑA, F., *Derecho Penal. Parte Especial*, cit., p. 631.

¹⁰³ RODRÍGUEZ DEVESA, J.M., *Derecho Penal español. Parte Especial*, 14ª edic., cit., p. 515.

¹⁰⁴ VALLE MUÑIZ, J.M., «Sobre algunas circunstancias que agravan la responsabilidad criminal en el delito de estafa», cit., pp. 339 y 340. Se suma igualmente a esta crítica BAJO FERNÁNDEZ, M., PÉREZ MANZANO, M. en BAJO FERNÁNDEZ, M. y otros, *Manual de Derecho Penal. Parte Especial*, cit., p. 331.

Capítulo III.- Tipo del injusto (II): sujetos

aplicado¹⁰⁵. Así entendido, podemos afirmar que ley especial no es el artículo 529.8º sino el 69 bis, pues el primero se configura como un tipo cualificado en atención a la causación de un perjuicio a múltiples personas, mientras que el segundo exige, además de los múltiples perjudicados, que el hecho revista notoria gravedad, error éste que también se aprecia en algunas sentencias del Tribunal Supremo¹⁰⁶.

C) El principio de alternatividad

En tercer lugar, podemos situar a otro sector de la doctrina que también entiende que el problema debe resolverse en sede de concurso de leyes, pero aplicando el principio de alternatividad. En este grupo se encuentran MUÑOZ CONDE¹⁰⁷, SERRANO-PIEDECASAS FERNÁNDEZ¹⁰⁸ y VALLE MUÑIZ. En opinión de este último, se llega a esta solución de forma negativa, pues

¹⁰⁵ Vid., por todos, MIR PUIG, S., *Derecho Penal. Parte General*, cit., p. 738; MUÑOZ CONDE, F., *Teoría general del delito*, cit., p. 200.

¹⁰⁶ Caso de las Sentencias de 28 de enero de 1986 (RA. 192), 5 de febrero (RA. 1057), 13 de junio (RA. 5285) y 20 de junio (RA. 6534) de 1990 y 21 de junio de 1994 (RA. 5220).

¹⁰⁷ MUÑOZ CONDE, F., *Derecho Penal. Parte Especial*, cit., p. 285.

¹⁰⁸ SERRANO-PIEDECASAS, J.R., *La estafa en el contrato de seguros*, cit., p. 157.

Capítulo III.- Tipo del injusto (II): sujetos

rechazados los principios de especialidad, subsidiariedad y consunción¹⁰⁹, "nos vemos abocados sin remisión a la regla contenida en el artículo 68"¹¹⁰, que recoge el principio de alternatividad.

Sin embargo, ninguno de los autores citados resuelve lo que entendemos como principal problema, a saber: si el delito masa se configura en torno a una pluralidad de acciones u omisiones, o si comprende también los supuestos en que los múltiples sujetos resultan perjudicados por un sola acción, teniendo presente en todo momento, como indica GONZÁLEZ RUS, que "la regulación actual no sólo no ha venido a clarificar y resolver el problema, sino que puede servir para complicarlo"¹¹¹, como así sucede.

Además, siguen sin hacer la más mínima referencia a las estafas que, unidas al hecho de afectar a múltiples

109 VALLE MUÑIZ, J.M., ult. cit., p. 342, rechaza los principios de subsidiariedad y consunción en la medida en que "ninguna de las dos normas aparece expresa o tácitamente como subsidiaria de la otra (no existe «función de recogida», pues la identidad de presupuestos supone que la inaplicabilidad de una conlleva la de la otra), tampoco una de ellas consume el desvalor solamente parcial que pudiera presentar la otra (sencillamente porque el desvalor es idéntico)".

110 *Ibidem.*

111 GONZÁLEZ RUS, J.J., *Los intereses económicos de los consumidores. Protección penal*, cit., p. 341.

Capítulo III.- Tipo del injusto (II): sujetos

sujetos, recaen sobre bienes de reconocida utilidad social, defraudaciones que, generalmente, suelen ser de especial gravedad por los perjuicios causados.

D) Ultima tendencia jurisprudencial

Si bien parecen mayoritarias aquellas resoluciones que estiman al artículo 528 en relación al 529 como ley especial frente al artículo 69 bis, en realidad son bien pocas, como observamos anteriormente, las que aplican correctamente las reglas del concurso. No obstante, es de destacar que sentencias recientes prescinden de tal criterio y acuden a la regla del elemento organizativo para aplicar unos u otro precepto. Desde esta perspectiva, procede la aplicación de las circunstancias establecidas en el artículo 529 cuando "la empresa criminal tiene un rasgo definitorio común y homogéneo que actúa de manera semejante mediante un plan perfectamente preordenado a la captación de patrimonios o inversiones ajenas, en número y entidad suficiente para integrar las dos modalidades agravatorias", mientras que resulta aplicable el artículo 69 bis cuando se actúa "a través de operaciones comerciales de muy diversa naturaleza", donde

Capítulo III.- Tipo del injusto (II): sujetos

lo característico es "la variedad y heterogeneidad de las actividades engañosas"¹¹².

Frente a esta última corriente entendemos que, sin menospreciar la observancia de una cierta homogeneidad, el elemento organizativo no puede ser esencial, en la medida en que, como tendremos ocasión de advertir a continuación, la concurrencia de uno u otro precepto debe establecerse conforme a otro criterio. Así, de forma intencionada, hemos excluido de la sistematización anterior al grupo de autores que rechazan el conflicto normativo, precisamente porque son los que afrontan el problema que entendemos básico para comprender y resolver ese sólo aparente conflicto de normas.

¹¹² Sentencia de 10 de mayo de 1990 (RA. 3893), que es seguida por la de 12 de marzo de 1991 (RA. 2123).

3.2.3.3.2) Solución alternativa: toma de postura

La jurisprudencia¹¹³ y un amplio sector de la doctrina¹¹⁴ entienden que uno de los requisitos establecidos en el artículo 69 bis es la pluralidad de acciones u omisiones. En consecuencia, en este precepto no caben aquellos supuestos de una sola acción -u omisión- que afecta a múltiples sujetos¹¹⁵. De hecho, alguna Resolución del Tribunal Supremo hace referencia expresa a esta consecuencia, caso de la Sentencia de 3 de febrero de 1986¹¹⁶.

¹¹³ Sentencias de 25 de junio de 1985 (RA. 3056), 24 de febrero de 1987 (RA.1286), 11 de noviembre de 1987 (RA. 8713), 14 de marzo de 1988 (RA. 2001), 8 de junio de 1988 (RA. 4570), 28 de octubre de 1988 (RA. 8242), 13 de junio de 1990 (RA. 5285), 14 de junio de 1990 (RA. 5296), 22 de junio de 1990 (RA. 5641) y 14 de febrero de 1994 (RA. 1280).

¹¹⁴ Pudiendo citar, entre otros, a BUSTOS RAMÍREZ, J., *Manual de Derecho Penal. Parte General*, cit., p. 583; COBO DEL ROSAL, M., VIVES ANTÓN, T.S., *Derecho Penal. Parte General*, cit., p. 601; MIR PUIG, S., *Derecho Penal. Parte General*, cit., p. 727; MUÑOZ CONDE, F., GARCÍA ARÁN, M., *Derecho Penal. Parte General*, cit., p. 413.

¹¹⁵ Cfr. TOMÁS TÍO, J.M., «El delito continuado en el Código Penal (art. 69 bis)», cit., p. 133, señala expresamente que se deben excluir los casos de acción única. En igual sentido, BUSTOS RAMÍREZ, J., ult. cit., p. 583; COBO DEL ROSAL, M., VIVES ANTÓN, T.S., ult. cit., p. 601; CANTARERO BANDRÉS, R., *Problemas penales y concursales del delito continuado*, PPU, Barcelona, 1990, pp. 89 y 90 -y más claramente cuando analiza el delito masa, p. 144-; GONZÁLEZ RUS, J.J., ult. cit., p. 331.

¹¹⁶ RA. 555.

Por el contrario, VALLE MUÑIZ¹¹⁷ entiende que esta lectura del artículo en cuestión no es correcta, pues si nos atenemos al sentido literal del precepto, habría que exigir múltiples acciones "y" múltiples omisiones.

A lo anterior añade que, también con base en el sentido literal, se puede afirmar lo contrario, esto es, que el delito masa también concurre en los supuestos de una sola acción, ya que en el párrafo 2º *in fine* del artículo 69 bis se hace referencia al «hecho»¹¹⁸.

Otro argumento en favor de esta posición lo proporciona la propia Exposición de Motivos de la Ley que introduce el artículo 69 bis en el Código Penal¹¹⁹, pues en ella se justifica la introducción de este precepto para cubrir el vacío legal existente y fijar los requisitos necesarios para su apreciación, "por encima de la unidad o pluralidad de acciones", señala expresamente.

¹¹⁷ VALLE MUÑIZ, J.M., «Sobre algunas circunstancias que agravan la responsabilidad criminal en el delito de estafa», cit., pp. 337 a 339. En igual sentido, afirmando que el delito masa también comprende los supuestos de acción única, DÍAZ PALOS, F., «Delito continuado», *Comentarios a la legislación penal*, t. V, vol. 1º, Edersa, Madrid, 1985, p. 489.

¹¹⁸ "En estas infracciones el Tribunal impondrá la pena superior en grado, en la extensión que estime conveniente, si el hecho revistiere notoria gravedad y hubiere perjudicado a una generalidad de personas".

¹¹⁹ Ley Orgánica 8/1983, de 25 de junio.

Capítulo III.- Tipo del injusto (II): sujetos

Por último, afirma este autor que la *ratio* del artículo 69 bis permite configurar el delito masa en los supuestos de un solo hecho, pues de lo contrario se excluirían los fraudes colectivos caracterizados por una única conducta engañosa dirigida a una masa indeterminada de personas.

Sin embargo, estimamos junto con otros autores¹²⁰ que, en principio, los artículos 529.8º y 69 bis tienen diferentes campos de actuación, basándonos para tal afirmación en argumentos de distinto orden.

En primer lugar, el artículo 529.8º hay que ponerlo en relación con el artículo 528, el cual tipifica el delito de estafa. Cuando tiene lugar un solo hecho, éste integra el citado precepto, sin más, pues al no haber múltiples hechos no se plantea problema concursal alguno¹²¹, independientemente de que el perjudicado sea

¹²⁰ Vid. BUSTOS RAMÍREZ,, J., *Manual de Derecho Penal. Parte Especial*, 2ª edic., cit., p. 201; GUTIÉRREZ FRANCÉS, M.L., *Fraude informático y estafa*, cit., p. 511; RUIZ VADILLO, E., «La punición de los delitos de robo con fuerza en las cosas, hurto y estafa en la reforma parcial del Código Penal de 25 de junio de 1983. Las circunstancias de agravación específicas», cit., pp. 370 y 371; TOMÁS TÍO, J.M., «El delito continuado en el Código Penal (Art. 69 bis)», cit., p. 136.

¹²¹ Señala CASTIÑEIRA PALOU, M.T., *El delito continuado*, Bosch, Barcelona, 1977, p. 44, que "si se trata de una acción única carece de sentido aplicar la teoría del delito continuado: es absurdo penar «como si se tratara de una sola acción» una situación de hecho que realmente lo es".

uno o sean múltiples. De esta forma, la solución a los fraudes colectivos derivados de acción única pasa por el artículo 529.8º, pues con la redacción dada al 69 bis, estos supuestos han quedado al margen del delito masa; en consecuencia, se produce un vacío legal, que parece que puede entenderse cubierto con el ya citado artículo 529.8º¹²².

Si cada una de las infracciones constituye de por sí delito, no hay duda que estamos ante un concurso, a resolver conforme al artículo 69 bis¹²³, que agrupa los diferentes hechos delictivos en una «unidad jurídica de delito»¹²⁴. En este sentido, cuando MIR PUIG comienza la exposición del delito continuado¹²⁵, destaca que se trata de una construcción doctrinal y jurisprudencial

¹²² Cfr. GUTIÉRREZ FRANCÉS, M.L., ult. cit., pp. 511 y 512.

¹²³ En contra, QUERALT JIMÉNEZ, J.J., *Derecho Penal español. Parte Especial*, cit., p. 309, sosteniendo que "el delito-masa a que hace referencia el último párrafo del artículo 529 ha de ser entendido como referido a infracciones que aisladamente ya constituirían delito".

¹²⁴ MIR PUIG, S., *Derecho Penal. Parte General*, cit., p. 725, citando a JESCHECK, H.H., *Tratado de Derecho Penal. Parte General*, vol. II, cit., p. 1001.

¹²⁵ El delito con «sujeto pasivo masa» o «delito masa» no es más que una modalidad de delito continuado (cfr. BUSTOS RAMÍREZ, J., *Manual de Derecho Penal. Parte General*, cit., p. 583; CANTARERO BANDRÉS, R., *Problemas penales y procesales del delito continuado*, cit., pp. 143 y 144; GÓMEZ BENÍTEZ, J.M., *Teoría jurídica del delito*, cit., p. 197; SAINZ CANTERO, J.A., *Lecciones de Derecho Penal. Parte General*, cit., p. 865; SERRANO-PIEDRECASAS FERNÁNDEZ, J.R., *La estafa en el contrato de seguro*, cit., p. 156).

Capítulo III.- Tipo del injusto (II): sujetos

"para evitar tener que admitir la concurrencia de varios hechos típicos constitutivos de otros tantos delitos cuando existe una unidad objetiva y/o subjetiva que permite ver a distintos actos, por sí solos delictivos y no producidos en forma de «unidad natural de acción», como parte de un proceso continuado unitario"¹²⁶.

En segundo lugar, el «delito con sujeto pasivo masa» o «delito masa» surge desde la jurisprudencia¹²⁷ y la doctrina para dar respuesta a un problema bien concreto, los fraudes colectivos, esto es, aquellos supuestos en los que se defraudaba a múltiples personas en pequeñas cuantías (constitutivos de faltas o de delitos de ínfima cuantía), de modo que, con base en los artículos 69 y 70.2 del Código Penal, se producía una práctica impunidad de hechos graves que merecían un trato más severo¹²⁸,

¹²⁶ MIR PUIG, S., ult. cit., p. 725. En igual sentido se manifiesta BAJO FERNÁNDEZ, M., «Delito masa», *Comentarios a la legislación penal*, t. V, vol. 2º, Edersa, Madrid, 1985, p. 1279; CASTIÑEIRA PALOU, M.T., *El delito continuado*, cit., p. 37; TOMÁS TÍO, J.M., «El delito continuado en el Código Penal (Art. 69 bis)», cit., pp. 132 y 133.

¹²⁷ Según la Sentencia de 10 de junio de 1957, los primeros intentos se sitúan en las Sentencias de 24 de enero de 1953 y 12 de noviembre de 1954. En todo caso, vid. las Sentencias de 6 de febrero de 1970 (RA. 888), 8 de noviembre de 1974 (RA. 4170) y 12 de diciembre de 1981 (RA. 5000).

¹²⁸ Cfr. LANDROVE DÍAZ, G., *Los fraudes colectivos*, cit., p. 30.

La bibliografía sobre este tema antes de la reforma de 1983 es abundante, algunas de ellas con bastantes citas jurisprudenciales. Vid., en este sentido, CAMARGO HERNÁNDEZ, C., *El delito continuado*, (continúa...)

Capítulo III.- Tipo del injusto (II): sujetos

lo que se sumó la imposibilidad de aplicar la construcción del delito continuado¹²⁹.

En relación a lo anterior, y como tercer argumento, no debe olvidarse en ningún momento que estamos analizando preceptos con unas funciones completamente distintas, lo cual nos da otra clave para volver a afirmar que el artículo 69 bis se refiere a múltiples comportamientos y, por el contrario, el artículo 529.8º se dirige a regular un sólo comportamiento: el primero de ellos es un precepto encaminado a resolver problemas concursales, pues, de hecho, está comprendido dentro de un Capítulo dedicado a las reglas para la aplicación de la pena¹³⁰, en concreto, problemas de concurso

128 (...continuación)

Bosch, Barcelona, 1951; ANTÓN ONECA, J., «Delito continuado», *Nueva Enciclopedia Jurídica*, vol. VI, Francisco Seix (ed.), Barcelona, 1954; REOL SUÁREZ, A., «El delito pasivo masa en los delitos continuados y únicos de estafa», *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, t. XI, fasc. I, 1958; SAINZ CANTERO, J. A., «El delito masa», cit.; CASTIÑEIRA PALOU, M. T., *El delito continuado*, cit.; la misma, «El delito masa en la jurisprudencia del Tribunal Supremo español», *Estudios Penales. Libro homenaje al Prof. J. Antón Oneca*, Universidad de Salamanca, Salamanca, 1982; FERNÁNDEZ ALBOR, A., *Estudios sobre criminalidad económica*, cit., pp. 47 y ss.; LANDROVE DÍAZ, G., *Los fraudes colectivos*, cit.

Después de la Reforma, vid. DÍAZ PALOS, F., «Delito continuado», cit.; el mismo, «Un rasgo criminológico de nuestro tiempo: el delito masa», *La Ley*, t. I, 1985; SANZ MORÁN, *El concurso de delitos. Aspectos de política legislativa*, Secretariado de Publicaciones, Universidad de Valladolid, Valladolid, 1987; TOMÁS TÍO, J.M., «El delito continuado en el Código Penal (Art. 69 bis)», cit.; CANTARERO BANDRÉS, R., *Problemas penales y procesales del delito continuado*, cit.

129 Cfr. SAINZ CANTERO, J.A., ult. cit., pp. 651 y ss.

130 Capítulo IV del Título III del Libro I del Código Penal.

real¹³¹. Por el contrario, el artículo 529 comprende una serie de tipos cualificados de estafa.

Por todo lo anterior concluimos que, en principio, ambos preceptos tienen distintos campos de actuación: el artículo 69 bis se refiere a múltiples comportamientos y el artículo 529.8º a un sólo comportamiento¹³².

El que se sostenga, como acabamos de hacer, que el artículo 529.8º y el artículo 69 bis tienen diferentes campos de actuación «en principio», no es gratuito. La introducción de esta coletilla final responde a un supuesto en que se produce una interferencia entre ambos, destacado por BUSTOS RAMÍREZ¹³³. En efecto, si junto a una estafa con múltiples perjudicados concurren varias estafas simples, unidas todas por un mismo plan delictivo, la estafa en la que han resultado perjudicadas

¹³¹ Afirma CASTIÑEIRA PALOU, M.T., ult. cit., p. 37, que "La situación fáctica a la que se aplica el delito continuado es idéntica a la que da lugar a la aplicación de las normas del concurso real". Por su parte, GÓMEZ BENÍTEZ, J.M., *Teoría jurídica del delito*, cit., p. 197, al analizar la cuestión del sujeto pasivo «masa» señala que "el lugar sistemático que corresponde a la problemática del delito continuado con sujeto pasivo masa es la teoría del concurso".

¹³² Todo ello sin entrar a enjuiciar la bondad de esta solución, en el sentido de afirmar la necesidad de una modificación de la regulación vigente. Dicho de otra forma, lo concluido es la afirmación posible de *lege data*, sin entrar en una formulación de *lege ferenda*.

¹³³ BUSTOS RAMÍREZ, J., *Manual de Derecho Penal. Parte Especial*, 2ª edic., cit., p. 201.

muchas personas no puede ser considerada aisladamente, pues entra en una unidad con la otra. En este caso, es de aplicación el artículo 69 bis, como constatación de la denominada «unidad jurídica de delito».

3.2.3.4) Conclusiones

No cabe duda que la solución adoptada (en principio, los artículos 529.8º y 69 bis tienen distintos ámbitos de actuación) no satisface enteramente a nadie. Es plausible la introducción del artículo 69 bis en el Código Penal español como instrumento de lucha frente a los fraudes colectivos. Sin embargo, es cierto que dicho precepto ha venido acompañado de alguna consecuencia de carácter negativo.

La solución podría venir dada por una modificación tal del régimen jurídico del delito continuado -y, en concreto, del delito masa- que permita poder prescindir de la agravación contenida en el número 8º del artículo 529. En esta línea se sitúa la doctrina mayoritaria¹³⁴, si bien es cierto que no todos arrancan de un mismo

¹³⁴ BAJO FERNÁNDEZ, M., «Delito masa», cit., p. 1250; GONZÁLEZ RUS, J.J., *Los intereses económicos de los consumidores. Protección penal*, cit., p. 349; CUTIÉRREZ FRANCÉS, M.L., *Fraude informático y estafa*, cit., pp. 514 y 515; VALLE MUÑIZ, J.M., «Sobre algunas circunstancias que agravan la responsabilidad criminal en el delito de estafa», cit., p. 343.

Capítulo III.- Tipo del injusto (II): sujetos

punto, ni todos concretan la solución de manera similar. Es el caso de VALLE MUÑIZ que, aún cuando aboga por la supresión del artículo 529.8º, prefiere, más que una cláusula genérica, que se indiquen los tipos penales concretos donde pueda admitirse el juego del delito masa.

No obstante, tal modificación no debe obviar que el actual tipo especialmente cualificado de estafa no es una mera adición de circunstancias agravantes, pues en la concurrencia de ambas subyace la protección de un bien jurídico de carácter colectivo que no resulta tutelado en el tipo básico.

CAPÍTULO IV.- TIPO DEL INJUSTO (III): TIPO SUBJETIVO

1) INTRODUCCION

El dedicar un capítulo al tipo subjetivo no es gratuito, sino que es consecuencia de la noción de tipo del injusto asumida, la cual deriva a su vez de la concepción sustentada sobre el carácter que se le atribuye al Derecho Penal. Así, hemos mantenido que el Derecho Penal de un Estado social y democrático de Derecho debe orientarse a la prevención -limitada¹- del delito, motivando a los individuos a que se abstengan de dañar aquellas condiciones necesarias para un correcto funcionamiento de los sistemas sociales, siempre que dichas condiciones se traduzcan en concretas posibilidades de participación del individuo en los procesos de interacción y comunicación social, y que sean expresión material del contenido constitucional. Ahora bien, no se puede pretender evitar todo comportamiento dañoso; únicamente se puede pretender evitar las conductas que *ex ante* sean evitables, lo cual sólo se puede predicar de las conductas dolosas e imprudentes. Por este motivo, sólo el dolo y la imprudencia pueden estar comprendidos en el tipo.

¹ Como matiza MIR PUIG, S., «Sobre lo objetivo y lo subjetivo en el injusto», *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, t. XLI, fasc. III, 1988, p. 662.

Capítulo IV.- Tipo del injusto (III): tipo subjetivo

Una expresión que con gran fortuna ha logrado condensar la idea de lo que debe pertenecer al tipo, desde esta perspectiva, es aquella que afirma que "la problemática de qué es lo que pertenece al tipo es la problemática de cuál es la conducta que el legislador quiere evitar"².

En todo caso, es necesario hacer dos puntualizaciones: de un lado, el que se haga un estudio diferenciado de la parte objetiva y de la parte subjetiva sólo responde a razones pedagógicas y sistemáticas, que no a la realidad, de suerte que si se mantiene dicha separación por las razones apuntadas, "debe entenderse de forma flexible y a condición de que se advierta la interdependencia de lo objetivo y lo subjetivo"³.

De otro lado, la inclusión de elementos subjetivos en la antijuricidad no debe conducir necesariamente a una concepción imperativa de la norma penal, de suerte que

² GIMBERNAT ORDEIG, E., «El sistema del Derecho Penal en la actualidad», cit., p. 172. Vid., además, BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, I., *Honor y libertad de expresión*, cit., pp. 21 y ss.; MIR PUIG, S., *Función de la pena y teoría del delito en el Estado social y democrático de Derecho*, cit., pp. 74 y ss.; MUÑOZ CONDE, F., *Introducción al Derecho Penal*, cit., pp. 46 y ss., entre otros.

³ MIR PUIG, S., *Derecho Penal. Parte General*, cit., p. 229. GUTIÉRREZ FRANCÉS, M.L., *Fraude informático y estafa*, cit. pp. 547 y 548, concreta de forma acertada en la estafa este planteamiento general respecto de la teoría del delito, apuntado también por GÓMEZ BENÍTEZ, J.M., *Teoría jurídica del delito*, cit., p. 107.

Capítulo IV.- Tipo del injusto (III): tipo subjetivo

ella también contiene un juicio de valor. No puede ser de otra forma si se pretende otorgar relevancia al resultado. Así, el tipo de injusto tiene un contenido mixto (objetivo-subjetivo) que comprende tanto la valoración interna de la conducta prohibida (desvalor de acción) como la materialización de la misma -la lesión o puesta en peligro del bien jurídico- (desvalor de resultado)⁴.

2) EL DOLO

2.1) EXCLUSIÓN DE LA IMPRUDENCIA

En orden a configurar el tipo subjetivo de la estafa cualificada, dado que, precisamente, no estamos ante un tipo agravado sino cualificado y, en consecuencia, deben concurrir todos los elementos del tipo básico, los

⁴ Cfr. BUSTOS RAMÍREZ, J., «Política criminal e injusto», cit., pp. 168 y ss.; MUÑOZ CONDE, F., GARCÍA ARÁN, M., *Derecho Penal. Parte General*, cit., pp. 279 y 280; OCTAVIO DE TOLEDO Y UBIETO, E., HUERTA TOCILDO, S., *Derecho Penal. Parte General*, cit., pp. 169 y ss.; QUINTERO OLIVARES, G., *Derecho Penal. Parte General*, cit., pp. 300 y ss.; ROXIN, C., *Política criminal y estructura del delito*, cit., pp. 51 y 52; BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, I., *El delito de lesiones*, cit., pp. 76 y 77. En contra, MIR PUIG, S., *Derecho Penal. Parte General*, cit., p. 141 y ss.

Capítulo IV.- Tipo del injusto (III): tipo subjetivo

elementos subjetivos de éste son, de acuerdo con el criterio mayoritario⁵, el dolo y el ánimo de lucro.

No obstante, existen autores que no distinguen entre el dolo y los elementos subjetivos del injusto, en la medida en que entienden que dichos elementos son la forma específica que adopta el dolo en un tipo penal concreto. Desde esta perspectiva, para ellos el dolo y el ánimo de lucro del delito de estafa no son cosas distintas. En este sentido afirma QUERALT JIMÉNEZ que el elemento subjetivo del injusto "no es más que la coloración del dolo en cada infracción"⁶.

⁵ Vid., entre otros, ANTÓN ONECA, J., «Las estafas y otros engaños», cit., p. 14; ARROYO ZAPATERO, L., *Delitos contra la Hacienda Pública en materia de subvenciones*, cit., p. 70; BUSTOS RAMÍREZ, J., *Manual de Derecho Penal. Parte Especial*, 1ª edic., cit., p. 230; CEREZO MIR, J., «La estafa procesal», cit., p. 271; CUELLO CALÓN, E., *Derecho Penal. Parte Especial*, t. II, vol. II, cit., p. 932; ELGUERO MERINO, J.M., *La estafa de seguro*, cit., p. 46; GÓMEZ BENÍTEZ, J.M., «Función y contenido del error en el tipo de estafa», cit., p. 333; el mismo, *Teoría jurídica del delito*, cit., p. 239; GUTIÉRREZ FRANCÉS, M.L., *Fraude informático y estafa*, cit., pp. 553 y 554; MUÑOZ CONDE, F., *Derecho Penal. Parte Especial*, cit., p. 283; ROMEO CASABONA, C.M., *Poder informático y seguridad jurídica*, cit., p. 59; SERRANO-PIEDECASAS FERNÁNDEZ, J.R., *La estafa en el contrato de seguro*, cit., p. 152.

Vid., igualmente, la Sentencia del Tribunal Supremo de 1 marzo de 1993 (RA. 1719).

⁶ QUERALT JIMÉNEZ, J.J., *Derecho Penal español. Parte Especial*, cit., p. 304. En igual sentido parece que se pronuncia la Sentencia del Tribunal Supremo de 12 de junio de 1992 (RA. 5206) cuando se refiere al "dolo consistente en un ánimo de lucro".

Sin embargo, sin pretender dar una *respuesta* global a esta cuestión⁷, nos parece indubitado que en el delito de estafa, el ánimo de lucro es distinto del dolo, pues cumple una «función delimitadora de las conductas típicas específica». Así, dando por bueno, en principio⁸, el concepto de ánimo de lucro que el propio QUERALT fija (ánimo de haber la cosa como propia⁹), son dables supuestos en los que el sujeto actúa de forma intencionada pero sin la concurrencia de dicho ánimo; ejemplos, por otro lado, ya clásicos en la doctrina que se ha ocupado del tema: el caso del individuo que actúa con ánimo de dañar exclusivamente, o movido por venganza,

⁷ Efectivamente, puede ser discutible en otros tipos penales, como pretende demostrar el propio QUERALT JIMÉNEZ respecto del ánimo de injuriar en el delito de injurias, en «Animus iniuriandi e injurias», *Revista del Foro Canario*, nº 79, 1990, pp. 35 y ss.

En el delito de hurto también se reproduce esta discusión. Así, mientras QUINTERO OLIVARES, G., «El hurto», cit., p. 1141, sostiene que dolo y ánimo de lucro son dos elementos distintos, ZUGALDÍA ESPINAR, J.M., *Delitos contra la propiedad y el patrimonio*, cit., p. 47, entiende que el ánimo de apropiación, como sinónimo del ánimo de lucro, no es más que la concreción legislativa del dolo.

Y lo mismo sucede en el delito de apropiación indebida, pues mientras unos autores, caso de MUÑOZ CONDE, F., *Derecho Penal. Parte Especial*, cit., p. 297, se posiciona en torno a la exigencia de un elemento subjetivo del injusto distinto del dolo, CASTIÑEIRA PALOU, M.T., *Venta a plazos y apropiación indebida*, Bosch, Barcelona, 1983, p. 112, entiende que sólo se exige el dolo (entendiendo que, aunque sí es exigible el ánimo de apropiación, éste forma parte del dolo).

En general, un estudio exhaustivo sobre esta cuestión en relación a los delitos de apropiación en DE LA MATA BARRANCO, N.J., *Tutela penal de la propiedad y delitos de apropiación*, cit., 237 y ss.

⁸ Del ánimo de lucro nos ocuparemos con mayor detenimiento más adelante.

⁹ QUERALT JIMÉNEZ, J.J., ult. cit., pp. 243 y 244.

Capítulo IV.- Tipo del injusto (III): tipo subjetivo

o el caso del que actúa con la exclusiva intención de ridiculizar a la otra parte¹⁰.

Un caso paradigmático para ejemplificar que dolo y ánimo de lucro son elementos distintos podría constituirlo el del acreedor que toma, sin violencia ni intimidación, la cosa que tiene el deudor en su poder y le debe; siempre que se estime, como hacen algunos autores, que en este caso no hay ánimo de lucro (lo que daría lugar a la impunidad de tal conducta)¹¹.

¹⁰ Ejemplos citados por GONZÁLEZ RUS, J.J., *Los intereses económicos de los consumidores. Protección penal*, cit., p. 304; GUTIÉRREZ FRANCÉS, M.L., *Fraude informático y estafa*, cit., p. 507; VALLE MUÑIZ, J.M., *El delito de estafa*, cit., p. 275.

¹¹ Vid. MIR PUIG, S., *Derecho Penal. Parte General*, cit., p. 279; SILVA SÁNCHEZ, J.M., «La estafa de seguro», cit., p. 353, nota 107. En contra, BAJO FERNÁNDEZ, M., *La realización arbitraria del propio derecho*, Civitas, Madrid, 1976, p. 32.

Paradójicamente, QUERALT JIMÉNEZ, J.J., *Derecho Penal español. Parte Especial*, cit., p. 676, también afirma la impunidad de la conducta: de un lado, no es de aplicación el delito de hurto al no existir ánimo de lucro; y, de otro lado, tampoco es de aplicación el delito de realización arbitraria del propio derecho al no concurrir violencia o intimidación (el artículo 337 sólo castiga al "que con violencia o intimidación se apoderare de una cosa perteneciente a su deudor para hacerse pago con ella", estableciendo para tal conducta "la pena de multa equivalente al valor de la cosa, sin que pueda bajar de 100.000 pesetas").

En concreto respecto de la estafa, apuntan ANTÓN ONECA, J., «Las estafas y otros engaños», cit., p. 14, y QUINTANO RIPOLLÉS, A., *Comentarios al Código Penal*, 2ª edic. puesta al día por E. Gimbernat Ordeig, Edersa, Madrid, 1966, p. 672, que de la regulación existente -que concuerda con la actual- se deduce que no es subsumible en el tipo de estafa obtener de forma engañosa la cosa que tiene en su poder el deudor y que le debe al acreedor. En el mismo sentido, RODRÍGUEZ DEVESA, J.M., *Derecho Penal español. Parte Especial*, 14ª edic., cit., p. 507.

Capítulo IV.- Tipo del injusto (III): tipo subjetivo

En ningún momento hemos querido confundir el binomio dolo-ánimo de lucro con la errónea concepción causalista (que todavía se encuentra en un sector jurisprudencial) referida a la exigencia, junto al dolo, de un denominado «dolo específico»¹², errónea dado que "todo delito tiene su propio «dolo específico» en cuanto momento subjetivo referido al tipo objetivo"¹³. Y es que "una cosa es la intención, es decir, el dolo directo de realizar los elementos del tipo objetivo, y otra muy distinta el específico elemento subjetivo que, ya sea en forma de ánimo específico, o de tendencia contribuye a determinar la voluntad del autor"¹⁴. Precisamente, ésta es la característica esencial del ánimo de lucro, un elemento de carácter subjetivo que *precisa -concreta-* la finalidad del autor.

¹² O que confunde engaño y dolo, denominando al primero «dolo específico», caso de las Sentencias del Tribunal Supremo de 25 de octubre de 1985 (RA. 5055), 7 de junio de 1988 (RA. 4486), 14 de enero (RA. 32) y 20 de septiembre (RA. 6755) de 1989, 7 de junio de 1990 (RA. 5158) y 16 de septiembre de 1991 (RA. 6198). Según la Sentencia de 25 de octubre de 1985, "la esencia del delito de estafa radica en el requisito psicológico del engaño, constitutivo del elemento subjetivo de lo injusto, que ordinariamente es antecedente o simultáneo con la defraudación". En sentido correcto, entendiendo el engaño como elemento de naturaleza objetiva, vid., entre otras, la Sentencia de 12 de junio de 1992 (RA. 5206).

¹³ ZUGALDÍA ESPINAR, J.M., *Delitos contra la propiedad y el patrimonio*, cit., p. 47.

¹⁴ GÓMEZ BENÍTEZ, J.M., *Teoría jurídica del delito*, cit., p. 238.

Capítulo IV.- Tipo del injusto (III): tipo subjetivo

En *síntesis*, dolo y ánimo de lucro son dos elementos subjetivos distintos que necesariamente han de concurrir para poder afirmar la tipicidad de una conducta.

Aclarado lo anterior, la doctrina también es mayoritaria a la hora de afirmar el carácter doloso de la estafa (dicho de otra manera, la irrelevancia jurídico-penal de la comisión imprudente), aunque los argumentos para llegar a tal conclusión varían de unos autores a otros.

Es necesario adelantar que el fundamento para la exclusión de la imprudencia no debe localizarse en la mera existencia de un elemento subjetivo del injusto¹⁵, por dos órdenes de razones: uno de carácter general, y es que tal inferencia es puesta en tela de juicio por un sector de la doctrina, aunque tal entendimiento puede ser objeto de réplica; y otro específico, pues antes de llegar al tipo subjetivo se hallan argumentos, ya suficientes, para aquella exclusión.

¹⁵ Afirma VALLE MUÑIZ, J.M., *El delito de estafa*, cit., p. 262, que "no sería del todo correcto derivar tal conclusión [la imposibilidad de comisión culposa] de la sola presencia en el injusto de un elemento subjetivo distinto al dolo". En el mismo sentido, DE LA MATA BARRANCO, N.J., *Tutela penal de la propiedad y delitos de apropiación*, cit., p. 271; TORÍO LÓPEZ, A., «Sobre los límites de la ejecución por imprudencia», *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, t. XXV, fasc. I, 1972, pp. 54 y ss.

Capítulo IV.- Tipo del injusto (III): tipo subjetivo

En cuanto al primero de los argumentos, se afirma que la presencia de un elemento subjetivo distinto del dolo no impide la comisión imprudente, aunque se reconoce que dichos elementos "restringen la posibilidad de realización culposa"¹⁶. Al respecto hay que señalar que de ser posible, de hecho, la comisión imprudente de una estafa, debe entrar en juego el artículo 565, el cual califica como imprudente la conducta que, mediando dolo, constituiría delito. Sin embargo, en aquellos tipos penales en los que se exige, junto al dolo, la concurrencia de un elemento subjetivo del injusto, para que el hecho constituya delito no sólo debe estar presente el dolo, sino algo más, debe concurrir también aquel elemento subjetivo. Por ese motivo, "la mera ausencia de dolo (es decir, la concurrencia de imprudencia) no sería suficiente para que en la conducta se realizasen todos los elementos del tipo"¹⁷. En

¹⁶ CEREZO MIR, J., *Curso de Derecho Penal español. Parte General*, vol. I, 3ª edic., Tecnos, Madrid, 1985, pp. 375 y 376. En igual sentido, OCTAVIO DE TOLEDO Y UBIETO, E., HUERTA TOCILDO, S., *Derecho Penal. Parte General*, cit., p. 631.

En relación al delito de hurto, ZUGALDÍA ESPINAR, J.M., ult. cit., pp. 51 y 52, no ve obstáculos dogmáticos para afirmar la posible existencia de un hurto culposo. Cosa distinta es, para este autor, la conveniencia político-criminal de sancionar este tipo de comportamientos, lo cual no le merece un juicio positivo (cfr. p. 52 haciendo un comentario sobre la Propuesta de 1983).

¹⁷ GÓMEZ BENÍTEZ, J.M., *Teoría jurídica del delito*, cit., p. 238.

Ese es el motivo por el que algunos autores sostienen que es necesario hacer distinciones en función de cada grupo de supuestos, caso de MIR PUIG, S., *Adiciones de Derecho español a JESCHECK, H.H.*, (continúa...)

Capítulo IV.- Tipo del injusto (III): tipo subjetivo

síntesis, no se trata de negar la virtualidad fáctica de una comisión imprudente, sino su irrelevancia jurídico-penal en los supuestos de exigencia típica de un elemento subjetivo del injusto distinto del dolo.

En cuanto al segundo motivo (antes de llegar al ánimo de lucro se hallan razones para negar la punición de una conducta imprudente), el argumento que se localiza en el ámbito concreto de la estafa es, sin lugar a dudas, el de mayor importancia y relevancia, desarrollado por GUTIÉRREZ FRANCÉS¹⁸, y referido al engaño. Parte esta autora de la creencia generalizada en la doctrina sobre el «carácter marcadamente intencional del delito de estafa»¹⁹, sosteniendo, a continuación, que esa correcta convicción proviene del engaño, conformado como elemento esencial según la opinión también

¹⁷(...continuación)
Tratado de Derecho Penal. Parte General, vol. I, cit., pp. 423 y 424, argumentos que posteriormente sistematiza en *Derecho Penal. Parte General*, cit., pp. 280 a 282.

¹⁸ GUTIÉRREZ FRANCÉS, M.L., *Fraude informático y estafa*, cit., pp. 554 y 555. Ya advertía OCTAVIO DE TOLEDO Y UBIETO, E., «Notas para un estudio de los fraudes alimentarios en Derecho Penal», cit., p. 127, que "el engaño (medio) hace de la estafa un delito evidentemente intencional".

¹⁹ Así se manifiestan GONZÁLEZ RUS, J.J., *Los intereses económicos de los consumidores. Protección penal*, cit., p. 304; VALLE MUÑIZ, J.M., *El delito de estafa*, cit., p. 262, entre otros.

Capítulo IV.- Tipo del injusto (III): tipo subjetivo

mayoritaria²⁰. A partir de ahí, uniendo lo que sólo debe separarse por razones metodológicas, la parte objetiva del engaño (falta de verdad en lo que se dice o se hace creer) y la parte subjetiva (intención de engañar), concluye que "«el dolo de engañar», como parte esencial del «dolo de estafa», constituye el obstáculo más relevante para la admisión de la estafa «no intencional»"²¹. De esta forma, vuelve a cobrar sentido la advertencia realizada al principio acerca de la relatividad de la distinción entre lo objetivo y lo subjetivo, en la medida en que "la parte objetiva del tipo depende de elementos subjetivos"²².

Esta idea podría conectarse con el argumento silogístico según el cual los vocablos engaño y fraude son equiparables, sosteniendo a continuación que fraude y culpa son términos contradictorios, pues el fraude es intencionalidad²³.

²⁰ Afirma QUINTANO RIPOLLÉS, A., *Comentarios al Código Penal*, 2ª edic., cit., p. 992, que la clave de la estafa es el engaño como la del robo es la violencia.

²¹ GUTIÉRREZ FRANCÉS, M.L., ult. cit., p. 555.

²² MIR PUIG, S., *Derecho Penal. Parte General*, cit., p. 229.

²³ Cfr. AZZALI, G., «Osservazioni in tema di frodi alimentari», cit., p. 38; PÉREZ ÁLVAREZ, F., *Protección penal del consumidor*, cit., p. 94; REBOLLO PUIG, M., *Potestad sancionadora, alimentación y salud pública*, cit., p. 864, nota 602.

Capítulo IV.- Tipo del injusto (III): tipo subjetivo

Si queda algún resquicio para afirmar la posibilidad de engañar de forma imprudente, de faltar a la verdad en lo que se dice o en lo que se hace creer por negligencia, queda cubierto por la exigencia del ánimo de lucro²⁴. Así, aunque un sujeto afirme sin querer, algo que, sin ser cierto, induce a otro a realizar una disposición perjudicial, no es posible afirmar la existencia de un delito de estafa, pues el ánimo de lucro -como el dolo- debe abarcar la parte objetiva del tipo, de suerte que si aquel engaño inductor no fue realizado con la intención de poder disponer de la cosa, la conducta es atípica y, por lo tanto, impune.

²⁴ Baste recordar que la exigencia típica del ánimo de lucro es el argumento mayoritario en la doctrina para negar la comisión imprudente, así como en la jurisprudencia. Vid. BAJO FERNÁNDEZ, M., PÉREZ MANZANO, M. en BAJO FERNÁNDEZ, M. y otros, *Manual de Derecho Penal. Parte Especial*, cit., p. 287; BUSTOS RAMÍREZ, J., *Manual de Derecho Penal. Parte Especial*, 1ª edic., cit., p. 230; DÍAZ PALOS, F., «Ánimo de lucro», *Nueva Enciclopedia Jurídica*, vol. II, Francisco Seix (ed.), Barcelona, 1950, p. 677; GÓMEZ BENÍTEZ, J.M., «Función y contenido del error en el tipo de estafa», cit., p. 333; GONZÁLEZ RUS, J.J., ult. cit., p. 304; MUÑOZ CONDE, F., *Derecho Penal. Parte Especial*, cit., p. 283; QUERALT JIMÉNEZ, J.J., *Derecho Penal español. Parte Especial*, cit., p. 304; ROMEO CASABONA, C.M., *Poder informático y seguridad jurídica*, cit., p. 72; SILVA SÁNCHEZ, J.M., «La estafa de seguro», cit., p. 351, nota 96; VIVES ANTÓN, T.S., en VIVES ANTÓN, T.S. y otros, *Derecho Penal. Parte Especial*, cit., p. 923.

Vid., igualmente, las Sentencias del Tribunal Supremo de 2 de febrero de 1993 (RA. 635) y 26 de mayo de 1994 (RA. 4053).

Ya antes de la Reforma de 1983, también era utilizado este criterio para afirmar el carácter doloso de la estafa. Vid., por todos, ANTÓN ONECA, J., «Las estafas y otros engaños», cit., p. 14, que deriva la exigencia de dicho elemento del verbo «defraudar».

Este mismo argumento es utilizado en otros tipos penales para negar, igualmente, la comisión imprudente. Vid., respecto de la apropiación indebida, DE VICENTE MARTÍNEZ, R., *Delitos contra la Seguridad Social*, Praxis, Barcelona, 1991, p. 144; y, respecto del hurto, TORÍO LÓPEZ, A., «Sobre los límites de la ejecución por imprudencia», cit., p. 82.

Capítulo IV.- Tipo del injusto (III): tipo subjetivo

En todo caso, afirma VALLE MUÑIZ que no tendría sentido desde un punto de vista lógico el que se exija el ánimo de lucro si éste no va acompañado del dolo, pues, en caso contrario, se estaría desvalorando la causación de un perjuicio sin más y, como ya afirmamos antes, son dables supuestos en los que el sujeto actúa de forma intencionada pero sin la concurrencia de dicho ánimo²⁵.

Un último argumento lo aporta el autor antecitado, si bien es de carácter político-criminal. Sostiene que la conducta imprudente generadora de un perjuicio patrimonial "puede encontrar adecuada respuesta en el ámbito del Derecho Civil, evitándose así la transgresión del principio de mínima intervención a que está sujeto el Derecho Penal"²⁶. No obstante, este argumento es puesto en tela de juicio en la medida en que se afirma que la exclusión del ámbito penal de tal conducta viene dada por la ausencia de engaño típico²⁷, y no por el simple hecho de encontrar en la jurisdicción civil una «adecuada respuesta», réplica que si bien puede ser acertada, no es

²⁵ En concreto, para VALLE MUÑIZ, J.M., *El delito de estafa*, cit., p. 263, "el ánimo de lucro, que debe presidir la acción del sujeto, carecería de sentido lógico si éste no conociera y quisiera la provocación de un perjuicio a través de la inducción errónea a la realización de un acto de disposición patrimonial".

²⁶ VALLE MUÑIZ, J.M., ult. cit., p. 263.

²⁷ Vid. GUTIÉRREZ FRANCÉS, M.L., *Fraude informático y estafa*, cit., p. 556.

Capítulo IV.- Tipo del injusto (III): tipo subjetivo

menos cierto que, en ese caso, habría que acudir a lo civil como vía para lograr la reparación del perjuicio causado.

De cualquier modo, no debemos olvidar que estamos en el estudio de un tipo especialmente cualificado de estafa en donde subyace la protección de los consumidores, los cuales pueden verse afectados, sin duda alguna, por este tipo de conductas, aunque no es éste el momento de entrar en un debate político-criminal sobre la conveniencia de formular un juicio de desvalor penal sobre las conductas defraudatorias imprudentes.

En síntesis, la redacción del artículo 565, la configuración de la conducta típica y la existencia de un elemento subjetivo del injusto conducen, de forma indubitada a nuestro entender, a la exclusión de la comisión imprudente.

2.2) CONTENIDO DEL DOLO

Una vez acreditada la exclusión de la comisión imprudente y, por tanto, la necesaria concurrencia de dolo en el delito de estafa, debemos dotar de contenido

Capítulo IV.- Tipo del injusto (III): tipo subjetivo

dicho elemento subjetivo, siempre en relación al tipo penal objeto de nuestro estudio.

Entendemos por dolo «conocimiento²⁸ y voluntad²⁹ de realización de la parte objetiva del tipo de injusto», en una suerte de no inclusión del «conocimiento de la antijuricidad del hecho»³⁰.

De acuerdo con la consideración hecha, en principio tendríamos que afirmar que el dolo del delito cualificado de estafa se concreta en un «conocer» y «querer» todos y

²⁸ El sujeto conoce todos los elementos objetivos -positivos y negativos, puesto que hemos asumido la teoría de los elementos negativos del tipo- que integran el hecho típico.

²⁹ El sujeto «quiere» realizar el hecho descrito en el tipo. Ahora bien, en el tipo de estafa este «querer» hay que entenderlo en el sentido de que no sólo se «consiente» sino que, en tomo momento, hay «intención».

La utilización de esas expresiones no es gratuita, sino que conlleva una toma de postura en torno a la posible comisión de la estafa por dolo eventual. Entrar en el debate acerca de esta categoría en la Teoría del delito escapa en mucho a nuestro trabajo. No obstante, un importante sector de la doctrina que se ha ocupado de la estafa, desde diferentes puntos de partida, ha coincidido en la conclusión: rechazo de la virtualidad del dolo eventual en este delito. De esta forma, un posicionamiento sobre el tema requeriría un detenimiento en todo el conjunto de objeciones puestas de manifiesto que, por razones obvias, como ya hemos advertido, supera en exceso nuestras pretensiones, pero que, dada la magnitud de las mismas, nos obliga a adoptar una postura de cautela en el sentido de rechazo apuntado (vid., por todos, VALLE MUÑIZ, J.M., ult. cit., pp. 264 y ss., negando la categoría misma; GUTIÉRREZ FRANCÉS, M.L., ult. cit., pp. 561 y ss., negando la comisión de estafa por dolo eventual; así como la Sentencia del Tribunal Supremo de 23 de abril de 1994 [RA. 6783]).

³⁰ No queremos negar las dudas que persisten sobre la conveniente ubicación de este elemento, si bien entendemos que, de acuerdo con nuestro Derecho positivo [artículo 6 bis a)], es dogmáticamente posible y político-criminalmente puede ser adecuada la solución de ubicar dicho elemento en la culpabilidad.

Capítulo IV.- Tipo del injusto (III): tipo subjetivo

cada uno de los elementos del tipo objetivo³¹. Sin embargo, dicha afirmación requiere una importante matización³², dado que ambos elementos no operan de igual forma³³. Así, el «elemento cognoscitivo» comprende todos los elementos del tipo objetivo; esto es, el sujeto debe conocer los distintos elementos que conforman la parte objetiva del tipo.

Es muy ilustrativo GÓMEZ BENÍTEZ cuando afirma que "el momento cognoscitivo comprende el conocimiento real o actual (no sólo potencial) de la realización de los elementos descriptivos y normativos del tipo, del curso causal en condiciones de imputación objetiva del resultado (en los delitos de resultado), de la lesión de un bien jurídico, de los elementos de la autoría (o, en su caso, de la participación) y de los elementos accidentales, es

³¹ Vid., por todos, MUÑOZ CONDE, F., *Derecho Penal. Parte Especial*, cit., p. 283.

³² Sobre todo debido a que nos encontramos frente a un tipo cualificado, de suerte que, junto a los elementos del tipo básico, deben concurrir los propios del tipo cualificado (cfr. GONZÁLEZ RUS, J.J., *Los intereses económicos de los consumidores. Protección penal*, cit., p. 304).

³³ Vid., por todos, GIMBERNAT ORDEIG, E., «Acercas del dolo eventual», *Estudios de Derecho Penal*, 3ª edic., Tecnos, Madrid, 1990, p. 243, nota 8.

Capítulo IV.- Tipo del injusto (III): tipo subjetivo

decir, de todos los elementos del tipo objetivo"³⁴.

En nuestro caso, el sujeto tiene que tener conocimiento de su conducta engañosa (engaño idóneo), del resultado patrimonial de dicha conducta (acto de disposición generador de un perjuicio consistente en una alteración de determinadas cualidades de un bien), de la relación causal e imputación objetiva del resultado a la conducta, del objeto sobre el que recae la acción (bienes de reconocida utilidad social) y del sujeto pasivo (múltiples perjudicados)³⁵.

Sin embargo, el sujeto no tiene que «querer» todos los elementos objetivos. Dicho de otra forma, el «elemento volitivo» no opera igual, pues no comprende cada uno de ellos. En realidad, hay que *distinguir entre el resultado y el resto de los elementos*, o si se prefiere, hay que diferenciar entre el «elemento que se produce en el futuro» y los «elementos ya existentes». De esta manera, sólo se exige lo que, desde un punto de vista meramente lógico-material, debe exigirse: que el

³⁴ GÓMEZ BENÍTEZ, J.M., *Teoría jurídica del delito*, cit., p. 205.

³⁵ Y, en la mayoría de las ocasiones, la gravedad del perjuicio ocasionado.

Capítulo IV.- Tipo del injusto (III): tipo subjetivo

sujeto quiera el resultado material, bastando con que conozca los demás elementos integrantes del tipo objetivo.

Desde esa perspectiva, lo que el sujeto quiere es la obtención de un lucro ilícito, y hacia ese fin encauza su conducta engañosa. Pero el sujeto no quiere que el objeto sea un bien de reconocida utilidad social, ni quiere provocar un perjuicio en una multiplicidad de individuos. Lo que quiere es obtener el mayor beneficio posible, y sabe -conoce- que para lograrlo, de acuerdo al plan ideado, necesita engañar a muchas personas.

Aunque no se manifiestan expresamente en este sentido, posiblemente esta matización está presente en todos los autores cuando describen los dos elementos que componen el dolo. Volviendo a GÓMEZ BENÍTEZ, al igual que cuando se ocupa del primero de los momentos del dolo es explícito en determinar su ámbito, cuando analiza el segundo momento sólo se refiere al tipo en general³⁶. Y ya dentro del ámbito de la estafa, es muy significativo que al referirse al tipo subjetivo de los tipos agravados

³⁶ GÓMEZ BENÍTEZ, J.M., ult. cit., p. 208. En concreto se refiere al «querer» la realización del tipo en el sentido de "una dirección de la voluntad hacia la realización del tipo".

Capítulo IV.- Tipo del injusto (III): tipo subjetivo

de estafa, QUERALT JIMÉNEZ afirme que "estas agravaciones, cuando menos, han de ser conocidas por el sujeto..."³⁷.

Cosa distinta es que, como afirma GIMBERNAT ORDEIG, "considerando en sí *todo el resultado típico* -en el que se incluyen también las circunstancias existentes- es posible referir a él -como conjunto- un querer"³⁸. Teniendo en cuenta esta última consideración hecha, sintéticamente, podemos afirmar que el sujeto tiene que tener conciencia y voluntad de generar, a partir de un engaño, un perjuicio a múltiples sujetos producido por la alteración en la sustancia, calidad o cantidad de un bien de reconocida utilidad social.

Por coherencia con nuestro posicionamiento sobre la teoría del tipo de injusto, por supuesto que el dolo tiene que abarcar también la ausencia de los presupuestos objetivos de una causa de justificación³⁹.

³⁷ QUERALT JIMÉNEZ, J.J., *Derecho Penal español. Parte Especial*, cit., p. 309.

³⁸ GIMBERNAT ORDEIG, E., «Acerca del dolo eventual», cit., p. 243, nota 8.

³⁹ Vid. *supra* unas referencias sobre el tipo negativo en la nota 65 del Capítulo II.

Capítulo IV.- Tipo del injusto (III): tipo subjetivo

En otro orden cosas, entrar a concretar la conurrencia del dolo en cada uno de los elementos objetivos tal vez no sea conveniente pues, de un lado, el dolo no actúa aisladamente sobre cada uno de ellos, sino que planea sobre toda la parte objetiva, toda ella queda abrazada por el dolo del agente; y, de otro lado, volvemos a recordar que la separación entre lo objetivo y lo subjetivo sólo se realiza por razones pedagógicas y sistemáticas. Así y todo, podemos afirmar, en cuanto al «dolo de engañar», que el agente debe ser consciente de la falsedad de lo que dice o lo que hace creer. En este sentido, es muy ilustrativo el Diccionario de la Real Academia Española de la Lengua cuando define el verbo engañar, indicando que por tal hay que entender el "dar a la mentira la apariencia de verdad"; o "inducir a otro a tener por cierto lo que no lo es, valiéndose de palabras o de obras aparentes y fingidas".

En todo caso, hay que tener en cuenta que esa conciencia respecto del engaño tiene que orientarse tanto a la idoneidad del mismo («bastante para producir error en otro») como a su aptitud («induciéndole a»). En definitiva, el agente tiene que ser consciente de que su falseamiento de la realidad es bastante -con la capacidad

suficiente- como para inducir a otro a realizar un acto de disposición perjudicial⁴⁰.

Ahora bien, tal como hemos advertido más arriba, la conducta engañosa típica no se realiza por el mero hecho de mentir, sino que se engaña para lograr lo que se quiere, un resultado patrimonial («dolo de resultado»). Es decir, el agente engaña dolosamente como medio para conseguir el acto de disposición perjudicial. Como señala ilustrativamente GUTIÉRREZ FRANCÉS, el agente "es consciente de la fuerza motivadora del ardid empleado para conseguir en su víctima la determinación de realizar el traspaso patrimonial"⁴¹.

Como quiera que en el tipo especialmente cualificado el perjuicio va referido a la modificación de determinadas cualidades del objeto material, dicha alteración también tiene que ser aprehendida por el dolo del agente. En otras palabras, tiene que ser consciente de la alteración en la sustancia, calidad o cantidad de un bien.

⁴⁰ Cfr. VALLE MUÑIZ, J.M., *El delito de estafa*, cit., p. 262.

⁴¹ GUTIÉRREZ FRANCÉS, M.L., *Fraude informático y estafa*, cit., p. 557. Así se entiende perfectamente a ANTÓN ONECA, J., «Las estafas y otros engaños», cit., p. 14, cuando afirma que "el dolo de la estafa consiste en la conciencia y voluntad de engañar a alguien, causando un perjuicio patrimonial al engañado o a otra persona".

Capítulo IV.- Tipo del injusto (III): tipo subjetivo

A su vez, como elementos integrantes del tipo objetivo, el dolo debe abarcar igualmente la cualidad de la cosa objeto de la acción, esto es, que se trata de un bien de reconocida utilidad social, así como que con su conducta se está afectando a múltiples sujetos.

Definido en esos términos el contenido del dolo, se hace necesario realizar unas últimas consideraciones, teniendo en cuenta que a algunas de ellas se ha referido toda la doctrina que se ha ocupado del tema. Es lo que ocurre, en primer lugar, con la exigencia en la actualidad del dolo: éste debe concurrir en el momento de realización del tipo, no siendo válido ni el denominado dolo antecedente ni el subsiguiente⁴².

En segundo lugar, sucede también con la no presunción del dolo, en el sentido de que frente a éste

⁴² Cfr. BAJO FERNÁNDEZ, M., PÉREZ MANZANO, M. en BAJO FERNÁNDEZ, M. y otros, *Manual de Derecho Penal. Parte Especial*, cit., p. 288; ELGUERO MERINO, J.M., *La estafa de seguro*, cit., p. 47; GUTIÉRREZ FRANCÉS, M.L., *Fraude informático y estafa*, cit., p. 557; VALLE MUÑIZ, J.M., *El delito de estafa*, cit., p. 261; ANTOLISEI, F., *Manuale di Diritto Penale. Parte Speciale*, cit., pp. 308 y 309; MANTOVANI, F., *Diritto Penale. Parte Speciale*, cit., p. 167.

No obstante, hay que advertir que la jurisprudencia, de un lado, en reiteradas ocasiones, hace referencia de manera incorrecta al engaño como «dolo antecedente», tal como ya se ha comentado; y, de otro lado, excluye expresamente el dolo subsiguiente, caso de las Sentencias de 24 de marzo de 1992 (RA. 2435), 18 de mayo de 1993 (RA. 4172) y 20 de mayo de 1994 (RA. 3940).

Capítulo IV.- Tipo del injusto (III): tipo subjetivo

no cabe ningún tipo de presunción, siendo necesario probarlo⁴³.

Una última cuestión a tener en consideración es la relativa a la posibilidad de que el dolo del agente no abarque alguno de los elementos del tipo objetivo citados, lo que nos sitúa en el ámbito del «error de tipo», cuestión que cobra especial relevancia para nosotros dado que nos encontramos frente a un tipo cualificado, con las consecuencias que ello conlleva de acuerdo con lo establecido en el artículo 6 bis a) de nuestro Texto Punitivo.

2.3) ERROR DE TIPO

2.3.1) Planteamiento teórico

En la medida en que el dolo tiene que abarcar el conocimiento de los elementos que conforman el tipo objetivo, el desconocimiento de todos o alguno de dichos

⁴³ Cfr. BAJO FERNÁNDEZ, M., PÉREZ MANZANO, M., ult. cit., pp. 288 y 289. En el mismo sentido, VALLE MUÑIZ, J.M., ult. cit., p. 263; SERRANO-PIEDECASAS FERNÁNDEZ, J.R., *La estafa en el contrato de seguro*, cit., p. 153, así como la Sentencia del Tribunal Supremo de 13 de mayo de 1994 (RA. 3696).

Capítulo IV.- Tipo del injusto (III): tipo subjetivo

objetivo, el desconocimiento de todos o alguno de dichos elementos nos sitúa ante el denominado «error de tipo»⁴⁴.

Lo anterior supone afirmar que el error sobre los elementos objetivos del tipo afecta, ante todo, al «momento cognoscitivo»⁴⁵. No obstante, también puede faltar el «elemento volitivo»⁴⁶.

En el ámbito de la estafa colectiva sobre bienes de reconocida utilidad social, el aspecto más sobresaliente deriva del hecho de situarnos ante un tipo cualificado, de suerte que todo análisis debe tener presente el

⁴⁴ Si se prefiere, se puede hablar del «error de tipo» en términos de representación falsa o ignorancia (falta de toda representación) sobre los elementos del tipo objetivo, tal como lo hace BACIGALUPO ZAPATER, E., «El error sobre los elementos del tipo y el error sobre la antijuricidad o la prohibición», *Comentarios a la legislación penal*, t. V, vol. 1º, Edersa, Madrid, 1985, p. 53.

Evidentemente, no es éste el lugar ni el momento adecuado para entrar en un análisis exhaustivo sobre este tipo de error, ni sobre el error en general. Sobre el tema, vid. MIR PUIG, S., *Derecho Penal. Parte General*, cit., pp. 267 y ss. No obstante, entendemos necesario matizar que, dado que hemos asumido la Teoría de los elementos negativos del tipo, dentro de los elementos del tipo objetivo hay que incluir los presupuestos objetivos de las causas de justificación, de suerte que el error sobre los mismos debe tratarse, igualmente, como «error de tipo». Al respecto, vid., además del autor ya citado, BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, I., *Honor y libertad de expresión*, cit., pp. 26 y ss. Una posición distinta la sostiene MUÑOZ CONDE, F., *El error en Derecho Penal*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1989, pp. 52 y ss., el cual, en todo caso, pone de manifiesto la crisis de la distinción «error de tipo»-«error de prohibición».

⁴⁵ Cfr. VALLE MUÑIZ, J.M., *El delito de estafa*, cit., p. 263; GUTIÉRREZ FRANCÉS, M.L., *Fraude informático y estafa*, cit., p. 560.

⁴⁶ Es el caso del sujeto que, conociendo los elementos que conforman el tipo objetivo, no tenga intención de engañar, o no tenga intención de causar un perjuicio.

Capítulo IV.- Tipo del injusto (III): tipo subjetivo

distinto tratamiento que el artículo 6 bis a) del Código Penal otorga a los «elementos esenciales integrantes de la infracción penal» y a los «elementos que agraven la pena», esto es, a los «elementos esenciales» y a los «elementos cualificadores»⁴⁷; a lo que hay que sumar el tratamiento también diferente que se dispensa al error vencible y al error invencible.

En orden al error sobre un «elemento esencial», el «error invencible» conduce a la impunidad por atipicidad de la conducta⁴⁸.

Si se trata de un supuesto de «error vencible», el artículo 6 bis a) determina la imposición de la pena correspondiente al tipo imprudente⁴⁹. Evidentemente, sólo podrá acudir a dicha solución en el supuesto de

⁴⁷ Aunque se trata de unos términos bastante generalizados, hay autores que se muestran contrarios a ellos, caso de BACIGALUPO ZAPATER, E., ult. cit., p. 66, que, por entenderlos superfluos, prefiere hablar de «elementos que fundamentan» y «elementos que modifican».

⁴⁸ Artículo 6 bis a): "El error invencible sobre un elemento esencial integrante de la infracción penal...excluye la responsabilidad criminal".

Existe una interpretación dominante en la doctrina según la cual los párrafos primero y segundo se refieren al «error de tipo» y el último al «error de prohibición» -vid., por todos, MIR PUIG, S., *Derecho Penal. Parte General*, cit., p. 270, nota 80-.

⁴⁹ Artículo 6 bis a) párrafo segundo: "Si el error a que se refiere el párrafo anterior fuere vencible, atendidas las circunstancias del hecho y las personales del autor, la infracción será castigada, en su caso, como culpa".

Capítulo IV.- Tipo del injusto (III): tipo subjetivo

que el tipo penal en concreto admita la modalidad culposa⁵⁰, cosa que no ocurre en nuestro caso. Consecuencia de lo anterior, la solución para el error vencible y para el invencible sobre un elemento configurador del tipo básico es la misma: la impunidad⁵¹.

En cuanto al error sobre un «elemento cualificador», también debemos hacer una distinción según la clase de error. Si es un «error invencible», el citado precepto determina la no apreciación del mismo y, por tanto, castigar por el tipo básico⁵².

El problema se plantea en el supuesto de «error vencible», pues la doctrina mayoritaria⁵³ coincide en afirmar que el párrafo segundo del ya citado artículo 6

⁵⁰ Vid., por todos, MIR PUIG, S., *Derecho Penal. Parte General*, cit., pp. 269 y 270.

⁵¹ Este mismo planteamiento nos lo encontramos en tipos penales, como la apropiación indebida, en donde sólo se admite la modalidad dolosa. Vid., al respecto, CASTIÑEIRA PALOU, M.T., *Ventas a plazos y apropiación indebida*, cit., p. 107; DE VICENTE MARTÍNEZ, R., *Delitos contra la Seguridad Social*, cit., p. 144, construcción que reproduce esta autora a lo largo de su obra cuando analiza diferentes supuestos (p. 319, por ejemplo).

⁵² "El error invencible sobre un...elemento que agrave la pena,...excluye la agravación".

⁵³ En contra, QUINTERO OLIVARES, G., en QUINTERO OLIVARES, G., MUÑOZ CONDE, F., *La reforma penal de 1983*, cit., p. 52, donde afirma que el párrafo segundo se refiere "al error sobre elementos accidentales del delito".

bis a) no es de aplicación, al mismo tiempo que concuerda en la no apreciación del elemento cualificador, razón por la cual la respuesta debe ser la misma que en el caso de error invencible; es decir, castigar por el tipo básico.

Es de destacar que aunque haya coincidencia en la solución⁵⁴, no la hay en los argumentos. En sede de ejemplo, para MIR PUIG⁵⁵, atendiendo a razones de justicia material, este supuesto debe resolverse entendiendo vigente el criterio fundado en el párrafo segundo del artículo 60 (interpretación analógica *in bonam partem*): la falta de conocimiento impide su apreciación⁵⁶. Desde esta perspectiva, sostiene que no

⁵⁴ Cfr. BUSTOS RAMÍREZ, J., *Manual de Derecho Penal. Parte General*, cit., pp. 407 y 408; COBO DEL ROSAL, M., VIVES ANTÓN, T.S., *Derecho Penal. Parte General*, cit., p. 513.

⁵⁵ MIR PUIG, S., *Derecho Penal. Parte General*, cit., pp. 271 y ss. En igual sentido VALLE MUÑIZ, J.M., «Sobre algunas circunstancias que agravan la responsabilidad criminal en el delito de estafa», cit., p. 331.

⁵⁶ Para un importante sector doctrinal el artículo 60, en principio, sólo es de aplicación a las «circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal» en sentido estricto, esto es, a las previstas en los artículos 9, 10 y 11 [vid., en este sentido, GIMBERNAT ORDEIG, E., *Autor y cómplice en Derecho Penal*, cit., pp. 279 y ss.; MIR PUIG, S., ult. cit., pp. 271 y ss. y 427 y ss.; QUINTERO OLIVARES, G., *Los delitos especiales y la teoría de la participación*, cit., p. 63. En contra, MAQUEDA ABREU, M.L., «El error sobre las circunstancias. Consideraciones en torno al art. 6 bis a) del Código Penal», *Cuadernos de Política Criminal*, nº 22, 1983].

Capítulo IV.- Tipo del injusto (III): tipo subjetivo

puede castigarse como imprudente un hecho que sin cualificar es doloso⁵⁷.

Aunque con carácter general pueda estimarse correcta la solución concursal propugnada por algunos autores⁵⁸ -que, en definitiva, viene a sostener que los supuestos de error vencible de tipo sobre un elemento que agrave la pena deben resolverse mediante un concurso ideal entre el delito básico doloso consumado y el delito cualificado imprudentemente consumado (por error vencible)-, no es menos cierto, como ellos mismos

⁵⁷ En contra, DE LA MATA BARRANCO, N.J., *Tutela penal de la propiedad y delitos de apropiación*, cit., pp. 272 y 273.

No dejamos de reconocer con DE LA MATA que argumentos de ese tipo, fundados en criterios de justicia material, pueden provocar, igualmente, situaciones injustas en ámbitos del Derecho Penal tan delicados como el económico. Así, se refiere a los múltiples supuestos citados por MUÑOZ CONDE, F., *El error en Derecho Penal*, cit., pp. 101 y ss., en relación al delito de defraudación tributaria, si bien es cierto que, como aquél reconoce, este último autor se muestra partidario de la impunidad, al calificar los problemas de error como de tipo y no como de prohibición (p. 103).

Admite DE LA MATA, en relación con la apropiación indebida, que son difíciles de imaginar supuestos en que la apropiación sea imprudente. Pero afirma algo más respecto de casos de error de tipo vencible: "son supuestos en los que parece dudosa la necesidad de una intervención penal que ha de proceder de conformidad con los principios de intervención mínima y *ultima ratio*, máxime cuando además la devolución de lo indebidamente apropiado, aun por error, será prácticamente segura, pues en caso contrario sería síntoma que podría denotar la comisión dolosa del hecho", olvidando este autor un dato esencial, cual es la consumación del delito, sobre todo, en la medida en que el artículo 535 no establece una excusa absolutoria para el caso de que se produzca la devolución.

⁵⁸ Vid. GÓMEZ BENÍTEZ, J.M., *Teoría jurídica del delito*, cit., pp. 222 y ss., tesis coincidente con la SAINZ CANTERO, J.A., *Lecciones de Derecho Penal. Parte General*, cit., pp. 709 y 710.

reconocen⁵⁹, que si el tipo cualificado no admite la modalidad imprudente, sólo se responde por el delito básico doloso, ya que no cabe establecer un concurso ideal.

El supuesto de «error al revés» (creencia equivocada de concurrencia de un elemento cualificador), MIR PUIG lo califica de irrelevante, de suerte que se castiga por el tipo básico⁶⁰.

2.3.2) Traslado al ámbito del tipo especialmente cualificado de estafa

Trasladando el planteamiento teórico anterior a nuestro tipo de injusto, el error sobre elementos esenciales puede concurrir, bien porque se yerra en la conducta (engaño idóneo), bien en el resultado patrimonial (acto de disposición perjudicial).

Los supuestos concretos son múltiples, como así ha puesto de manifiesto la doctrina que se ha ocupado de la estafa. En sede de ejemplo podemos citar los siguientes:

⁵⁹ Caso de GÓMEZ BENÍTEZ, J.M., ult. cit., p. 223.

⁶⁰ Vid. MIR PUIG, S., *Derecho Penal. Parte General*, cit., p. 273.

Capítulo IV.- Tipo del injusto (III): tipo subjetivo

el sujeto desconoce la falsedad de sus manifestaciones (cree que lo manifestado es verdadero o lícito); o desconoce la fuerza motivadora de sus manifestaciones para inducir al traspaso patrimonial (cree que sus manifestaciones no van a ser creídas o van a resultar ineficaces); o desconoce el carácter lesivo de la disposición patrimonial (cree que con sus manifestaciones no se va a producir ningún perjuicio)⁶¹.

En este punto es necesario hacer una matización en el sentido siguiente: cuando hablamos de manifestaciones lo hacemos en un sentido genérico, incluyendo también posibles maquinaciones, puntualización en todo caso evidente dado que, en el tipo penal objeto de nuestro estudio, el perjuicio viene dado por una alteración en la sustancia, cantidad o calidad de determinados bienes.

En cuanto al error sobre elementos cualificadores, puede recaer bien en el objeto (bienes de reconocida utilidad social), bien en el sujeto pasivo (múltiples perjudicados). Es el caso de la persona que desconoce el carácter inherente al objeto sobre el que recae la acción

⁶¹ Cfr. ANTÓN ONECA, J., «Las estafas y otros engaños», cit., p. 14; GONZÁLEZ RUS, J.J., *Los intereses económicos de los consumidores. Protección penal*, cit., p. 304; GUTIÉRREZ FRANCÉS, M.L., *Fraude informático y estafa*, cit., p. 560; VALLE MUÑIZ, J.M., *El delito de estafa*, cit., p. 263.

Capítulo IV.- Tipo del injusto (III): tipo subjetivo

(ignora que se trata de un bien de reconocida utilidad social); o desconoce el carácter colectivo del perjuicio causado (ignora que han resultado perjudicados múltiples sujetos⁶²).

En síntesis, en el tipo especialmente cualificado de estafa, el «error de tipo» -vencible e invencible- tiene dos órdenes de consecuencias: si afecta a un elemento esencial, da lugar a la impunidad de la conducta, y si afecta a un elemento cualificador, éste no es tomado en consideración y, en consecuencia, se responde por el tipo básico.

3) EL ÁNIMO DE LUCRO

El delito de estafa se encuentra comprendido dentro del grupo de tipos penales que requieren que la finalidad perseguida por el autor esté más precisada, de manera que, junto al dolo, se exige la presencia de un elemento subjetivo del injusto⁶³, el «ánimo de lucro»^{64 65}.

⁶² No obstante, no dejamos de reconocer que es difícil imaginar un supuesto en que el sujeto yerra sobre el carácter colectivo de la estafa.

⁶³ Sobre los elementos subjetivos del injusto en general, vid. POLAINO NAVARRETE, M., *Los elementos subjetivos del injusto en el Código Penal español*, Publicaciones de la Universidad de Sevilla, Sevilla, 1972; Díez RIPOLLÉS, J.L., *Los elementos subjetivos del injusto*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1990.

Capítulo IV.- Tipo del injusto (III): tipo subjetivo

La existencia de dicho elemento viene a significar que, para poder afirmar la tipicidad de la conducta, el sujeto tiene que haber provocado un perjuicio patrimonial con la finalidad de obtener un provecho o ventaja de carácter patrimonial⁶⁶.

La anterior afirmación no es gratuita, sino que revela una toma de postura en orden a la configuración de este elemento subjetivo. Por un lado, supone constatar su pertenencia a la tipicidad, en la medida en que la significación jurídico-penal de la conducta no se descubre sin la concurrencia del elemento subjetivo «ánimo de lucro»; "y, si el contenido de significación social del tipo desaparece, entonces desaparece también su contenido desvalorativo y, en consecuencia, el efecto

⁶⁴(...continuación)

⁶⁴ Baste recordar que la inclusión dentro de ese grupo de delitos es anterior a la Reforma de 1983, momento en el que se formaliza la exigencia del ánimo de lucro (vid., entre otros, ANTÓN ONECA, J., ult. cit., p. 14; CUELLO CALÓN, E., *Derecho Penal. Parte Especial*, t. II, vol. II, cit., p. 932; FERRER SAMA, A., «Estafa procesal», *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, t. XIX, fasc. I, 1966, p. 5; GROIZARD GÓMEZ DE LA SERNA, A., *El Código Penal de 1870 concordado y comentado*, t. VII, cit., p. 91).

⁶⁵ En contra es conocida la posición de ZUGALDÍA ESPINAR, J.M., *Delitos contra la propiedad y el patrimonio*, cit., pp. 42 y ss.

⁶⁶ Dicho de otra forma, el ánimo de lucro tiene que englobar, circunscribir, todo el tipo penal [vid., por todos, GUTIÉRREZ FRANCÉS, M.L., *Fraude informático y estafa*, cit., pp. 568 y ss., y la Sentencia del Tribunal Supremo de 26 de mayo de 1994 (RA. 4053)].

Capítulo IV.- Tipo del injusto (III): tipo subjetivo

preventivo general o motivacional que su mera existencia comporta"⁶⁷.

Ahora bien, en todo momento nos hemos referido a una «finalidad», lo cual también conlleva un significado propio, y es que se trata únicamente de un «propósito», de suerte que para entender consumado el delito no es preciso que el sujeto obtenga un lucro efectivo, pues en caso contrario, se trataría de un resultado del delito añadido al perjuicio y no un elemento subjetivo del injusto⁶⁸. Por ese motivo, la estafa se encuentra dentro de los denominados «delitos de intención» o «delitos de tendencia interna trascendente»⁶⁹.

No obstante, no parece que así lo entienda el Tribunal Supremo, pues en reiteradas Sentencias identifica el ánimo de lucro con el efectivo provecho obtenido, momento en el que fija la

⁶⁷ GÓMEZ BENÍTEZ, J.M., *Teoría jurídica del delito*, cit., p. 237.

⁶⁸ Cfr. QUINTERO OLIVARES, G., «El hurto», cit., p. 1142. Respecto de la estafa en concreto, vid. GONZÁLEZ RUS, J.J., *Los intereses económicos de los consumidores. Protección penal*, cit., p. 303.; GUTIÉRREZ FRANCÉS, M.L., ult. cit., p. 569.

⁶⁹ Acerca de esta clase de delitos, vid. JESCHECK, J.J., *Tratado de Derecho Penal. Parte General*, vol. I, cit., pp. 436 y ss.

Capítulo IV.- Tipo del injusto (III): tipo subjetivo

consumación⁷⁰, aunque existen notables excepciones⁷¹.

Por otro lado, afirmar que el sujeto tiene que provocar un perjuicio patrimonial con la finalidad de obtener un provecho o ventaja, pone de manifiesto la necesaria correlación que debe existir entre lucro y perjuicio, en una suerte de entendimiento del lucro como consecuencia del perjuicio⁷². Como expresión sintética de esta idea, afirma MUÑOZ CONDE que "la dinámica lucro-perjuicio es, en definitiva, el *leit-motiv* de toda estafa"⁷³.

Pero como apunta el citado autor, eso no significa que, desde un punto de vista material, lo directamente querido por el autor sea la causación de un perjuicio, dado que "lo único que pretende es enriquecerse", de suerte que "el perjuicio que con

⁷⁰ Cfr. ROMERO BARRANQUERO, G., *Los elementos del tipo de estafa*, cit., pp. 222 y ss.

⁷¹ Como son las Sentencias de 17 de octubre de 1989 (RA. 7708) y 23 de abril de 1992 (RA. 6783).

⁷² Cfr., en la doctrina, VALLE MUÑIZ, J.M., *El delito de estafa*, cit., p. 277; y en la jurisprudencia, Sentencias del Tribunal Supremo de 16 de julio de 1990 (RA. 6726) y 24 de marzo de 1992 (RA. 2435).

⁷³ MUÑOZ CONDE, F., *Derecho Penal. Parte Especial*, cit., p. 283.

ello pueda irrogar a otros le trae completamente sin cuidado", pudiendo, incluso, serle penoso el causarlo⁷⁴.

De la afirmación inicial se pueden extraer otras consideraciones al margen de las ya señaladas. Así, nos permite una delimitación subjetiva nuestro tipo penal, pues todas aquellas conductas que no persigan la obtención de un enriquecimiento injusto⁷⁵ quedan fuera del ámbito de la estafa, en general, y de nuestro tipo penal, en particular. Así, pueden ser imaginables supuestos en los cuales el agente engaña intencionadamente a múltiples personas, causándoles un perjuicio producido por la alteración de la sustancia, calidad o cantidad de un bien de reconocida utilidad social, por un motivo distinto a la obtención de un lucro ilícito, si bien hay que reconocer que, en principio, su virtualidad práctica es más que dudosa. Sería el caso de la empresa que produce alimentos envasados y que, con el

⁷⁴ *Ibidem.*

⁷⁵ Se refiere a lo injusto del lucro ANTÓN ONECA, J., «Las estafas y otros engaños», cit., p. 14, pronunciamento al que se suma GUTIÉRREZ FRANCÉS, M.L., *Fraude informático y estafa*, cit., p. 572.

No vemos ningún inconveniente en la equiparación que realiza GÓMEZ BENÍTEZ, J.M., «Función y contenido del error en el tipo de estafa», cit., p. 333, y la Sentencia de 24 de marzo de 1992 (RA. 2435) -entre otras-, entre ánimo de lucro y enriquecimiento injusto, siempre que se entienda esta última expresión como finalidad que se pretende.

Capítulo IV.- Tipo del injusto (III): tipo subjetivo

fin de provocar el descrédito de un competidor, adquiere a través de un mayorista un importante lote del producto de aquél; que altera su etiquetado -atribuyendo una calidad superior a la originaria-; y que, finalmente, vuelve a colocar el lote en el mercado. Efectivamente, el ejemplo anterior es posible, siempre que lo aceptemos como «supuesto de laboratorio», pero desde un punto de vista material, insistimos en que es difícil de imaginar un supuesto de hecho que contemple todos los elementos objetivos y el dolo del tipo especialmente cualificado de estafa, y que la finalidad por la que se realice ese comportamiento sea dañar la posición en el mercado.

Por ese motivo, podemos afirmar que este elemento subjetivo, en general, es irrelevante, materialmente, a la hora de calificar un hecho como estafa a los consumidores del inciso final del párrafo segundo del artículo 528. Consecuencia de ello, las delimitaciones o exclusiones vendrán determinadas, bien por la ausencia de algún elemento objetivo (engaño inidóneo, inexistencia de alteración, objeto no susceptible de ser considerado como bien de reconocida utilidad social), bien por la ausencia de dolo (realización imprudente, existencia de error).

Capítulo IV.- Tipo del injusto (III): tipo subjetivo

Sin embargo, lo anterior no es óbice para continuar la tarea de delimitación del ánimo de lucro; fundamentalmente, su contenido y consecuencias del mismo. Precisamente, otra consideración a realizar a partir de la afirmación inicial es la relativa al contenido. Sostener que la finalidad del autor debe ser la obtención de una ventaja o provecho de carácter patrimonial supone dotar de un cierto contenido la expresión «ánimo de lucro», asumiendo una determinada concepción.

Es de advertir que, cuando la doctrina discute sobre la concepción amplia o estricta del ánimo de lucro, en realidad discute en dos niveles distintos, aún cuando aparentemente la controversia se sitúa en un solo plano. Así, un nivel va referido a si por ánimo de lucro se entiende un beneficio o ventaja «de cualquier índole», o sólo un beneficio o ventaja «de carácter patrimonial». De otro lado, y asumiendo que, en todo caso, el beneficio tiene que ser de carácter patrimonial, un segundo nivel se refiere a si puede ser «cualquier beneficio o ventaja» o, como afirma BAJO FERNÁNDEZ, sólo hay que incluir «la ventaja patrimonial obtenida por la «apropiación de una cosa»⁷⁶.

⁷⁶ BAJO FERNÁNDEZ, M., «El delito de estafa», cit., p. 1172.

Capítulo IV.- Tipo del injusto (III): tipo subjetivo

Pues bien, en cuanto al primero de los niveles, la doctrina⁷⁷ y la jurisprudencia⁷⁸ son prácticamente unánimes a la hora de afirmar que la mejora tiene que ser de carácter patrimonial, es decir, valorable económicamente.

El principal fundamento para tal entendimiento es la necesidad de distinguir entre «ánimo» y «móvil»⁷⁹, dado que si admitimos la concepción amplia, podemos dar entrada al "castigo de ánimos morales o de la personalidad del autor"⁸⁰, ajenos a toda incriminación en el Derecho Penal de un Estado democrático de Derecho⁸¹.

⁷⁷ Así, ANTÓN ONECA, J., ult. cit., p. 14; BAJO FERNÁNDEZ, M., ult. cit., pp. 1173 y 1174; BUSTOS RAMÍREZ, J., *Manual de Derecho Penal. Parte Especial*, cit., 1ª edic., p. 230; DÍAZ PALOS, F., «Ánimo de lucro», cit., p. 674; GONZÁLEZ RUS, J.J., *Los intereses económicos de los consumidores. Protección penal*, cit., p. 302; GUTIÉRREZ FRANCÉS, M.L., ult. cit., p. 571; LORCA MARTÍNEZ, J., *El fraude en la transmisión de bienes*, Marcial Pons, Madrid, 1992, p. 67; VALLE MUÑIZ, J.M., *El delito de estafa*, cit., p. 276; VIVES ANTÓN, T.S. en VIVES ANTÓN, T.S. y otros, *Derecho Penal. Parte Especial*, cit., p. 923.

⁷⁸ Sentencias del Tribunal Supremo de 24 de marzo de 1992 (RA. 2435), 1 de marzo de 1993 (RA. 1719) y 26 de mayo de 1994 (RA. 4053).

⁷⁹ Cfr. RODRÍGUEZ DEVESA, J.M., *El hurto propio*, Ministerio de Justicia y Consejo Superior de Investigaciones Científicas, Madrid, 1946, pp. 187 y 188.

⁸⁰ BUSTOS RAMÍREZ, J., *Manual de Derecho Penal. Parte Especial*, 1ª edic., cit., p. 230.

⁸¹ Vid. *supra* nuestro posicionamiento sobre la Teoría del bien jurídico en el epígrafe 2) del Capítulo I.

En contra se manifiesta QUINTERO OLIVARES, que entiende por ánimo de lucro "la satisfacción que el autor se propuso obtener con la cosa hurtada, que puede ir desde su consumo o venta hasta su más altruista aplicación". Consecuencia de lo anterior, sostiene que "hay que abandonar una burda interpretación del lucro a la manera en que se emplea esa palabra en el lenguaje vulgar, como acrecentamiento de riqueza material"⁸². Así mismo, alguna sentencia parece situarse en esta línea de pensamiento, caso de la de 13 de mayo de 1994⁸³, que entiende por ánimo de lucro "cualquier ventaja, beneficio patrimonial o ganancia, evaluable o no económicamente, si se habla desde la perspectiva amplia con que esa intención finalista ha de interpretarse".

En cuanto al segundo de los niveles, entendemos que puede ser *cualquier beneficio o ventaja*, siempre que sea de carácter patrimonial⁸⁴, de suerte que no tiene que

⁸² QUINTERO OLIVARES, G., «El hurto», cit., p. 1142.

⁸³ RA. 3696.

⁸⁴ En este sentido se pronuncia ANTÓN ONECA, J., «Las estafas y otros engaños», cit., p. 14; BUSTOS RAMÍREZ, J., ult. cit., p. 230; DÍAZ PALOS, F., «Ánimo de lucro», cit., pp. 675 y 676; GONZÁLEZ RUS, J.J., *Los intereses económicos de los consumidores. Protección penal*, cit., p. 303; GUTIÉRREZ FRANCÉS, M.L., *Fraude informático y* (continúa...)

Capítulo IV.- Tipo del injusto (III): tipo subjetivo

reducirse a la apropiación de una cosa. Así, es subsumible en el tipo la estafa la conducta del que defrauda para luego donar, o la estafa de seguro⁸⁵.

Los argumentos para tal afirmación son de diversa índole. En primer lugar, la interpretación de la ley penal tiene como límite máximo el «sentido literal posible»⁸⁶ y, efectivamente, el artículo 528 sólo exige un ánimo de lucro, sin ulterior matización; como afirma DÍAZ PALOS, "la Ley no va más allá"⁸⁷. En segundo lugar, si admitimos la tesis de BAJO FERNÁNDEZ entraríamos en contradicción con nuestra concepción del patrimonio⁸⁸; luego la coherencia interna nos obliga a sostener el criterio apuntado.

No obstante, bien es cierto que en el tipo penal sometido por nosotros a estudio, la conducta recae

⁸⁴(...continuación)
estafa, cit., p. 571; LORCA MARTÍNEZ, J., *El fraude en la transmisión de bienes*, cit., p. 67; VALLE MUÑIZ, J.M., *El delito de estafa*, cit., p. 276; VIVES ANTÓN, T.S. en VIVES ANTÓN, T.S. y otros, *Derecho Penal. Parte Especial*, cit., p. 923.

⁸⁵ Ejemplos tomados de BUSTOS RAMÍREZ, ult. cit., p. 230.

⁸⁶ Cfr. nuevamente MUÑOZ CONDE, F., en *Adiciones de Derecho español a JESCHECK, J.J., Tratado de Derecho Penal. Parte General*, vol. I, cit., p. 215.

⁸⁷ DÍAZ PALOS, F., ult. cit., p. 676.

⁸⁸ En el mismo sentido, GONZÁLEZ RUS, J.J., ult. cit., pp. 302 y 303; VALLE MUÑIZ, J.M., ult. cit., p. 277.

Capítulo IV.- Tipo del injusto (III): tipo subjetivo

siempre sobre una cosa -bienes de reconocida utilidad social-. Ahora bien, una de las peculiaridades de esta modalidad respecto de la estafa en general es que, en ésta, lo normal es que no se entregue nada, a diferencia de lo que sucede en el número primero del artículo 529, en donde el perjuicio consiste en una especie de "compensación patrimonial incompleta", como producto de una relación bilateral subyacente⁸⁹. Por este motivo, se falta a la precisión si se circunscribe el ánimo de lucro a la apropiación de una cosa cuando, realmente, la dinámica comisiva no se singulariza por dicha apropiación -característica, por otro lado, que sí concurre en otros tipos penales como el hurto-.

Resulta paradójico que el propio BAJO FERNÁNDEZ⁹⁰ también caracteriza a esta modalidad defraudatoria en los términos expuestos anteriormente.

⁸⁹ Cfr. GONZÁLEZ RUS, J.J., ult. cit., pp. 314 y ss. Entrecorramos el término compensación patrimonial por lo ya dicho al respecto [vid. supra el apartado 2.3.2.2.3) del Capítulo II].

⁹⁰ Vid. BAJO FERNÁNDEZ, M., «Estafa de cosas de primera necesidad», cit., p. 1217, criterio que vuelve a reiterar en la última edición de su Manual (delitos patrimoniales y económicos), ob. cit., p. 310.

Capítulo IV.- Tipo del injusto (III): tipo subjetivo

En todo caso, lo anterior no es sino el reflejo de algo que se ha puesto de manifiesto de forma reiterada, y es la escasa atención dedicada al ánimo de lucro⁹¹.

Al margen de las anteriores consideraciones es necesario aún hacer algunas puntualizaciones. Así, hay que tener en cuenta que el lucro pretendido puede serlo para sí mismo o para otro⁹², aspecto que cobra especial relieve en determinados supuestos de estafas a los consumidores que han merecido nuestra atención. Es el caso, por ejemplo, de la defraudación mediante publicidad engañosa. En su momento concluimos el análisis de problemas concretos en sede de autoría⁹³ sosteniendo que el comerciante o el publicista pueden ser coautores ejecutivos del número 1º del artículo 14 en relación al artículo 528, dado que pueden tomar parte directa en el engaño a los consumidores y *se lucran con ello*, matiz importante pues, como afirma JESCHECK, "en la coautoría los elementos subjetivos requeridos por el tipo deben

⁹¹ Cfr. GONZÁLEZ RUS, J.J., ult. cit., p. 302; VALLE MUÑIZ, J.M., ult. cit., p. 276; GUTIÉRREZ FRANCÉS, M.L., ult. cit., pp. 570 y 571.

⁹² Cuestión no sólo indubitada hoy, dada la previsión expresa contenida en el artículo 528, sino, incluso, antes de la Reforma de 1983 (vid., en este sentido, ANTÓN ONECA, J., «Las estafas y otros engaños», cit., p. 14; CUELLO CALÓN, E., *Derecho Penal. Parte Especial*, t. II, vol. II, cit., p. 932; así como la Sentencia del Tribunal Supremo de 7 de julio de 1981 [RA. 660]).

⁹³ Vid. *supra* el apartado 2.3.3) en el Capítulo III.

Capítulo IV.- Tipo del injusto (III): tipo subjetivo

concurrir en todos los sujetos, ya que sólo tiene lugar una imputación recíproca entre los coautores respecto de los elementos del tipo objetivo"⁹⁴.

Otra cuestión es la relativa a la valoración del ánimo de lucro, mostrándose la doctrina unánime⁹⁵ a la hora de afirmar que dicha valoración hay que hacerla desde el punto de vista del agente, dado el carácter subjetivo de este elemento, lo que conduce a una valoración individualizada -caso por caso-.

Otra puntualización va dirigida al problema probatorio. Dado que se trata de un elemento subjetivo, resulta obvio que nunca se podrá contar con las denominadas «pruebas plenas»⁹⁶. Sin embargo, el cambio operado en la jurisprudencia como consecuencia de la reforma del artículo primero del Código Penal, en punto

⁹⁴ JESCHECK, J.J., *Tratado de Derecho Penal. Parte General*, vol. I, cit., p. 436; *ibidem*, vol. II, p. 941.

⁹⁵ Cfr. RODRÍGUEZ DEVESA, J.M., *El hurto propio*, cit., p. 186; DÍAZ PALOS, F., «Ánimo de lucro», cit., p. 675; ANTÓN ONECA, J., «Las estafas y otros engaños», cit., p. 14, el cual cita a MEZGER y DAHM, que apelan, incluso, a la moral y a la concepción jurídica popular, respectivamente. Se suman a esta posición GONZÁLEZ RUS, J.J., *Los intereses económicos de los consumidores. Protección penal*, cit., p. 304; VALLE MUÑIZ, J.M., *El delito de estafa*, cit., p. 276; GUTIÉRREZ FRANCÉS, M.L., *Fraude informático y estafa*, cit., p. 572.

⁹⁶ Vid. CORTÉS DOMÍNGUEZ, V. en CORTÉS DOMÍNGUEZ, V. y otros, *Derecho Procesal. Proceso Civil*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1993, pp. 159 y ss.

Capítulo IV.- Tipo del injusto (III): tipo subjetivo

a fundamentar la existencia del ánimo de lucro, puede no salvar determinadas objeciones.

Es evidente que puede considerarse un avance plausible la variación que ha tenido lugar -acudir a la «prueba por indicios» en detrimento de la «prueba por presunciones»⁹⁷-, dado que, como afirma GONZÁLEZ RUS, "se trata de un juicio de valor que los Tribunales habrán de hacer en atención a cuantas circunstancias concurren en la dinámica de los hechos"⁹⁸, sin que deba presumirse por el simple hecho de la apropiación⁹⁹, tal como sostiene una amplia línea jurisprudencial¹⁰⁰.

⁹⁷ Sobre las presunciones, vid., ALMAGRO NOSETE, J., TOMÉ PAULE, J., *Instituciones de Derecho Procesal*, t. I (proceso civil, I), Trivium, Madrid, 1993, pp. 383 y ss.; CORTÉS DOMÍNGUEZ, V., GIMENO SENDRA, V., MORENO CATENA, V., *Derecho Procesal. Proceso Civil*, pp. 159 y ss.; DE LA OLIVA, A., FERNÁNDEZ, M.A., *Derecho Procesal Civil*, t. II, Edersa, Madrid, 1990, pp. 347 y ss.

⁹⁸ GONZÁLEZ RUS, J.J., ult. cit., p. 302. De esta idea participan GUTIÉRREZ FRANCÉS, M.L., ult. cit., p. 570; SERRANO-PIEDRECASAS FERNÁNDEZ, J.R., *La estafa en el contrato de seguro*, cit., p. 153.

⁹⁹ De hecho, un importante sector de la doctrina rechaza la existencia de ánimo de lucro cuando el sujeto se apodera de lo estafado, hurtado, robado o apropiado indebidamente, cuando en estos casos es evidente la existencia de una apropiación (vid., por todos, ANTÓN ONECA, J., «las estafas y otros engaños», cit., pp. 14 y 15).

¹⁰⁰ Sentencias del Tribunal Supremo de 29 de enero de 1986 (RA. 196), 29 de junio de 1987 (RA. 5023), 10 de octubre de 1988 (RA. 7903), 14 de enero (RA. 32) y 16 de marzo (RA. 2670) de 1989 y 1 de marzo (RA. 1719) y 3 de julio (RA. 5524) de 1991.

Capítulo IV.- Tipo del injusto (III): tipo subjetivo

Ahora bien, la prueba de indicios no puede ser en ningún caso un «cheque en blanco», por así decir, a los Tribunales, de suerte que la necesidad de motivación tiene que estar presente en todo momento. Precisamente, la diferencia esencial entre ambos tipos de pruebas radica en la citada obligación de razonar, pues de lo contrario, las pruebas indiciarias quedarían reducidas a un papel de encubrimiento de la presunción y, desde esta perspectiva, no se acertaría a ver una diferencia sustancial en orden al resultado material entre "se presume que" y "se induce que"¹⁰¹.

Por último, en cuanto a la posibilidad apuntada por ANTÓN ONECA¹⁰² en orden a que la mejora pueda tener carácter definitivo o temporal, la doctrina que se ha

¹⁰¹ Vid. BAJO FERNÁNDEZ, M., «Presunción de inocencia, presunción legal y presunción judicial o prueba de indicios», *La Ley*, t. I, 1991, pp. 972 y ss.

Este «temor» no es en absoluto gratuito, como lo prueba la polémica surgida con ocasión de la Sentencia del Tribunal Constitucional de 26 de abril de 1990, en relación a la presunción de certeza de las actas de Inspección realizadas por funcionarios de la Administración, también duramente criticada por BAJO FERNÁNDEZ, ult. cit., pp. 970 y ss.. En la misma línea, PARADA VÁZQUEZ, R., «Estudio preliminar» en LOZANO, B., *La extinción de las sanciones administrativas y tributarias*, Marcial Pons, Madrid, 1990, pp. 12 y ss. En general, AGUADO CUDOLÁ, V., *La presunción de certeza en el Derecho Administrativo Sancionador*, Civitas y Escuela de Administración Pública de la Generalidad de Cataluña, Madrid, 1994.

¹⁰² Vid. ANTÓN ONECA, «Las estafas y otros engaños», cit., p. 14.

Capítulo IV.- Tipo del injusto (III): tipo subjetivo

ocupado del tema se muestra partidaria de la misma¹⁰³, si bien es cierto que respecto de nuestro tipo penal en concreto, en la medida en que el perjuicio debe producirse por una alteración en las cualidades de un bien determinado, la mejora siempre será definitiva. No son imaginables supuestos en donde se pueda alterar la sustancia, calidad o cantidad de un bien de reconocida utilidad social de forma temporal, pues en el preciso momento en que se produzca el perjuicio hay que entender consumado el delito¹⁰⁴, independientemente de las devoluciones que pueda realizar posteriormente el sujeto, que sólo tendrán relevancia de cara a la responsabilidad civil.

En conclusión, «ánimo de lucro» significa que sólo serán relevantes aquellas conductas que persigan la obtención de un beneficio injusto, entendiendo por éste cualquier beneficio o ventaja (no tiene que reducirse a la apropiación de la cosa) de carácter patrimonial (valorable económicamente). Además, el lucro puede ser para sí o para otro, debiéndose valorar, en todo caso, de

¹⁰³ Cfr. ZUGALDÍA ESPINAR, J.M., *Los delitos contra la propiedad y el patrimonio*, cit., pp. 108 y ss., y la bibliografía allí citada.

¹⁰⁴ Recordemos que la lesión de la seguridad del tráfico la hemos construido como bien jurídico complementario.

Capítulo IV.- Tipo del injusto (III): tipo subjetivo

manera individualizada, caso por caso. Por último, aunque no hay inconveniente dogmático en admitir la mejora exclusivamente temporal, en nuestro caso siempre tendrá carácter definitivo.

CAPÍTULO V.- CONCLUSIONES

I

Subyace en la estafa un «interés patrimonial» de carácter individual claramente definido, que es merecedor de tutela jurídico-penal en la medida en que representa una condición necesaria para el desarrollo del sistema con relevancia constitucional, concretada dicha condición en una forma de participación del individuo en los procesos de interacción social (el individuo participa socialmente con su patrimonio, de manera que el ataque a ese patrimonio disminuye sus posibilidades de participación).

De la relevancia constitucional de esa condición necesaria y de su concreción tampoco existen dudas, pues basta con fijarse, entre otros, en los artículos 33 y 38 de la Constitución de 1978.

II

Cuando ese interés patrimonial individual es formalizado -juridificado-, el término que expresa correctamente el bien jurídico protegido es «patrimonio».

III

Partiendo de que la lesión del patrimonio consiste en una disminución económica, éste debe ser entendido no como suma de elementos sino como unidad, integrado por todos aquellos bienes que sean valorables económicamente y que gocen, respecto del titular, de al menos una aparente vinculación jurídica.

IV

Dentro del sistema competitivo de economía de mercado, junto con los que ofrecen bienes y servicios se encuentran los que los adquieren o usan -los consumidores o usuarios-, provocando estos últimos todo un movimiento de protección debido al reconocimiento del desequilibrio existente entre los dos grupos, hasta el punto que se hace referencia a ellos como a la «parte débil» de las relaciones de consumo.

V

Ese movimiento de protección explicita que el propio sistema no puede corregir, por sí mismo, las disfuncionalidades que se originan en su seno, y se

traduce en un conjunto normativo que si bien tiene como fin último el interés en el correcto funcionamiento del sistema competitivo de economía de mercado (en la medida en que es necesario para lograr la libertad e igualdad material de los individuos), un subconjunto de sus normas tiene como objetivo inmediato la «tutela de los intereses de consumidores», atacados en demasiadas ocasiones por el enfrentamiento con los intereses de los que ofrecen los bienes y servicios (se constata la necesidad de establecer mecanismos de protección de los intereses de los consumidores y usuarios distintos de los que tienden a tutelar los intereses de los empresarios).

VI

Dado que los intereses de los consumidores y usuarios son de muy diversa índole (artículo 51 de la Constitución), deben ser objeto de tutela de forma diferenciada, lo que a su vez implica que, en la medida en que nos situamos en el ámbito de la estafa, los intereses objeto de atención inmediata son los denominados económicos y sociales.

VII

La consagración constitucional de la protección de los consumidores -artículo 51- supone la necesidad de abordar dicha tutela desde una perspectiva global -mercantil, civil, administrativa, penal, etc.-, si bien, debido al «principio de intervención mínima» como límite del Ius Puniendi en un Estado social, aquel subconjunto normativo que tiende a garantizar la libertad de decisión de los consumidores en un sistema de mercado se debe desarrollar, primeramente, en ámbitos distintos al Derecho Penal.

VIII

El análisis de los criterios político-criminales que determinan la intervención del Derecho Penal (importancia del interés protegido, gravedad del ataque frente al que se emplea y vigencia de los principios que rigen su intervención) arroja como resultado la necesidad del despliegue de su actuación frente a determinadas conductas que disminuyen o impiden la participación de los consumidores en el sistema económico.

IX

La búsqueda de una expresión que de forma sintética refleje el interés digno de tutela penal hay que llevarla a cabo a partir de la constatación de que los consumidores (que ostentan tal condición permanentemente, no en el preciso momento de contratar) quieren y exigen que los procesos de interacción social estén presididos por una confianza, una seguridad; y que la quiebra de dicha confianza no afecta a un individuo en concreto, sino a los consumidores en general, que ponen en tela de juicio el marco de esas relaciones (las posibilidades de participación en las relaciones de consumo no hay que entenderla sólo en un sentido dinámico, sino también viviendo en la seguridad de la buena marcha de las relaciones sociales), de suerte que el hecho de que se produzcan estafas en el ámbito de la contratación de bienes y servicios provoca, inevitablemente, una quiebra de la seguridad en las relaciones de consumo.

De lo anterior se infiere que aquella expresión sintética puede ser «seguridad del tráfico económico-jurídico», interés necesario dado que la falta de seguridad en el tráfico disminuye las posibilidades de participación de los individuos en el sistema social.

X

La constatación de la existencia de un interés distinto al patrimonial individual que es lesionado -o puesto en peligro- por conductas defraudatorias en el ámbito de las relaciones de consumo, apunta hacia el carácter colectivo de esta expectativa, lo que queda corroborado por su adecuación a la estructura de los «intereses colectivos o difundidos» (encaja en el concepto y en las características propias de la titularidad, afectación, significado y objeto).

XI

A pesar de la verificación del carácter pluriofensivo de la conducta típica de la estafa, el interés colectivo afectado no se encuentra juridificado en el «tipo básico», construido exclusivamente en torno a la lesión patrimonial, sin tener en cuenta en el proceso de juridificación de los intereses en juego la afectación de ese otro interés difundido distinto al patrimonial individual.

XII

La estafa que recae sobre un bien de reconocida utilidad social (cualidad de determinados bienes de consumo) y que afecta a múltiples individuos (propio de las actuales relaciones de consumo masivas) provoca, sin lugar a dudas, un quebranto económico; pero también genera un gran «problema social», el cual encuentra su fundamento en la afectación de la confianza en el tráfico económico-jurídico, perdiendo éste su requisito básico, la seguridad.

XIII

Debido a que junto al interés patrimonial individual se afecta un interés colectivo, el legislador establece una especial cualificación, de suerte que el «fundamento» del tipo referido en el inciso final del párrafo segundo del artículo 528 no hay que buscarlo en una mera suma de razones (importancia del objeto sobre el que recae la defraudación en el artículo 529.1º y un fraude colectivo generador de un problema social en el 529.8º), sino que ambas conforman una nueva razón, la existencia de un segundo bien jurídico protegido.

XIV

La tesis sostenida tiene perfecto encaje en la redacción del tipo especialmente cualificado de estafa dada por la reforma del Código Penal de 1983, de suerte que no existe obstáculo legislativo alguno, debiendo situar todas las objeciones que se puedan formular en sede de interpretación.

Consecuencia de lo anterior, deben abandonarse los criterios tradicionales de interpretación, obsoletos en cuanto inadecuados a la realidad típica actual.

XV

Si se justifica un tipo muy agravado con base en los números 1º y 8º del artículo 529 debido al carácter pluriofensivo del delito, no se encuentran razones que justifiquen esa especial cualificación cuando concurren los números 7º y 8º, pues el artículo 529.7º no es más que un criterio corrector en la valoración del resultado, criterio en sí mismo válido si se sostiene que el tipo del injusto tiene un contenido mixto (objetivo-subjetivo) que comprende tanto la valoración interna de la conducta prohibida (desvalor de acción), como la materialización

Capítulo V.- Conclusiones

de la misma -la lesión o puesta en peligro del bien jurídico- (desvalor del resultado); pero no es acorde una especial cualificación cuando el delito es monoofensivo, como lo sigue siendo una estafa especialmente grave atendiendo al valor de la defraudación (7º) y en el que resultan múltiples perjudicados (8º).

Consecuencia de lo anterior, debe rechazarse la especial agravación contenida en el artículo 243.2 del Proyecto de Código Penal de 1994 (conurrencia de las circunstancias 1ª y 6ª).

XVI

No existen obstáculos para sostener la capacidad de una norma tuteladora del patrimonio para proteger igualmente intereses colectivos, pues la pluriofensividad no justifica, por sí misma, la criminalización en figuras autónomas.

XVII

La inclusión del tipo especialmente cualificado de estafa dentro de la categoría de «delitos socio-económicos» depende de lo que se entienda por estos

últimos, pero teniendo en cuenta que la pérdida de univocidad y precisión exigibles en la labor conceptual no es una objeción que se pueda formular exclusivamente contra la concepción amplia de delito socio-económico, sino que igualmente puede ser predicable de la concepción estricta.

Siendo un tema abierto en el seno de la dogmática penal, cualquier intento de cerrar el debate debe tener en consideración la función social que cumple la propiedad por mandato constitucional (artículo 33), sin pretender desvincular lo macrosocial de lo microsocial (artículo 9.2 de la Constitución).

Con base en los anteriores motivos podría considerarse plausible la no distinción que hace el Proyecto de Código Penal de 1994 entre delitos contra el patrimonio y delitos contra el orden socioeconómico.

XVIII

Siendo el objeto material un «bien», por éste hay que entender aquello que, respecto de un sujeto, le satisface una necesidad, es valorable económicamente y la relación con él goza de tutela jurídica.

XIX

Del análisis semántico de la expresión "cosas de primera necesidad, viviendas u otros bienes de reconocida utilidad social" se deduce que el «objeto material» son los bienes reconocida utilidad social. Además, dado que las necesidades de los individuos varían en función de cada momento histórico, la expresión "reconocida utilidad social" participa de un carácter dinámico, fluctuando de acuerdo con lo que en cada momento se reconozca como socialmente útil.

XX

Dada, por un lado, la imposibilidad de establecer de forma agotadora por vía legislativa el catálogo de bienes de reconocida utilidad social y, por otro lado, la inutilidad de los criterios vigentes en otros ámbitos (caso de la Sociología del Consumo), la inclusión de un bien en la categoría "reconocida utilidad social" queda en manos del arbitrio judicial, si bien tomando en consideración los siguientes extremos: primero, la calificación concreta queda sometida a unos «criterios básicos» (1. sólo lo serán aquellas cosas que sean precisas, de acuerdo con el criterio colectivo, para un

Capítulo V.- Conclusiones

mejor de desarrollo del conjunto de las personas, tomadas éstas tanto individual como colectivamente; 2., no todo bien puede recibir tal consideración en términos absolutos, sino que debe relativizarse en función de sus necesidades; y 3., la concurrencia de específicas circunstancias coyunturales pueden determinar la inclusión de un bien en dicha categoría).

Segundo, la intervención del «arbitrio judicial» debe entenderse imprescindible al tratarse de un concepto jurídico indeterminado.

Tercero, es preciso que un Estado social y democrático de Derecho confíe en sus órganos judiciales, teniendo en cuenta que esa confianza no es absoluta (existencia de un sistema de recursos y de un conjunto de principios que informan de manera efectiva la actuación de tales órganos).

Delimitado el objeto material en los términos expuestos, en lo que ahora concierne debe suprimirse del número 1º del artículo 243.1 del Proyecto de Código Penal de 1994 la referencia a las cosas de primera necesidad y las viviendas.

XXI

En la medida en el artículo 529 contiene tipos meramente cualificados o agravados y no tipos autónomos o independientes, deben concurrir todos los elementos contenidos en el tipo básico: una conducta típicamente antijurídica (el engaño idóneo) y un resultado (el acto de disposición lesivo) imputable objetivamente a aquélla.

XXII

La «conducta» (cuyo juicio de idoneidad debe realizarse conforme a criterios subjetivos, si bien se trata de una idoneidad en abstracto, debido a que se está ante un «sujeto pasivo masa»), de acuerdo con los criterios de interpretación de la norma penal (gramatical, sistemático, histórico y teleológico) y conforme a la jurisprudencia, no tiene que quedar reducida a una forma concreta ("alterando"), sino que puede ser cualquiera (siempre que sea bastante e inductora de una disposición perjudicial).

Por esos motivos debe considerarse acertada la formulación contenida en el número 1º del artículo 243

del Proyecto de Código Penal de 1994 en lo tocante a este aspecto ("cuando recayere...").

XXIII

En la medida en que la conducta no queda vinculada a una forma determinada y, por ende, caben otras formas engañosas, se podría entender que se asiste a una ampliación del «ámbito de punición» (aunque en realidad dicha ampliación sólo tiene lugar si se compara con el ámbito establecido conforme a la interpretación tradicional); lo que a su vez supone una mayor tutela de los intereses económicos y sociales de los consumidores y usuarios. Por todo ello cobra nuevamente sentido la tesis de que muchos problemas de subsunción de conductas en el tipo tienen un origen meramente interpretativo y no legislativo, en una suerte de fiel salvaguardia del principio de legalidad.

XXIV

Las relaciones de consumo revisten normalmente una forma contractual, motivo por el cual el tipo especialmente cualificado es una modalidad de «estafa

contractual», si bien, como en toda estafa, deben concurrir todos los elementos típicos.

XXV

La «conducta en las estafas contractuales» se configura como conducta engañosa dirigida a captar maliciosamente el consentimiento de la otra parte contratante, motivo por el cual el engaño debe estar presente en la fase de preparación o formación del contrato, antes de la celebración del mismo.

XXVI

La distinción jurisprudencial en el seno de los «contratos civiles o mercantiles criminalizados» entre intención o engaño inicial de no cumplir, y conocimiento previo de no poder cumplir con la prestación prometida, carece de virtualidad práctica, pues son formas concretas de manifestarse el engaño, al margen de que tiende a confundir, con carácter general, entre engaño -elemento objetivo- y dolo -elemento subjetivo-.

XXVII

Al hilo de lo anterior, la distinción entre «ilícito civil y estafa» se basa en criterios de tipicidad, una vez constatada la afectación del bien jurídico (si es posible la subsunción de un hecho en el tipo es porque se ha producido la lesión -o puesta en peligro- del bien jurídico). En concreto, se justifica plenamente la calificación como estafa de las conductas objeto de estudio en la medida en que se lesiona, además del patrimonio, un bien jurídico colectivo, concurriendo los distintos elementos que configuran el tipo del injusto.

XXVIII

En los casos en que los sujetos pasivos hayan podido comprobar, al menos aparentemente, el objeto de contratación, el problema de tipicidad que pueda plantearse debe resolverse de acuerdo al juicio de idoneidad de la conducta engañosa (no es dogmáticamente correcto afirmar desde un inicio la irrelevancia del hecho aduciendo la inexistencia de perjuicio).

Tampoco puede sostenerse la irrelevancia amparándose en la «falta de diligencia de los adquirentes», olvidando

que el juicio de desvalor de la acción recae sobre la conducta del sujeto activo -el comerciante- y no sobre la de los sujetos pasivos -los consumidores-.

En todo caso, dado que los consumidores adquieren variadísimos productos, no les es exigible un conocimiento específico de cada uno de ellos.

XXIX

En el ámbito de las relaciones de consumo pueden destacarse como principales medios engañosos constitutivos de delito las falsedades y el denominado delito alimentario nocivo. Junto a ellos cobra especial significado la publicidad engañosa.

XXX

Las «falsedades documentales», que suelen tener lugar en el ámbito de las estafas inmobiliarias, pueden tener por objeto un documento público (no existiendo una respuesta unívoca ni doctrinal ni jurisprudencialmente -concurso de leyes, concurso de delitos, negación de todo problema concursal-), o un documento privado (concurso medial).

XXXI

Las «falsedades de sellos y marcas», que pueden tener lugar en el seno de las estafas alimentarias, pueden ir referidas a sellos y marcas utilizados por empresas para distinguir sus productos (concurso real), o a la sustitución del sello o marca del verdadero fabricante por otro (no existiendo tampoco una respuesta clara al concurso que se plantea -real o ideal-).

XXXII

Es perfectamente dable un supuesto de comisión de un «delito alimentario nocivo» como medio idóneo para cometer una estafa colectiva, siendo unánime la respuesta de la doctrina y la jurisprudencia a este problema concursal (concurso ideal de delitos).

XXXIII

Dado que el marco de la investigación son las relaciones de consumo, en éstas cobra especial significado la actividad publicitaria, pues la práctica totalidad de la actividad de contratación de bienes y

servicios se desarrolla hoy mediatizada por anuncios publicitarios.

XXXIV

Una de las formas de engañar al público consumidor y atraerlo hacia la adquisición fraudulenta de un bien de reconocida utilidad social es mediante la «publicidad engañosa», pudiendo ser ésta, en general, un medio idóneo en cuanto que el principio de veracidad, que es el conculcado por esta modalidad de publicidad ilícita, comprende no sólo la publicidad absoluta o parcialmente falaz, sino también la publicidad que, siendo exacta en un plano abstracto, es engañosa por inducir a error a los consumidores.

XXXV

La actividad publicitaria puede ser un medio idóneo siempre y cuando las cualidades del producto hayan sido especificadas, en cuyo caso no es de aplicación la agravante 4ª del artículo 10 con base en el principio de inherencia -artículo 59-.

XXXVI

No se puede pretender calificar un anuncio engañoso como delito de estafa, pues el anuncio en sí no puede ser nunca constitutivo de tal delito, en la medida en que precisa, entre otros elementos, de un resultado imputable objetivamente a la conducta.

XXXVII

De las cuatro modalidades de publicidad engañosa, en concreto tres de ellas pueden ser sometidas al juicio de idoneidad de la conducta (ninguna de las notas que las definen son un obstáculo): la exageración publicitaria, la publicidad encubierta y la de tono excluyente.

No se admite, de entrada, la publicidad engañosa por omisión debido a las múltiples objeciones que se plantean en torno a la reconocimiento de la comisión por omisión en la estafa en general.

XXXVIII

En principio, otras modalidades de publicidad ilícita (la publicidad desleal y la subliminal) pueden

ser igualmente idóneas para la comisión de una defraudación.

XXXIX

El «resultado patrimonial» viene constituido por una disposición lesiva, de forma que el acto de disposición y el perjuicio no son dos elementos distintos, aunque razones didácticas justifican un estudio diferenciado.

XL

Las notas que delimitan el «acto de disposición» en el tipo especialmente cualificado son: una forma activa, los disponentes son normalmente los perjudicados, el objeto es generalmente dinero, y los consumidores suelen ser conscientes del acto de disposición, aunque no es exigible que lo sean de las verdaderas consecuencias de dichos actos.

XLI

El «perjuicio» viene determinado en el propio tipo penal (los actos de disposición de los perjudicados son lesivos para el patrimonio de cada uno de ellos en la

medida en que, en contra de lo pactado, van a recibir un bien de reconocida utilidad social alterado en su sustancia, cantidad o calidad).

XLII

Por «alteración» debe entenderse el cambiar, modificar o variar la esencia (sustancia) o forma (cantidad y calidad) de una cosa (bien de reconocida utilidad social) produciendo un detrimento patrimonial.

XLIII

Dado que la disposición que realizan los consumidores tiene lugar en el seno de una relación contractual, la identificación del perjuicio patrimonial hay que situarla en dicho ámbito, si bien la «forma contractual» es variada (compraventa, depósito irregular -en las estafas de anticipo-, contrato de seguro, etc.), excluyéndose los «actos de liberalidad».

XLIV

Dado que, por un lado, el perjuicio viene dado por la valoración del patrimonio antes y después del acto

dispositivo (concepción del patrimonio como unidad) y, por otro lado, que el problema de la compensación patrimonial hay que resolverlo conforme a la concepción objetivo-individual (valoración económica más circunstancias individuales -caso de las necesidades y fines de cada engañado-, rechazándose el criterio puramente objetivo en la medida en que conduce a la afectación constante de la seguridad de las relaciones jurídico-económicas), el perjuicio patrimonial puede cifrarse: bien en el valor total de la disposición efectuada (si el bien recibido no cubre las necesidades de los consumidores y no responde al fin por el que se adquirió), o bien en la diferencia entre la prestación y la contraprestación (si lo recibido cubre, aunque sólo sea parcialmente, las necesidades de los adquirentes).

El que la solución final dependa del caso concreto no es atentatorio del principio de legalidad, en cuanto que lo esencial es la existencia de unos criterios predefinidos y no dejados al albur.

XLV

En la medida en que son dables en el ámbito de las relaciones de consumo estafas sobre «negocios sin causa

o con causa ilícita», no existen obstáculos dogmáticos para su admisibilidad.

XLVI

La alteración como forma del perjuicio patrimonial debe afectar a determinadas «cualidades del objeto material»: la sustancia (ser, esencia, naturaleza de las cosas; en sentido figurado, aquello que en cualquier cosa constituye lo más importante o esencial), la calidad (propiedad o conjunto de propiedades inherentes a una cosa, que permiten apreciarla como igual, mejor o peor que las restantes de su especie) y/o la cantidad (propiedad de lo que es capaz de número y medida y puede ser mayor o menor que algo con lo que se compara).

En todo caso se hace necesario manejar conceptos amplios, pues los bienes complejos (v. gr. las viviendas) pueden presentar dificultades a la hora de determinar lo que debe entenderse, sobre todo, por sustancia de los mismos.

El Proyecto de Código Penal de 1994 elude acertadamente los problemas derivados de la conceptualización de estos términos -y las consecuencias

que genera- omitiendo toda referencia a los mismos (número 1º del artículo 243.1).

XLVII

En las «estafas inmobiliarias» (uno de los principales campos donde se producen fraudes colectivos a los consumidores), el perjuicio en la calidad se concreta, principalmente, en los defectos de construcción, calidad de los materiales empleados en la construcción y en la localización, vistas y características similares.

El detrimento en la cantidad se refiere, fundamentalmente, a las dimensiones de la edificación.

De los posibles perjuicios en la sustancia hay que excluir, en orden al tipo especialmente cualificado: las denominadas «estafas de anticipo» (caracterizadas porque no existe contraprestación alguna, y toda interpretación tiene como límite el sentido literal posible, cuando el verbo alterar exige la permanencia de algo), las estafas sobre servicios comunes y/o complementarios (no participan de la consideración de bienes de reconocida utilidad social y no son dependencias), y las segundas

viviendas (una casa para pasar las vacaciones o los fines de semana no puede recibir la consideración de bien de reconocida utilidad social y participar de la especial protección penal establecida en el artículo 529).

En general, se advierte la necesidad de un mayor control por parte de la Administración.

Debido a la controversia generada por el gerundio "alterando" incluido en la vigente redacción del artículo 529.1º, se estima acertada, en lo que a esto se refiere, la redacción dada al precepto en el Proyecto de Código Penal de 1994, si bien otra opción era tomar la redacción del párrafo 1º del artículo 346 ("alterando u omitiendo").

XLVIII

En las «estafas alimentarias» (otro de los campos abonados para la comisión de fraudes colectivos a los consumidores), el perjuicio en la sustancia se produce cuando se altera, bien la naturaleza misma del alimento o bien sus cualidades esenciales.

Capítulo V.- Conclusiones

La variación de la calidad se refiere a las normas de composición (ingredientes y aditivos), denominación de origen, nombre del fabricante o del producto, modalidad de elaboración (artesanal o industrial), etc.

Los perjuicios en la cantidad suelen concretarse en el peso o volumen.

Al igual que en las estafas inmobiliarias, un mayor despliegue de la actividad de policía de la Administración evitaría, de seguro, un considerable número de estafas alimentarias.

XLIX

Las «estafas en el contrato de seguro» (fraudes cometidos por el asegurador del que resultan perjudicados el asegurado, tomador o beneficiario provocados por una intencionada redacción confusa de las cláusulas contractuales) son susceptibles, en principio, de subsumirse en el tipo especialmente cualificado de estafa atendiendo al uso generalizado de los contratos de adhesión y a la posibilidad de calificar determinadas modalidades de seguros como socialmente útiles (v. gr.

Capítulo V.- Conclusiones

los seguros por cuenta ajena de prestaciones complementarias a la Seguridad Social).

El perjuicio en la cantidad viene determinado por el valor de la contraprestación a que viene obligada la compañía aseguradora a entregar en el momento de actualización del riesgo, y que evita su cumplimiento, total o parcial, mediante la introducción de cláusulas confusas limitativas del derecho a recibir la citada contraprestación.

El perjuicio en la calidad se refiere a las prestaciones a que tienen derecho a recibir los asegurados y que, a resultas de la confusa redacción, no perciben, o perciben parcialmente.

L

Las «ventas por catálogo» pueden, en principio, ser subsumibles en el tipo especialmente cualificado de estafa en la medida en que se trata de adquisiciones masivas que pueden tener por objeto bienes de reconocida utilidad social.

Capítulo V.- Conclusiones

Desde otros ordenamientos distintos al penal (fundamentalmente desde el Derecho Mercantil) se establecen, en principio, suficientes mecanismos de protección de los intereses de los consumidores en esta modalidad de venta, aunque si devienen ineficaces, en ese caso podría constatarse un perjuicio penalmente relevante, debiéndose acudir a los criterios generales para su concreta determinación.

LI

Si se habla de puesta en peligro de un «bien jurídico colectivo» es porque es posible hablar de su lesión, si bien el concepto de lesión de un bien jurídico colectivo debe construirse sobre parámetros distintos a los de un bien jurídico individual.

LII

Existen muy serias objeciones (v. gr. vulneración de los principios de presunción de inocencia, exclusiva protección de bienes jurídicos, ofensividad y proporcionalidad) y dudas (v. gr. si no se trata de un mecanismo para elevar a la categoría de delito simples

infracciones administrativas) en torno a la técnica del peligro abstracto que aconsejan no hacer uso de ella.

LIII

El criterio de la posible «lesión de un bien jurídico colectivo» no está exento de dificultades dogmáticas, aunque identificados nítidamente los intereses en juego e individualizado el conflicto que puede originar el prevalimiento de unos intereses sobre otros, nada empece sostener la virtual lesión.

LIV

Dado el carácter patrimonial del delito de estafa, el carácter complementario del bien jurídico colectivo y la naturaleza de delito de lesión y de daño, la «consumación» tiene lugar en el momento en que se produzca el resultado lesivo real y efectivo del patrimonio.

LV

En la medida en que el tipo de estafa objeto de investigación es una «modalidad de estafa contractual»,

el perjuicio y, por ende, la consumación tiene lugar en el momento de la efectiva ejecución de las prestaciones debidas de acuerdo con lo contratado, momento en el que se produce el perjuicio para la parte engañada.

LVI

Una vez constatado el perjuicio y, por tanto, consumado el delito, no cabe ninguna exigencia ulterior, motivo por el que carece de relevancia la efectiva obtención del beneficio pretendido.

Es igualmente irrelevante la posterior recuperación del dinero, o su devolución total o parcial.

LVII

La «tentativa» aparece en el momento en que tiene lugar el engaño, sin que se produzca el acto de disposición perjudicial.

LVIII

La «frustración» tiene lugar cuando habiéndose realizado el acto de disposición, no se produce el perjuicio.

LIX

Deben ser considerados «actos preparatorios» todas aquellas conductas tendentes a preparar los instrumentos y ficciones que van a ser utilizados como medios para disuadir al engañado, y que aparezcan en un momento anterior a la tentativa.

LX

El dato que condiciona la apreciación del «artículo 529.7º» como elemento accidental del tipo es el valor de la defraudación.

El concepto "valor de la defraudación" no supone una constatación del tradicional sistema de cuantías, aunque se construye sobre valoraciones económicas exclusivamente.

LXI

La agravación del artículo 529.7º puede concurrir igualmente en los casos en los que los "perjuicios causados sean de especial consideración", existiendo muy diversas razones para tal entendimiento.

La referencia al perjuicio irrogado supone dar entrada a una valoración más personalizada, pero siempre con carácter objetivo.

En los perjuicios causados se incluyen otras lesiones patrimoniales no constitutivas de delito distinto y valorables económicamente, excluyendo el lucro cesante.

Por los motivos expuestos se considera acertada, en lo que a este punto concierne, la redacción dada al número 6º del artículo 243.1 del Proyecto de Código Penal de 1994 ("cuando revistiere especial gravedad, atendiendo al valor de la defraudación, a la entidad del perjuicio...").

LXII

Los «números 7º y 5º del artículo 529» tienen diferentes campos de actuación, pues éste último se refiere, exclusivamente, al estado económico en que queda la víctima a resultas del perjuicio producido (el número 5º atiende a la situación posterior de la víctima, y el 7º a circunstancias coetáneas a la comisión del delito).

Teniendo diferente contenido, poseen igualmente distinta naturaleza (el artículo 529.5º es de carácter subjetivo, y el 529.7º de carácter objetivo).

El Proyecto de Código Penal de 1994 engloba en una misma circunstancia (el antecitado número 6º) las actuales 5ª y 7ª, lo que tal vez no contribuya de forma efectiva a su diferenciación.

LXIII

Debido a que el tipo penal objeto de la investigación es un tipo dependiente del tipo básico (tipo cualificado), «sujeto activo» puede ser cualquiera.

LXIV

La determinación de la autoría en el caso de «actuaciones en nombre otro» debe resolverse casuísticamente (la estafa es un delito común y, en consecuencia, no le es de aplicación el artículo 15 bis).

LXV

En la medida en que cabe cualquier conducta engañosa (la alteración va referida al perjuicio), «autor» puede ser cualquiera.

Este problema queda resuelto en el Proyecto de Código Penal de 1994 con la redacción dada al número 1º del artículo 243.1.

LXVI

Dado que las nuevas formas de distribución y comercialización de bienes y prestación de servicios precisan, normalmente, de la concurrencia de otros sujetos en una suerte de distribución de funciones, los casos de utilización de un sujeto deben resolverse conforme al expediente de la «autoría mediata» (al

utilizar al comerciante o al publicista, *v. gr.*, como instrumento, el fabricante responde en autoría mediata: ha realizado la conducta descrita en el tipo -dominio del hecho- sirviéndose de otra persona y, por tanto, es autor en sentido estricto).

Los sujetos que conociendo el engaño desarrollen su papel en la cadena de distribución y comercialización, pueden responder como coautores ejecutivos del artículo 14.1º (pueden tomar parte directa en el engaño a los consumidores y lucrarse con ello).

LXVII

En cuanto que uno de los intereses juridificados en el tipo especialmente cualificado de estafa es de carácter colectivo o difundido, aparece la colectividad como sujeto pasivo, si bien equiparada a «consumidores».

El concepto de consumidores hay que entenderlo de forma amplia (incluyendo a los usuarios de servicios y atribuyéndoles tal condición permanentemente -no sólo en el momento de contratar-), aunque sólo reciben tal consideración los que consumen bienes o usan servicios

Capítulo V.- Conclusiones

para la satisfacción de necesidades personales o familiares (uso privado), sin ánimo de lucro.

LXVIII

La expresión "múltiples perjudicados" del artículo 529.8º se refiere a un «sujeto pasivo masivo» (el precepto es un supuesto de «delito masa» donde la acción engañosa va dirigida a una colectividad indeterminada *ex ante*).

LXIX

En principio, los «artículos 529.8º y 69 bis» tienen diferentes campos de actuación: el artículo 69 bis se refiere a múltiples comportamientos y el artículo 529.8º a un sólo comportamiento (el artículo 529 hay que ponerlo en relación al 528, el cual regula el delito de estafa; el 69 bis está destinado a resolver problemas concursales -múltiples hechos-).

Existe una excepción que viene dada porque si junto a una estafa con múltiples perjudicados concurren varias estafas simples, unidas todas por un mismo plan delictivo, la estafa en la que han resultado perjudicadas

muchas personas no puede ser considerada aisladamente, pues entra en una unidad con la otra (se aplica el artículo 69 bis como constatación de la denominada unidad jurídica de delito).

El Proyecto de Código Penal de 1994 acaba, sólo aparentemente, con esta controversia al eliminar el actual número 8º del artículo 529 del catálogo de circunstancias del artículo 243 (no soluciona el conflicto debido a que el artículo 75.2 del Proyecto es una reproducción del actual 69 bis, de suerte que los elementos configuradores siguen siendo la especial gravedad y la existencia de múltiples perjudicados, mientras que el artículo 243.2 construye la especial cualificación con distintos elementos -el objeto material y la especial gravedad-. Además, el artículo 75.2 sigue siendo una regla especial para la determinación de la pena).

LXX

En la configuración del tipo subjetivo hay que distinguir entre «dolo y ánimo de lucro» (este último cumple una función específica de delimitación de las conductas típicas).

LXXI

Carece de relevancia jurídico-penal a los efectos del tipo de estafa la «conducta imprudente» (por inferencia del artículo 565, porque el engaño tiene un carácter marcadamente intencional y por la exigencia de ánimo de lucro).

LXXII

Dado que «dolo» es conocimiento y voluntad de realización de la parte objetiva del tipo del injusto, el conocimiento del autor debe abarcar, además de los elementos del tipo básico, los que configuran el tipo especialmente cualificado.

Por exigencias lógico-materiales, el elemento volitivo debe abarcar el resultado material (bastando con que conozca los demás elementos integrantes del tipo objetivo).

LXXIII

El «error de tipo» invencible sobre un elemento esencial (conformador del tipo básico) da lugar a la impunidad de la conducta [artículo 6 bis a)].

Si es vencible tiene lugar, igualmente, la impunidad de la conducta [el artículo 6 bis a) establece la pena correspondiente al tipo imprudente, que no existe en el tipo de estafa].

LXXIV

El error de tipo invencible sobre un elemento cualificador implica su no toma en consideración y, en consecuencia, se responde por el tipo básico [artículo 6 bis a)].

Si es vencible se responde, así mismo, por el tipo básico (sólo se responde por él ya que no es posible la solución concursal ideal entre el tipo básico doloso consumado y el tipo cualificado imprudentemente consumado, solución que deberá mantenerse de prosperar el Proyecto de Código Penal de 1994, pues no aporta una solución a esta modalidad de error).

LXXV

El «ánimo de lucro» debe ser entendido como mera finalidad o propósito (la consumación no depende de la obtención efectiva del lucro), referido a cualquier provecho o ventaja (no tiene que consistir necesariamente en la apropiación de la cosa) de carácter patrimonial (valorable económicamente).

La valoración debe hacerse individualizada (desde el punto de vista del sujeto).

La mejora pretendida (para sí o para otro), en el tipo de estafa objeto de la investigación, siempre será definitiva (se genera el perjuicio al alterar el bien y, desde ese momento, ya se entiende consumado el delito).

LXXVI

De *lege ferenda*, en la medida en que el tipo especialmente cualificado de estafa es un delito pluriofensivo, el futuro Código Penal que pudiera surgir a partir del Proyecto de Código Penal de 1994 debiera construir un tipo autónomo que, a partir de la definición de estafa contenida en el artículo 241.1, hiciera expresa

Capítulo V.- Conclusiones

referencia a los elementos configuradores del actual tipo muy agravado ("Serán castigados con las penas de prisión de cuatro a ocho años y multa de doce a veinticuatro meses los que, con ánimo de lucro, utilicen engaño idóneo a resultas del cual inducen a múltiples sujetos a realizar un acto de disposición perjudicial que tenga por objeto un bien de reconocida utilidad social"), suprimiendo el contenido dado al artículo 243.2.

BIBLIOGRAFÍA

Bibliografía

ACOSTA ESTÉVEZ, J.B.

1991 «Algunas consideraciones en torno a la protección penal de los consumidores: fraudes alimentarios», *Cuadernos de Política Criminal*, nº 44

AGUADO CUDOLÀ, V.

1994 *La presunción de certeza en el Derecho Administrativo Sancionador*, Civitas y Escuela de Administración Pública de la Generalidad de Cataluña, Madrid

AGUILERA RAMOS, A.

1981 «La protección de los consumidores», *Revista de Derecho Mercantil*, nº 161-162

ALBADALEJO, M.

1989 *Derecho Civil*, II (Derecho de obligaciones), vol. 2º (los contratos en particular y las obligaciones no contractuales), 8ª edic., Librería Bosch, Barcelona

ALMAGRO NOSETE, J.; TOMÉ PAULE, J.

1993 *Instituciones de Derecho Procesal*, t. I (proceso civil, I), Trivium, Madrid

ALONSO, L.E.; CONDE, F.

1994 *Historia del consumo en España: una aproximación a sus orígenes y primer desarrollo*, Debate, Madrid

Bibliografía

ALZAGA VILLAAMIL, O.

1978 *Comentarios a las Leyes Políticas. La Constitución española de 1978*, dirigidos por O. Alzaga Villaamil, Edersa, Madrid

AMORÓS GUARDIOLA, M.

1983 «Las limitaciones de la autonomía de la voluntad según el pensamiento de Federico de Castro», *Anuario de Derecho Civil*, t. XXXVI, fasc. III

ANGEL YAGÜEZ, R. de

1994 «La posición del consumidor y el ejercicio de sus derechos. Daños causados por productos defectuosos», *Estudios sobre el Derecho de Consumo*, 2ª edic., Iberdrola, Bilbao

ANTOLISEI, F.

1992 *Manuale di Diritto Penale. Parte Speciale*, t. I, 10ª edic. revisada y puesta al día por L. Conti, Giuffrè, Milano

ANTÓN ONECA, J.

1954 «Delito continuado», *Nueva Enciclopedia Jurídica*, vol. VI, Francisco Seix (ed.), Barcelona

1957 «Las estafas y otros engaños», *Nueva Enciclopedia Jurídica*, vol. IX, separata, Francisco Seix (ed.), Barcelona

Bibliografía

ARENAS RODRIGÁÑEZ, M.P.

1992 *Protección penal de la salud pública y fraudes alimentarios*, Edersa, Madrid

ARROYO ZAPATERO, L.

1983 «Principio de legalidad y reserva de ley en materia penal», *Revista Española de Derecho Constitucional*, nº 8

1985 «El Derecho Penal económico en la República Federal alemana», Barbero Santos (ed.), *La reforma penal: los delitos socio-económicos*, Servicio de Publicaciones, Facultad de Derecho, Universidad de Madrid, Madrid

1987 *Delitos contra la Hacienda Pública en materia de subvenciones*, Centro de Publicaciones, Ministerio de Justicia, Madrid

AZZALI, G.

1971 «Osservazioni in tema di frodi alimentari», *Problemi penali in tema di frodi alimentari*, edic. a cargo de Nuvolone, Giuffrè, Milano

BACIGALUPO ZAPATER, E.

1965 *La noción de autor en el Código Penal*, Abeledo-Perrot, Buenos Aires

Bibliografía

- 1981 «La distinción entre error de tipo y error de prohibición en el Proyecto de Código Penal de 1980», *La Ley*, t. I
- 1983 «Estafa y abuso de crédito», *La Ley*, t. III
- 1985 «El error sobre los elementos del tipo y el error sobre la antijuricidad o la prohibición», *Comentarios a la legislación penal*, t. V, vol. 1º, Edersa, Madrid
- BAJO FERNÁNDEZ, M.
- 1973 «El Derecho Penal económico. Un estudio de Derecho positivo español», *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, t. XXVI, fasc. I
- 1976 *La realización arbitraria del propio derecho*, Civitas, Madrid
- 1977 «Estafa de abuso de crédito mediante el descuento bancario de "letras vacías" o no comerciales», *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, t. XXX, fasc. III
- 1978 *Derecho Penal económico aplicado a la actividad empresarial*, Civitas, Madrid
- 1978 «La delincuencia económica. Un enfoque criminológico y político criminal», *Cuadernos de Política Criminal*, nº 5

Bibliografía

- 1980 «El Proyecto de Código Penal y el artículo 38 de la Constitución», *La reforma penal y penitenciaria*, Universidad de Santiago, Santiago de Compostela
- 1980 «Los delitos contra el orden socioeconómico en el Proyecto de Código Penal», *Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense*, monográfico nº 3
- 1983 «La Constitución económica española y el Derecho Penal», *Repercusiones de la Constitución en el Derecho Penal*. Semana de Derecho Penal en memoria del Profesor J. Pereda, S.J., Universidad de Deusto, Bilbao
- 1985 «Agravación por el valor de la defraudación», *Comentarios a la legislación penal*, t. V, vol. 2º, Edersa, Madrid
- 1985 «Delito masa», *Comentarios a la legislación penal*, t. V, vol. 2º, Edersa, Madrid
- 1985 «El delito de estafa», *Comentarios a la legislación penal*, t. V, vol. 2º, Edersa, Madrid
- 1985 «Estafa al asegurador o a un tercero», *Comentarios a la legislación penal*, t. V, vol. 2º, Edersa, Madrid
- 1985 «Estafa de cosas de primera necesidad», *Comentarios a la legislación penal*, t. V, vol. 2º, Edersa, Madrid

Bibliografía

1991 «Presunción de inocencia, presunción legal y presunción judicial o prueba de indicios», *La Ley*, t. I

1993 «Política criminal y reforma penal. Delitos económicos», *Revista del Foro Canario*, nº 87

BAJO FERNÁNDEZ, M.; PÉREZ MANZANO, M.; SUÁREZ GONZÁLEZ, C.

1993 *Manual de Derecho Penal. Parte Especial (delitos patrimoniales y económicos)*, 2ª edic., Ceura, Madrid

BANDO CASADO, H.C.

1986 *La publicidad y la protección jurídica de los consumidores y usuarios*, Instituto Nacional de Consumo, Ministerio de Sanidad y Consumo, Madrid

1986 *Planteamientos básicos sobre la defensa del consumidor*, 2ª edic., Instituto Nacional de Consumo, Ministerio de Sanidad y Consumo, Madrid

1991 *La protección pública de los usuarios de viviendas*, 3ª edic., Instituto Nacional de Consumo, Ministerio de Sanidad y Consumo, Madrid

BARBERO SANTOS, M.

1973 «Contribución al estudio de los delitos de peligro abstracto», *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, t. XXVI, fasc. III

Bibliografía

1985 «Los delitos económicos en el Derecho italiano», Barbero Santos (ed.), *La reforma penal: los delitos socio-económicos*, Servicio de Publicaciones, Facultad de Derecho, Universidad de Madrid, Madrid

1986 «¿Responsabilidad penal de las personas jurídicas?», *Doctrina Penal*

1987 «Los delitos económicos en la legislación española», *Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense*

BARNÉS VÁZQUEZ, J.

1988 *La propiedad constitucional. El estatuto jurídico del suelo agrario*, Civitas, Madrid

BASSOLS COMA, M.

1985 *Constitución y sistema económico*, Civitas, Madrid

BAUDRILLARD, J.

1979 *Crítica de la economía política del signo*, Siglo XXI, Madrid

BAYLOS CORROZA, H.

1993 *Tratado de Derecho Industrial*, 2ª edic., Civitas, Madrid

Bibliografía

BELLANTONI, D.

1973 *Diritto Penale degli alimenti*, Cedam, Padova

BELTRÁN DE HEREDIA CASTAÑO, J.

1954 *La comunidad de bienes en Derecho español*, Edersa, Madrid

BENÉYTEZ MERINO, L.; MARTÍNEZ-PEREDA RODRÍGUEZ, J.M.;
LUZÓN CUESTA, J.M.; SOTO NIETO, F.; VARGAS CABRERA, B.

1994 *Las falsedades documentales*, Comares e Instituto de Estudios Penales Marqués de Beccaria, Granada

BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, Alberto

1984 «La protección de los consumidores en Derecho español», *Estudios sobre Consumo*, nº 1

1987 «Ámbito de aplicación y derechos de los consumidores en la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios», *Estudios jurídicos sobre protección de los consumidores*, Tecnos, Madrid

1987 «La protección de los consumidores, la Constitución española y el Derecho Mercantil», *Estudios jurídicos sobre protección de los consumidores*, Tecnos, Madrid

1987 «La protección de los legítimos intereses económicos de los consumidores», *Estudios jurídicos sobre protección de los consumidores*, Tecnos, Madrid

Bibliografía

1987 «Modalidades especiales de venta y protección de los consumidores», *Estudios jurídicos sobre protección de los consumidores*, Tecnos, Madrid

1987 «Reflexiones críticas sobre la protección de los consumidores en el Derecho español», *Estudios jurídicos sobre protección de los consumidores*, Tecnos, Madrid

1992 «Significado de la ley y requisitos generales de la acción de competencia desleal», *La regulación contra la Competencia Desleal en la Ley de 10 de enero de 1991*, coord. por A. Bercovitz, Boletín Oficial del Estado y Cámara de Comercio e Industria de Madrid, Madrid

BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, Rodrigo

1987 «La defensa contractual del consumidor o usuario en la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios», *Estudios jurídicos sobre protección de los consumidores*, Tecnos, Madrid

1987 «La responsabilidad del constructor o promotor de viviendas en la Ley General para la defensa de los Consumidores y Usuarios», *Estudios jurídicos sobre protección de los consumidores*, Tecnos, Madrid

BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, I.

1982 *El delito de lesiones*, Universidad de Salamanca, Salamanca

Bibliografía

1983 Recensión a BUSTOS RAMÍREZ y VALENZUELA BEJAS, *Derecho Penal latinoamericano comparado*, t. I. Parte General, Depalma, Buenos Aires, 1981, en *Cuadernos de Política Criminal*, nº 20

1984 «Revisión del contenido del bien jurídico honor», *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, t. XXXVII, fasc. II

1987 *Honor y libertad de expresión*, Tecnos, Madrid

1991 «Reflexiones sobre la problemática del bien jurídico», *Hacia el Derecho Penal del Nuevo Milenio*, Instituto Nacional de Ciencias Penales, México, D.F.

1992 «El medio ambiente como bien jurídico tutelado» en TERRADILLOS BASOCO, J. (coord.), *El delito ecológico*, Trotta, Madrid

BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, I.; ARROYO ZAPATERO, L.

1994 *Manual de Derecho Penal. Parte General*, (I. Instrumentos y principios básicos del Derecho Penal), Praxis, Barcelona

BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, I.; FERRÉ OLIVÉ, J.C.

1994 *Todo sobre el fraude tributario*, Praxis, Barcelona

BERISTAIN, A.

1969 «Resultado y delitos de peligro», *Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense*

Bibliografía

BERMEJO VERA, J.

1978 «Aspectos jurídicos de la protección del consumidor», *Revista de Administración Pública*, nº 87

BETTIOL, G.

1947 «Concetto penalistico di patrimonio e momento consumativo della truffa», *Giurisprudenza italiana*, t. IV

BIGWOOD, E.J.; GÉRARD, A.

1970 «Objetivos y principios fundamentales de un derecho comparado de la alimentación», vol. 1 (Introducción general y ámbito de aplicación), trad. por J.P. Montojo Núñez, *Revista Alimentaria*, nº especial

1972 «Objetivos y principios fundamentales de un derecho comparado de la alimentación», vol. 2 (Elementos de motivación y elementos de cualificación), trad. por J.P. Montojo Núñez, *Revista Alimentaria*, nº especial

1973 «Objetivos y principios fundamentales de un derecho comparado de la alimentación», vol. 4 (Elementos de control y de sanción), traducido por J.P. Montojo Núñez, *Revista Alimentaria*, nº especial

Bibliografía

BRICOLA, F.

1965 «Perfiles penales de la publicidad comercial»,
Rivista Italiana di Diritto e Procedura Penale

1971 «Tipología de las fraudes en la normativa penal sobre
alimentos», *Problemi penali in tema di frodi
alimentari*, edic. a cargo de Nuvolone, Giuffrè,
Milano

1973 «Teoría general del delito», *Novissimo Digesto
italiano*, t. XIX, 3ª edic., Utet, Torino

BROSETA PONT, M.

1981 «Aspectos generales para una introducción sobre el
Derecho de los Consumidores», *Estudios de Derecho
Mercantil en homenaje al Profesor A. Polo*, Edersa,
Madrid

1991 *Manual de Derecho Mercantil*, 9ª edic., Tecnos,
Madrid

BUSTOS RAMÍREZ, J.

1985 «El tratamiento del error en la reforma de 1983:
art. 6 bis a», *Anuario de Derecho Penal y Ciencias
Penales*, t. XXXVIII, fasc. III

1986 *Manual de Derecho Penal. Parte Especial*, 1ª edic.,
Ariel, Barcelona

Bibliografía

- 1986 «Los bienes jurídicos colectivos», Estudios de Derecho Penal en homenaje al Profesor L. Jiménez de Asúa, *Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense*, monográfico nº 11
- 1987 «Los delitos de peligro», *Control social y sistema penal*, PPU, Barcelona
- 1987 «Política criminal e injusto (Política criminal, bien jurídico, desvalor de acto y de resultado)», *Control social y sistema penal*, PPU, Barcelona
- 1991 *Manual de Derecho Penal. Parte Especial*, 2ª edic., Ariel, Barcelona
- 1993 «Perspectivas actuales del Derecho Penal económico», *Política Criminal y Reforma Penal. Homenaje a la Memoria del Prof. J. del Rosal*, Edersa, Madrid
- 1994 *Manual de Derecho Penal. Parte General*, 4ª edic., aumentada corregida y puesta al día por H. Hormazábal Malarée, PPU, Barcelona
- CAMARGO HERNÁNDEZ, C.
- 1951 *El delito continuado*, Bosch, Barcelona
- CANTARERO BANDRÉS, R.
- 1990 *Problemas penales y procesales del delito continuado*, PPU, Barcelona

Bibliografía

CARMONA SALGADO, C.; GONZÁLEZ RUS, J.J.; MORILLAS CUEVAS, L.; POLAINO NAVARRETE, M.; SEGRELLES DE ARENAZA, I.

1994 *Manual de Derecho Penal. Parte Especial* (IV. Delitos contra la Administración de Justicia; de riesgo en general; contra la Hacienda Pública; de los funcionarios públicos en el ejercicio de sus cargos; las faltas, y legislación penal especial), Edersa, Madrid

CARRARA, F.

1977 *Programa de Derecho Criminal. Parte Especial*, vol. VII (9), 4ª edic., Temis-Depalma, Bogotá-Buenos Aires

1987 *Programa de Derecho Criminal. Parte Especial*, vol. IV (6), 4ª edic., Temis, Bogotá

1988 *Programa de Derecho Criminal. Parte General*, vol. I, Temis, Bogotá

CASAS BARQUERO, E.

1983 «Reflexiones técnico-jurídicas sobre los delitos de falsedades del Título III, del Libro II del Código Penal», *Documentación Jurídica*, nº 37/40, monográfico dedicado a la PANCP, vol. 2

1984 *El delito de falsedad en documento privado*, Bosch, Barcelona

Bibliografía

CASCAJO CASTRO, J.L.

1994 «Consideraciones sobre la protección constitucional de los consumidores», *Estudios sobre el Derecho de Consumo*, 2ª edic., Iberdrola, Bilbao

CASTEJÓN Y MARTÍNEZ DE ARIZALA, F.

1949 *Teoría de la continuidad de los derechos penal y civil*, Bosch, Barcelona

CASTIÑEIRA PALAU, M.T.

1977 *El delito continuado*, Bosch, Barcelona

1982 «El delito masa en la Jurisprudencia del Tribunal Supremo español», *Estudios Penales*. Libro homenaje al Prof. J. Antón Oneca, Universidad de Salamanca, Salamanca

1983 *Venta a plazos y apropiación indebida*, Bosch, Barcelona

CASTRESANA, A.

1991 *Fides, bona fides: un concepto para la creación del Derecho*, Tecnos, Madrid

CASTRO, F. de

1982 «Notas sobre las limitaciones intrínsecas de la autonomía de la voluntad», *Anuario de Derecho Civil*, t. XXXV, fasc. IV

Bibliografía

- CASTRO GIL, N.; MONTERO BOBILLO, F.
- 1992 «Opiniones y actitudes del consumidor español»
(encuestas), *Estudios sobre Consumo*, nº 23
- CAZORLA PRIETO, L.M.
- 1978 «El marco económico constitucional en el
Anteproyecto constitucional: intervencionismo y
planificación», *Estudios sobre el Proyecto de la
Constitución*, Centro de Estudios Constitucionales,
Madrid
- 1980 «Artículo 51», *Comentarios a la Constitución
española*, dirigidos por F. Garrido Falla, Civitas,
Madrid
- CEREZO MIR, J.
- 1982 «La estafa procesal», *Problemas fundamentales del
Derecho Penal*, Tecnos, Madrid
- 1985 *Curso de Derecho Penal español. Parte General*, vol.
I, 3ª edic., Tecnos, Madrid
- COBO DEL ROSAL, M.; VIVES ANTÓN, T.S.
- 1991 *Derecho Penal. Parte General*, 3ª edic., Tirant lo
Blanch, Valencia

Bibliografía

CORCOY BIDASOLO, M.

1989 «Resultados de muerte y lesiones como consecuencia de un delito contra la salud pública», *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, t. XLII, fasc. I

CORCOY BIDASOLO, M.; JOSHI, U.

1988 «Delitos contra el patrimonio cometidos por medios informáticos», *Revista Jurídica de Cataluña*, nº 3

CORRERA, C.

1982 *La difesa del consumatore dalle frodi in commercio*, vol. I (Le frodi quantitative), Giuffrè, Milano

1983 *La difesa del consumatore dalle frodi in commercio*, vol. II (Le frodi qualitative), Giuffrè, Milano

CORRIENTE CÓRDOBA, J.A.

1994 «La protección de los consumidores en la Europa Comunitaria: de los Tratados fundacionales al de la Unión Europea (Maastricht)», *Estudios sobre el Derecho de Consumo*, 2ª edic., Iberdrola, Bilbao

CORTÉS DOMÍNGUEZ, V.; GIMENO SENDRA, V.; MORENO CATENA, V.

1993 *Derecho Procesal. Proceso Civil*, Tirant Lo Blanch, Valencia

Bibliografía

CORTESE, G.

1968 *La struttura della truffa*, Eugenio Jovene, Napoli

COSTANTINO, M.

1967 *Contributo alla teoria della proprietà*, Pubblicazioni della Facoltà Giuridica, Università di Bari, Jovene, Napoli

CUELLO CALÓN, E.

1980 *Derecho Penal. Parte Especial*, t. II, vol. I, 14ª edic. (reimpresión) revisada y puesta al día por C. Camargo Hernández, Bosch, Barcelona

1980 *Derecho Penal. Parte Especial*, t. II, vol. II, 14ª edic. (reimpresión) revisada y puesta al día por C. Camargo Hernández, Bosch, Barcelona

CUESTA RUTE, J.M. de la

1974 *Régimen jurídico de la publicidad*, Tecnos, Madrid

DAHRENDORF, R.

1994 *Ley y orden*, traducción de L.M. Díez-Picazo, Civitas, Madrid

Bibliografía

DÍAZ LEMA, J.M.

1985 *Subvenciones y Crédito Oficial en España*, Instituto de Estudios Fiscales e Instituto de Crédito Oficial, Madrid

DÍAZ PALOS, F.

1950 «Ánimo de lucro», *Nueva Enciclopedia Jurídica*, vol. II, Francisco Seix (ed.), Barcelona

1980 «Infracciones contra el patrimonio», *Revista Jurídica de Cataluña*, nº extra

1985 «Delito continuado», *Comentarios a la legislación penal*, t. V, vol. 1º, Edersa, Madrid

1985 «Un rasgo criminológico de nuestro tiempo: el delito masa», *La Ley*, t. I

DÍEZ-PICAZO, L.

1983 *Fundamentos del Derecho Civil patrimonial*, vol. II (Las relaciones jurídico-reales. El Registro de la Propiedad. La posesión), Civitas, Madrid

1986 Prólogo a WIEACKER, F., *El principio general de la buena fe*, trad. por J.L. Carro, 2ª reimpresión, Civitas, Madrid

1993 *Fundamentos del Derecho Civil patrimonial*, vol. I (Introducción. Teoría del contrato), 4ª edic., Civitas, Madrid

Bibliografía

DÍEZ RIPOLLÉS, J.L.

1990 *Los elementos subjetivos del injusto*, Tirant lo Blanch, Valencia

DOGANA, F.

1984 *Psicopatología del consumo cotidiano*, Gedisa, Barcelona

DOWNES, D.

1983 *Law and Order: Theft of an Issue* (Fabian Tract 490), Blackrose Press, London

DUQUE DOMÍNGUEZ, J.F.

1977 «Iniciativa privada y empresa», *Constitución y Economía* (la ordenación del sistema económico en las Constituciones occidentales), Centro de Estudios y Comunicación Económica, Madrid

ELGUERO MERINO, J.M.

1988 *La estafa de seguro*, Montecorvo, Madrid

EMBID IRUJO, J.M.

1994 «El consumidor ante el Derecho de seguros», *Estudios sobre el Derecho de Consumo*, 2ª edic., Iberdrola, Bilbao

Bibliografía

ESCRIVÁ GREGORI, J.M.

1976 *La puesta en peligro de bienes jurídicos en Derecho Penal*, Bosch, Barcelona

FEATHERSTONE, M.

1991 *Consumer culture and postmodernism*, Sage, London

FERNÁNDEZ ALBOR, A.

1978 *Estudios sobre criminalidad económica*, Bosch, Barcelona

FERNÁNDEZ FARREDES, G.

1983 *La subvención: Concepto y régimen jurídico*, Centro de Estudios Judiciales, Madrid

1987 «De nuevo sobre la subvención y su régimen jurídico en el Derecho español», *Revista de Administración Pública*, nº 113

FERNÁNDEZ-NOVOA, C.

1968 «La interpretación jurídica de las expresiones publicitarias», *Revista de Derecho Mercantil*, nº 107

1975 «La sujeción de las expresiones publicitarias al principio de veracidad», *Actas de Derecho Industrial*, t. II

Bibliografía

1976 «El artículo determinado como modalidad de la publicidad de tono excluyente», *Actas de Derecho Industrial*, t. III

1976 «La publicidad encubierta», *Actas de Derecho Industrial*, t. III

FERRARA, Rosario

1983 *Contributo allo studio della tutela del consumatore (profili pubblicistici)*, Giuffrè, Milano

FERRÉ OLIVÉ, J.C.

1988 *El delito contable*, Praxis, Barcelona

FERRER SAMA, A.

1966 «Estafa procesal», *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, t. XIX, fasc. I

FIANDACA, G.

1982 «Il bene giuridico come problema teorico e come criterio di politica criminali», *Rivista Italiana di Diritto e Procedura Penale*

1984 «La tipizzazione del pericolo», *Dei delitti e delle pene*, nº 3

Bibliografía

FONT GALÁN, J.I.

1979 «Notas sobre el modelo económico de la Constitución española de 1978», *Revista de Derecho Mercantil*, nº 152

1985 «¿Hacia un sistema jurídico mercantil de faz completamente nueva?. La Ley 26/1984, de 19 de julio, para la defensa de los consumidores y usuarios: un instrumento para la realización histórica de un Derecho Mercantil del Estado social», *Revista de Derecho Mercantil*, nº 177

GALLO, M.

1969 «I reati di pericolo», *Il Foro Penale*

GARCÍA ALBERO, R.

1990 «La tutela penal y administrativa de la salud de los consumidores en materia alimentaria. Consideraciones críticas en torno a su articulación jurídica», *Revista Jurídica de Cataluña*, nº 4

GARCÍA CANTIZANO, M.C.

1994 *Falsedades documentales*, Tirant lo Blanch, Valencia

Bibliografía

GARCÍA COTARELO, R.

1978 «El régimen económico-social de la Constitución española», *Lecturas sobre la Constitución española*, t. I, coordinación de T.R. Fernández Rodríguez, Facultad de Derecho, UNED, Madrid

GARCÍA-CRUCES GONZÁLEZ, J.A.

1988 «La armonización del régimen jurídico aplicable a la publicidad engañosa en la CEE» (Introducción al estudio de la Directiva CEE 84/450, de 10 de septiembre de 1984), *Revista de Instituciones Europeas*, nº 15

GARCÍA DE ENTERRÍA, E.

1983 *La lucha contra las inmunidades del poder*, 3ª edic., Civitas, Madrid

1985 *La Constitución como norma y el Tribunal Constitucional*, 3ª edic., Civitas, Madrid

GARCÍA PELAYO, M.

1979 «Consideraciones sobre las cláusulas económicas de la Constitución», *Estudios sobre la Constitución española de 1978*, edic. preparada por M. Ramírez, Pórtico, Zaragoza

Bibliografía

GARRAUD, R.

1935 *Traité théorique et pratique du droit pénal français*, t. VI, 3ª edic., Libraire du Recueil Sirey, París

GIMBERNAT ORDEIG, E.

1966 *Autor y cómplice en Derecho Penal*, Sección de Publicaciones e Intercambio, Facultad de Derecho, Universidad de Madrid, Madrid

1966 *Delitos cualificados por el resultado y causalidad*, Reus, Madrid

1979 *Introducción a la Parte General del Derecho Penal español*, Sección de Publicaciones, Facultad de Derecho, Universidad Complutense, Madrid

1987 «Sobre los conceptos de omisión y de comportamiento», *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, t. XL, fasc. III

1990 «Acerca del dolo eventual», *Estudios de Derecho Penal*, 3ª edic., Tecnos, Madrid

1990 *Delitos cualificados por el resultado y causalidad*, Centro de Estudios Ramón Areces, Madrid

1990 «El sistema de Derecho Penal en la actualidad», *Estudios de Derecho Penal*, 3ª edic., Tecnos, Madrid

Bibliografía

1990 «¿Qué es la imputación objetiva?», *Estudios de Derecho Penal*, 3ª edic., Tecnos, Madrid

1990 «¿Tiene un futuro la dogmática jurídico-penal?», *Estudios de Derecho Penal*, 3ª edic., Tecnos, Madrid

GÓMEZ BENÍTEZ, J.M.

1980 «Notas para una discusión sobre los delitos contra el orden socio-económico y el patrimonio en el Proyecto de 1980 de Código Penal (Títulos VIII y V)», *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, t. XXXIII, fasc. II

1983 «Delitos contra el patrimonio», *Documentación Jurídica*, nº 37/40, monográfico dedicado a la PANCP, vol. 1

1983 «Sobre la teoría del "bien jurídico" (aproximación al ilícito penal)», *Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense*

1985 «Función y contenido del error en el tipo de estafa», *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, t. XXXVIII, fasc. II

1988 *Causalidad, imputación y cualificación por el resultado*, Ministerio de Justicia, Madrid

1988 *Teoría jurídica del delito* (Derecho Penal. Parte General), reimpresión, Civitas, Madrid

Bibliografía

GÓMEZ CALERO, J.

1994 *Los Derechos de los Consumidores y Usuarios*,
Dykinson, Madrid

GONZÁLEZ PACANOWSKA, I.

1990 «Comentario a la Sentencia del Tribunal Supremo
(Sala 1ª) de 12 de diciembre de 1989», *Cuadernos
Civitas de Jurisprudencia Civil*, nº 24

GONZÁLEZ RUS, J.J.

1983 *Bien jurídico y Constitución* (Bases para una
teoría), Fundación Juan March, Madrid

1986 «Aproximación al tratamiento penal de los ilícitos
patrimoniales relacionados con medios o
procedimientos informáticos», *Revista de la Facultad
de Derecho de la Universidad Complutense*,
monográfico nº 12

1986 *Los intereses económicos de los consumidores.
Protección penal*, Instituto Nacional de Consumo,
Ministerio de Sanidad y Consumo, Madrid

1992 *Manual de Derecho Penal. Parte Especial* (II. Delitos
contra la propiedad), Edersa, Madrid

Bibliografía

GRACIA MARTÍN, L.

1986 *El actuar en nombre de otro en Derecho Penal II* (estudio específico del art. 15 bis del Código Penal español), Secretariado de Publicaciones, Universidad de Zaragoza, Zaragoza

GROIZARD GÓMEZ DE LA SERNA, A.

1897 *El Código Penal de 1870 concordado y comentado*, t. VII, Salamanca

GUINARTE CABADA, G.

1988 *La tutela penal de los derechos de propiedad industrial*, Instituto de Criminología, Universidad Complutense de Madrid, Madrid

GUTIÉRREZ FRANCÉS, M.L.

1991 *Fraude informático y estafa*, Centro de Publicaciones, Secretaría General Técnica, Ministerio de Justicia, Madrid

HART, H.L.A.

1962 «Definición y teoría en la ciencia jurídica», *Derecho y Moral. Contribuciones a su análisis*, trad. y nota preliminar de G. R. Carrió, Depalma, Buenos Aires

1968 *El concepto de Derecho*, 2ª edic., trad. por G.R. Carrió, Abeledo-Perrot, Buenos Aires

Bibliografía

HASSEMER, W.

1984 «Il bene giuridico nel rapporto di tensione tra Costituzione e diritto naturale», *Dei delitti e delle pene*, nº 1

1984 *Fundamentos del Derecho Penal*, trad. y notas de F. Muñoz Conde y L. Arroyo Zapatero, Bosch, Barcelona

HASSEMER, W.; MUÑOZ CONDE, F.

1989 *Introducción a la Criminología y al Derecho Penal*, Tirant lo Blanch, Valencia

HELLER, A.

1992 *Sociología de la vida cotidiana*, trad. por J.F. Ivans y E. Pérez Nadal, 2ª edic., Península, Barcelona

HERRERO GARCÍA, M.J.

1988 *La multipropiedad*, La Ley, Madrid

HERRERO HERRERO, C.

1992 *Los delitos económicos. Perspectiva jurídica y criminológica*, Subdirección General de Estudios, Secretaría General Técnica, Ministerio del Interior, Madrid

Bibliografía

1994 «Modelos peculiares de estafa. Estafas con tarjetas de crédito, con y sin banda magnética. Estafas por medio del ordenador», *Boletín de Información*, nº 1701, Ministerio de Justicia

HORMAZABAL MALAREÉ, H.

1991 *Bien jurídico y Estado social y democrático de Derecho* (el objeto protegido por la norma penal), PPU, Barcelona

HUERTA TOCILDO, S.

1980 *Protección penal del patrimonio inmobiliario*, Civitas, Madrid

1981 «Los delitos patrimoniales en el Proyecto de Código Penal de 1980», *Cuadernos de Política Criminal*, nº 15

JESCHECK, H.H.

1981 *Tratado de Derecho Penal. Parte General*, vol. I, trad. y adiciones de Derecho español por S. Mir Puig y F. Muñoz Conde, Bosch, Barcelona

1981 *Tratado de Derecho Penal. Parte General*, vol. II, trad. y adiciones de Derecho español por S. Mir Puig y F. Muñoz Conde, Bosch, Barcelona

Bibliografía

1986 «Nueva dogmática penal y política criminal en perspectiva comparada», trad. por A. Sanz Morán, *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, t. XXXIX, fasc. I

JESÚS SÁNCHEZ, M.G. de

1988 «La publicidad engañosa como figura típica objeto de criminalización», *Poder Judicial*, nº especial IX, Nuevas formas de delincuencia

JIMÉNEZ ASENJO, E.

1958 «Falsificación», *Nueva Enciclopedia Jurídica*, vol. IX, Francisco Seix (ed.), Barcelona

JIMÉNEZ DE PARGA, R.

1991 «Responsabilidad del empresario de productos en la Ley de Defensa del Consumidor y del Usuario y en la normativa de la Comunidad Económica Europea», *Derecho Mercantil de la Comunidad Económica Europea. Estudios en homenaje a José Girón Tena*, Civitas y Consejo General de los Colegios Oficiales de Corredores de Comercio, Madrid

JIMÉNEZ HUERTA, M.

1964 «Fraude maquinado y estafa procesal», *Estudios jurídicos en homenaje al Prof. L. Jiménez de Asúa*, Abeledo-Perrot, Buenos Aires

Bibliografía

LACRUZ BERDEJO, J.L.; LUNA SERRANO, A.; DELGADO ECHEVARRÍA, J.; RIVERO HERNÁNDEZ, F.

1987 *Elementos de Derecho Civil, II* (Derecho de obligaciones), vol. 2º (Teoría general del contrato), 2ª edic., Bosch, Barcelona

LACRUZ BERDEJO, J.L.; SANCHO REBULLIDA, F.A.; LUNA SERRANO, A.; DELGADO ECHEVARRÍA, J.; RIVERO HERNÁNDEZ, F.

1986 *Elementos de Derecho Civil, II* (Derecho de obligaciones), vol. 3º (Contratos y cuasicontratos), 2ª edic., José Mª Bosch, Barcelona

LAMPE, E.J.

1985 «La protección jurídico-penal de la competencia económica en el Anteproyecto de Código penal español de 1983», trad. por F.A. Caballero, Barbero Santos (ed.), *La reforma penal: los delitos socio-económicos*, Servicio de Publicaciones, Facultad de Derecho, Universidad de Madrid, Madrid

LANDROVE DÍAZ, G.

1978 *Los fraudes colectivos*, Bosch, Barcelona

LARRAURI, E.

1988 «Notas preliminares para una discusión sobre la imputación objetiva», *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, t. XLI, fasc. III

Bibliografía

LASARTE ÁLVAREZ, C.

1994 *Principios de Derecho Civil*, t. 3º, Trivium, Madrid

LEE, M.J.

1993 *Consumer culture reborn: the cultural politics of consumption*, Routledge, London

LEMA DEVESA, C.

1976 «El artículo determinado como modalidad de la publicidad de tono excluyente», *Actas de Derecho Industrial*, t. 3

1977 «En torno a la publicidad engañosa», *Actas de Derecho Industrial*, t. IV

1977 «La regulación de la publicidad engañosa y desleal en el marco de la CEE», *Actas de Derecho Industrial*, t. IV

1978 «La exageración publicitaria en el Derecho español», *Actas de Derecho Industrial*, t. V

1980 *La publicidad de tono excluyente*, Montecorvo, Madrid

1991 «La publicidad desleal: modalidades y problemas», *Revista General de Derecho*, nº 562-563

Bibliografía

LEONCINI

1990 «I rapporti tra contratto, reati-contratto e reati in contratto», *Rivista Italiana di Diritto e Procedura Penale*

LISZT, F. von

Tratado de Derecho Penal, t. II, trad. por L. Jiménez de Asúa, 3ª edic., Madrid

LOJENDIO IRURE, J.M.

1977 «Derecho Constitucional económico», *Constitución y Economía* (la ordenación del sistema económico en las Constituciones occidentales), Centro de Estudios y Comunicación Económica, Madrid

LÓPEZ HERNÁNDEZ, G.

1966 «Sobre la tutela penal del patrimonio», *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, t. XVIII, fasc. III

LÓPEZ LÓPEZ, A.M.

1988 *La disciplina constitucional de la propiedad privada*, Tecnos, Madrid

LORCA MARTÍNEZ, J.

1992 *El fraude en la transmisión de bienes*, Marcial Pons, Madrid

Bibliografía

LORENZO SALGADO, J.M.

1983 «Título XIV. Delitos contra la salud colectiva. Capítulo III. De los delitos contra la salud pública», *Documentación Jurídica*, nº 37/40, monográfico dedicado a la PANCP, vol. 2

LUZÓN CÁNOVAS, A.

1993 «Publicidad y técnicas de venta en la multipropiedad. La protección del adquirente», *Poder Judicial*, nº 30

LUZÓN CUESTA, J.M.

1992 *Fraudes inmobiliarios*, Colex, Madrid

LUZÓN PEÑA, D.M.

1979 *Medición de la pena y sustitutivos penales*, Instituto de Criminología, Universidad Complutense de Madrid, Madrid

MCCRACKEN, G.

1990 *Culture and consumption*, Indiana University Press, Indiana

MANTOVANI, F.

1989 *Diritto Penale. Parte Speciale (Delitti contro il patrimonio)*, Cedam, Padova

Bibliografía

MANJÓN-CABEZA OLMEDA, A.

1988 «Naturaleza de las circunstancias del artículo 529 del Código Penal. La circunstancia primera: especial referencia a las viviendas», *La Ley*, t. III

1988 *Nuevo enfoque de la apropiación indebida (especial consideración de la no devolución de cantidades entregadas a cuenta para la construcción y adquisición de viviendas)*, Civitas y Servicio de Publicaciones de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense, Madrid

MANNHEIM, K.

1968 *Ideology and Utopie*, Routledge & Kegan Paul, London

MANZANARES SAMANIEGO, J.L.

1988 «La tipificación del delito publicitario en el Derecho español», *Poder Judicial*, nº especial IX, Nuevas formas de delincuencia

MAPELLI CAFFARENA, B.

1988 «El dolo eventual en el asesinato», *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, t. XLI, fasc. II

MAQUEDA ABREU, M.L.

1983 «El error sobre las circunstancias. Consideraciones en torno al art. 6 bis a) del Código Penal», *Cuadernos de Política Criminal*, nº 22

Bibliografía

MARINI, G.

1970 *Profili della truffa nell'ordinamento penale italiano*, Giuffrè, Milano

MARTÍNEZ PÉREZ, C.

1983 «Repercusión penal del artículo 8.3 de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios», *Actas de Derecho Industrial*, t. IX

1983 «Sección Segunda del Capítulo Primero del Título XII de la PANCP de 1983: De los delitos publicitarios (Arts. 279 y 280)», *Documentación Jurídica*, nº 37/40, monográfico dedicado a la PANCP, vol. 2

1984 «Consideraciones en torno a la creación de un delito relativo a la publicidad engañosa», *Cuadernos de Política Criminal*, nº 22

1989 «La Ley General de Publicidad y el futuro delito publicitario», *Actas de Derecho Industrial*, t. XIII

MARTÍN-RETORTILLO BAQUER, Lorenzo

1994 «Una panorámica de la defensa de los consumidores desde el Derecho Administrativo», *Estudios sobre el Derecho de Consumo*, 2ª edic., Iberdrola, Bilbao

Bibliografía

MARTOS NÚÑEZ, J.A.

1983 «Protección de los consumidores y usuarios», *Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense*

1987 *Derecho Penal económico*, Montecorvo, Madrid

1990 *El perjuicio patrimonial en el delito de estafa*, Civitas, Madrid

MATA BARRANCO, N.J. de la

1987 «La no devolución por el promotor de las cantidades anticipadas en la construcción y venta de viviendas», *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, t. XL, fasc. III

1994 *Tutela penal de la propiedad y delitos de apropiación (el dinero como objeto material de los delitos de hurto y apropiación indebida)*, PPU, Barcelona

MAURACH, R.

1962 *Tratado de Derecho Penal*, trad. y notas de Derecho español de J. Córdoba Roda, Ariel, Barcelona

Bibliografía

MÉNDEZ RODRÍGUEZ, C.

1993 *Los delitos de peligro y sus técnicas de tipificación*, Centro de Estudios Judiciales, Ministerio de Justicia y Servicio de Publicaciones, Facultad de Derecho, Universidad Complutense de Madrid, Madrid

MENÉNDEZ MENÉNDEZ, Adolfo

1991 «La defensa del consumidor: un principio general del Derecho», *Estudios sobre la Constitución española. Homenaje al Profesor E. García de Enterría*, vol. II, Civitas, Madrid

MENÉNDEZ MENÉNDEZ, Aurelio

1982 «Preliminar», *Comentarios a la Ley de Contrato de Seguro*, t. I, Colegio Universitario de Estudios Financieros, Madrid

MEZGER, E.

1959 *Derecho Penal. Parte Especial*, trad. de la 4ª edic. alemana (1954) por C.A. Finzi, Bibliográfica Argentina, Buenos Aires

MIR PUIG, S.

1976 *Introducción a las bases del Derecho Penal*, Bosch, Barcelona

Bibliografía

- 1981 Adiciones de Derecho español al *Tratado de Derecho Penal. Parte General* de H.H. JESCHECK, trad. de S. Mir Puig y F. Muñoz Conde, Bosch, Barcelona
- 1982 *Función de la pena y teoría del delito en el Estado social y democrático de derecho*, 2ª edic., Bosch, Barcelona
- 1982 «Objeto del delito», *Nueva Enciclopedia Jurídica*, vol. XVII, Francisco Seix (ed.), Barcelona
- 1988 «Sobre lo objetivo y lo subjetivo en el injusto», *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, t. XLI, fasc. III
- 1990 *Derecho Penal. Parte General*, 3ª edic., PPU, Barcelona
- 1991 «Bien jurídico y bien jurídico-penal como límites del Ius puniendi», *Estudios Penales y Criminológicos*, t. XIV
- MIRET NAGORE
- 1983 «El delito alimentario según el artículo 346 del Código Penal», *Revista Alimentaria*, nº 147
- MOCCIA, S.
- 1988 *Tutela penale del patrimonio e principi costituzionali*, Cedam, Padova

Bibliografía

MOLINER, M.

1987 *Diccionario del uso del español*, t. II, Gredos, Madrid

MONTÉS, V.L.

1980 *La propiedad privada en el sistema del Derecho Civil contemporáneo*, Civitas, Madrid

MORILLAS CUEVA, L.

1979 «El no reintegro de cantidades anticipadas para construcción de viviendas como modalidad de apropiación indebida», *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, t. XXXII, fasc. I

MUNAR BERNAT, P.A.

1992 *Presente y futuro de la multipropiedad*, Técnos y Cámara Oficial de Comercio, Industria y Navegación de Mallorca, Ibiza y Formentera, Madrid

MUÑOZ CONDE, F.

1975 *Introducción al Derecho Penal*, Bosch, Barcelona

1976 *Derecho Penal. Parte Especial*, 2ª edic., Universidad de Sevilla, Sevilla

1977 «La responsabilidad penal de los órganos de las personas jurídicas en el ámbito de las insolvencias punibles», *Cuadernos de Política Criminal*, nº 3

Bibliografía

- 1981 Adiciones de Derecho español al *Tratado de Derecho Penal. Parte General* de H.H. JESCHECK, trad. de S. Mir Puig y F. Muñoz Conde, Bosch, Barcelona
- 1982 «La ideología de los delitos contra el orden socio-económico en el Proyecto de Ley Orgánica de Código Penal», *Cuadernos de Política Criminal*, nº 16
- 1983 «La reforma de los delitos contra el patrimonio», *Documentación Jurídica*, nº 37/40, monográfico dedicado a la PANCP, vol. 1
- 1985 *Derecho Penal y Control Social*, Fundación Universitaria de Jerez, Jerez de la Frontera
- 1989 «Aspectos jurídico-penales de la no devolución de las cantidades entregadas a cuenta para la construcción de viviendas», *Estudios de Derecho Penal y Criminología*, en homenaje al profesor José M^a Rodríguez Devesa, UNED, Madrid
- 1989 *El error en Derecho Penal*, Tirant lo Blanch, Valencia
- 1993 *Derecho Penal. Parte Especial*, 9^a edic., Tirant lo Blanch, Valencia
- MUÑOZ CONDE, F.; GARCÍA ARÁN, M.
- 1993 *Derecho Penal. Parte General*, Tirant lo Blanch, Valencia

Bibliografía

MUÑOZ CUESTA, J.

1991 «Estafa a pluralidad de personas y falsedad documental», *La Ley*, t. 1

MUSCO, E.

1974 *Bene giuridico e tutela dell'onore*, Giuffrè, Milano

NAVARRO SANCHÍS, F.J.

1988 «Protección al consumidor en el Código Penal vigente», *Poder Judicial*, nº especial IX, Nuevas formas de delincuencia

NICOLO, R.

1964 «Diritto civile», *Enciclopedia del Diritto*, t. XII, Giuffrè, Milano

NOVOA MONREAL, E.

1985 «Reflexiones para la determinación y delimitación del delito económico», *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, t. XXXVIII, fasc. III

NUVOLONE, P.

1971 «Relazione di sintesi», *Problemi penali in tema di frodi alimentari*, edic. a cargo de Nuvolone, Giuffrè, Milano

Bibliografía

- 1971 «Relazione introduttiva», *Problemi penali in tema di frodi alimentari*, edic. a cargo de Nuvolone, Giuffrè, Milano
- OCTAVIO DE TOLEDO Y UBIETO, E.
- 1979 «Notas para un estudio de los fraudes alimentarios en Derecho Penal», *Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense*
- OCTAVIO DE TOLEDO Y UBIETO, E.; HUERTA TOCILDO, S.
- 1986 *Derecho Penal. Parte General (Teoría Jurídica del Delito)*, 2ª edic., Rafael Castellanos (ed.), Madrid
- OLIVA, A. de la; FERNÁNDEZ, M.A.
- 1990 *Derecho Procesal Civil*, t. II, Edersa, Madrid
- OLIVA GARCÍA, H.
- 1972 «Sobre el llamado delito financiero. Notas a una Sentencia del Tribunal Supremo», *Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense*
- 1974 *La estafa procesal*, 2ª edic., Instituto de Criminología, Universidad de Madrid, Madrid
- OTAMENDI RODRÍGUEZ-BETHENCOURT, J.J.
- 1992 *Competencia desleal. Análisis de la Ley 3/1991*, Aranzadi, Pamplona

Bibliografía

OTERO LASTRE, J.M.

1977 «la protección de los consumidores contra la publicidad ilícita», *Actas de Derecho Industrial*, t. IV

PADOVANI, T.

1984 «La problematica del bene giuridico e la scelta delle sanzioni», *Dei delitti e delle pene*, nº 1

PAGLIARO, A.

1965 «Bene giuridico e interpretazione delle legge penale», *Studi in onore di F. Antolisei*, vol. II, Giuffrè, Milano

PARADA VÁZQUEZ, R.

1990 «Estudio preliminar» en LOZANO, B., *La extinción de las sanciones administrativas y tributarias*, Marcial Pons, Madrid

PARRA LUCAN, M.A.

1990 *Daños por productos y protección del consumidor*, José M^a Bosch, Barcelona

PAZ-ARES, C.

1985 «Seguridad jurídica y seguridad del tráfico», *Revista de Derecho Mercantil*, números 175-176

Bibliografía

PEDRAZZI, C.

1965 *Inganno ed errore nei delitti contro il patrimonio*, Giuffrè, Milano

1985 «El bien jurídico en los delitos económicos», trad. por A.A. Richart Rodríguez, Barbero Santos (ed.), *La reforma penal: los delitos socio-económicos*, Servicio de Publicaciones, Facultad de Derecho, Universidad de Madrid, Madrid

PÉREZ ÁLVAREZ, F.

1991 *Protección penal del consumidor. Salud pública y alimentación*, Praxis, Barcelona

1993 «La regulación del delito alimentario nocivo en el Proyecto de Código Penal de 1992», *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, t. XLVI, fasc. III

PÉREZ LUÑO, A.E.

1991 *La seguridad jurídica*, Ariel, Barcelona

PERLINGIERI, P.

1971 *Introduzione alla problematica della proprietà*, Scuola di perfezionamento in Diritto civile, Università di Camerino, Jovene, Camerino

Bibliografía

PICCININO, R.

1968 *I delitti contro la salute pubblica*, Franco Angeli,
Milano

POLAINO NAVARRETE, M.

1972 *Los elementos subjetivos del injusto en el Código Penal español*, Publicaciones de la Universidad de Sevilla, Sevilla

1974 *El bien jurídico en el Derecho Penal*, Publicaciones de la Universidad de Sevilla, Sevilla

POLO, E.

1980 *La protección del consumidor en el Derecho Privado*, Civitas, Madrid

PRATS CANUT, J.M.

1983 «Observaciones críticas sobre la configuración del delito ecológico en el Proyecto de Código Penal de 1980», *Estudios jurídicos en honor del Profesor O. Pérez-Vitoria*, t. II, Bosch, Barcelona

PRETECEILLE, E.; TERRAIL, J.P.

1986 *Capitalismo, consumption and needs*, Basil Blackwell, Oxford

Bibliografía

PUIG PEÑA, F.

1988 *Derecho Penal. Parte Especial*, 7ª edic., Madrid

QUERALT JIMÉNEZ, J.J.

1990 «Animus iniuriandi e injurias», *Revista del Foro Canario*, nº 79

1992 *Derecho Penal español. Parte Especial*, 2ª edic., José Mª Bosch, Barcelona

1992 *El principio non bis in idem*, Tecnos, Madrid

QUINTANO RIPOLLÉS, A.

1946 *Comentarios al Código Penal*, vol. II, Madrid

1966 *Comentarios al Código Penal*, 2ª edic. puesta al día por E. Gimbernat Ordeig, Edersa, Madrid

1967 *Tratado de la Parte Especial del Derecho Penal*, t. IV (infracciones contra la comunidad social), coordinado por E. Gimbernat Ordeig, Edersa, Madrid

1968 «Interpretación de las normas penales», *Nueva Enciclopedia Jurídica*, vol. XIII, Francisco Seix (ed.), Barcelona

1977 *Tratado de la Parte Especial del Derecho Penal*, t. II (infracciones patrimoniales de apoderamiento), 2ª edic. puesta al día por C. García Valdés, Edersa, Madrid

Bibliografía

QUINTELA GONÇALVEZ, M.T.

1986 *La protección de los consumidores y usuarios y la Constitución española de 1978*, Instituto Nacional de Consumo, Ministerio de Sanidad y Consumo, Madrid

QUINTERO OLIVARES, G.

1974 *Los delitos especiales y la teoría de la participación*, Cymys, Barcelona

1974 «Maquinaciones para alterar el precio de las cosas», *Nueva Enciclopedia Jurídica*, vol. XV, Francisco Seix (ed.), Barcelona

1979 «La política penal para la propiedad y el orden económico ante el futuro Código Penal español», *Estudios Penales y Criminológicos*, t. III

1982 «Acto, resultado y proporcionalidad», *Estudios Penales*. Libro homenaje al Prof. J. Antón Oneca, Universidad de Salamanca, Salamanca

1983 «Delitos contra los intereses generales o derechos sociales», *Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense*, monográfico nº 6

1983 «Sobre los presupuestos y limitaciones de la legislación penal económica», *Estudios jurídicos en honor del Profesor O. Pérez-Vitoria*, t. II, Bosch, Barcelona

Bibliografía

1985 «El hurto», *Comentarios a la legislación penal*, t. V, vol. 2º, Edersa, Madrid

1992 *Derecho Penal. Parte General*, 2ª edic., reedición, Marcial Pons, Madrid

QUINTERO OLIVARES, G.; MUÑOZ CONDE, F.

1983 *La reforma penal de 1983*, Destino, Barcelona

REAL ACADEMIA ESPAÑOLA DE LA LENGUA

1992 *Diccionario de la Lengua Española*, 21ª edic., Espasa-Calpe, Madrid

REBOLLO ARÉVALO, A.

1983 *La estructura del consumo en España*, Instituto Nacional de Consumo, Ministerio de Sanidad y Consumo, Madrid

REBOLLO PUIG, M.

1989 *Potestad sancionadora, alimentación y salud pública*, Instituto Nacional de Administración Pública, Ministerio para las Administraciones Públicas, Madrid

REOL SUÁREZ, A.

1958 «El sujeto pasivo masa en delitos continuados y únicos de estafa», *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, t. XI, fasc. I

Bibliografía

RIGHI, E.

1991 *Derecho Penal económico comparado*, Edersa, Madrid

RIVACOBA RIVACOBA, M. de

1992 *El delito de contrato simulado*, Akal, Madrid

ROCCO, A.

1932 «L'oggetto del reato e della tutela giuridica penale. Contributto alle teorie generali del reato e della pena», *Nuove collezione di opere giuridiche*, Fratelli Bocca, Milano-Torino-Roma

RODRÍGUEZ DEVESA, J.M.

1946 *El hurto propio*, Ministerio de Justicia y Consejo Superior de Investigaciones Científicas, Madrid

1960 «Consideraciones generales sobre los delitos contra la propiedad», *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, t. XIII, fasc. I

1980 *Derecho Penal español. Parte Especial*, 8ª edic., Dykinson, Madrid

1991 *Derecho Penal español. Parte Especial*, 14ª edic. revisada y puesta al día por A. Serrano Gómez, Dykinson, Madrid

Bibliografía

RODRÍGUEZ MONTAÑÉS, T.

1994 *Delitos de peligro, dolo e imprudencia*, Centro de Estudios Judiciales, Ministerio de Justicia y Servicio de Publicaciones, Facultad de Derecho, Universidad Complutense de Madrid, Madrid

RODRÍGUEZ MOURULLO, G.

1969 «El autor mediato en Derecho Penal español», *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, t. XXII, fasc. III

1976 Comentario al artículo 10.7º del Código Penal, *Comentarios al Código Penal*, t. I, Ariel, Barcelona

1978 *Derecho Penal. Parte General*, vol. I, Civitas, Madrid

1979 «Directrices político-criminales del anteproyecto de Código Penal», *Doctrina Penal*, nº 7

RODRÍGUEZ PÉREZ, J.; DÍAZ-FLORES CALERO, A.

La multipropiedad, Las Palmas de Gran Canaria

RODRÍGUEZ RAMOS, L.

1977 «Fraudes alimentarios contrarios a la salud pública», *Temas de Derecho Penal*, Instituto de Criminología, Universidad Complutense de Madrid, Madrid

Bibliografía

1985 «Fraudes alimentarios nocivos», *Comentarios a la legislación penal*, t. V, vol. 2º, Edersa, Madrid

1987 *Compendio de Derecho Penal. Parte Especial*, 2ª edic., Trivium, Madrid

1988 «Reflexiones sobre el delito de falsedad en documento mercantil», *Poder Judicial*, nº 11

ROMEO CASABONA, C.M.

1987 «La utilización abusiva de tarjetas de crédito», *Actualidad Penal*, t. II

1987 *Poder informático y seguridad jurídica*, FUNDESCO, Madrid

ROMERO BARRANQUERO, G.

1985 *Los elementos del tipo de estafa*, LEA, Buenos Aires

ROSAL, J. del

1949 «De la relación concursal entre falsificación y estafa», *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, t. II, fasc. II

ROXIN, C.

1972 *Política criminal y sistema del Derecho Penal*, trad. por F. Muñoz Conde, Bosch, Barcelona

Bibliografía

- 1976 «Franz von Liszt y la concepción político-criminal del Proyecto Alternativo», *Problemas básicos del Derecho Penal*, trad. por D.M. Luzón Peña, Reus, Madrid
- 1976 «Reflexiones sobre la problemática de la imputación en el Derecho Penal», *Problemas básicos del Derecho Penal*, trad. por D.M. Luzón Peña, Reus, Madrid
- 1976 «Sentido y límites de la pena estatal», *Problemas básicos de Derecho Penal*, trad. por D.M. Luzón Peña, Reus, Madrid
- 1979 *Teoría del tipo penal* (tipos abiertos y elementos del deber jurídico), trad. de E. Bacigalupo, Depalma, Buenos Aires
- 1981 *Culpabilidad y prevención en Derecho Penal*, trad. por F. Muñoz Conde, Reus, Madrid
- 1992 *Política criminal y estructura del delito* (elementos del delito en base a la política criminal), trad. por J. Bustos Ramírez y H. Hormazábal Malarée, PPU, Barcelona
- RUIZ ANTÓN, L.F.
- 1985 «Los robos con fuerza en las cosas: Nuevos módulos para determinar la pena», *Comentarios a la legislación penal*, t. V, vol. 2º, Edersa, Madrid

Bibliografía

RUIZ RICO, J.J.

1987 «Artículo 51. Defensa de los consumidores y usuarios», *Comentarios a las Leyes Políticas. La Constitución española de 1978*, dirigidos por O. Alzaga Villaamil, t. IV, Edersa, Madrid

RUIZ VADILLO, E.

1984 «El Derecho Penal y la protección de los consumidores», *La Ley*, t. I

1984 «La punición de los delitos de robo con fuerza en las cosas, hurto y estafa en la reforma parcial del Código Penal de 25 de junio de 1983. Las circunstancias de agravación específicas», *Estudios Penales y Criminológicos*, t. VII

SAINZ CANTERO, J.A.

1971 «El delito masa», *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, t. XXIV, fasc. III

1983 «Criminología de los fraudes de alimentos», *Estudios Penales y Criminológicos*, t. VI

1990 *Lecciones de Derecho Penal. Parte General*, 3ª edic., Bosch, Barcelona

SAINZ MORENO, F.

1976 *Conceptos jurídicos, interpretación y discrecionalidad administrativa*, Civitas, Madrid

Bibliografía

SALAS, J.

1991 «Los decretos-leyes en la teoría y en la práctica constitucional», *Estudios sobre la Constitución española*. Homenaje al Profesor E. García de Enterría, vol. I, Civitas, Madrid

SAMMARCO, G.

1970 *La truffa contrattuale*, Giuffrè, Milano

1971 «Incolumità pubblica (reati contro la)», *Enciclopedia del Diritto*, t. XXI, Giuffrè, Milano

SANTAELLA LÓPEZ, M.

1981 *El delito publicitario* (aspectos penales de la comunicación publicitaria), Reus, Madrid

1982 *Introducción al Derecho de la Publicidad*, Civitas, Madrid

1989 *El nuevo Derecho de la Publicidad*, Civitas, Madrid

SANZ MORÁN, A.J.

1986 *El concurso de delitos. Aspectos de política legislativa*, Secretariado de Publicaciones, Universidad de Valladolid, Valladolid

Bibliografía

SELCUK, S.

1986 «El objeto del delito de estafa», trad. por C. Romero Sirvent, *Cuadernos de Política Criminal*, nº 28

SEQUEIRA MARTÍNEZ, A.J.

1984 «Defensa del consumidor y Derecho Constitucional económico», *Revista Española de Derecho Constitucional*, nº 10

SERRANO GONZÁLEZ DE MURILLO, J.L.

1993 «La duda de la víctima como forma de error en el delito de estafa», *Cuadernos de Política Criminal*, nº 50

SERRANO-PIEDECASAS FERNÁNDEZ, J.R.

1991 *La estafa en el contrato de seguro*, PPU, Barcelona

SGUBBI, F.

1975 «Tutela penale di "interessi diffusi"», *La Cuestione Criminale*, nº 3

SILVA MELERO, V.

1946 «Ilicitud civil y penal», *Revista General de Legislación y Jurisprudencia*, nº 1, t. XI

Bibliografía

- 1948 «Relaciones entre el Derecho Civil y el Derecho Penal (introducción a su estudio)», *Anuario de Derecho Penal*, t. I, fasc. II
- 1950 *Tecnicismo jurídico civilista en el Derecho Penal*, Publicaciones de la Universidad de Oviedo, Oviedo
- 1962 «Nulidad jurídica civil y responsabilidad penal», *Revista de Derecho Privado*, t. XLVI
- SILVA SÁNCHEZ, J.M.
- 1986 *El delito de omisión. Concepto y sistema*, Bosch, Barcelona
- 1987 «La estafa de seguro (Criminología, Dogmática y Política Criminal)», *Cuadernos de Política Criminal*, nº 32
- SORIANO SORIANO, J.R.
- 1993 *Las agravantes específicas de robo y hurto*, Tirant Lo Blanch, Valencia
- STAMPA BRAUN, J.M.; BACIGALUPO ZAPATER, E.
- 1980 «La reforma del Derecho Penal económico español», *Revista Jurídica de Cataluña*, nº extra sobre el Proyecto de Código Penal

Bibliografía

STRATENWERTH, G.

1982 *Derecho Penal. Parte General, I* (el hecho punible), trad. de la 2ª edic. alemana (1976) de G. Romero, Edersa, Madrid

SUAY RINCÓN, J.

1989 *Sanciones administrativas*, Real Colegio de España, Bolonia

TAMARIT SUMALLA, J.M.

1990 «La tutela penal de los intereses de los consumidores en la actividad publicitaria: problemas fundamentales», *Cuadernos de Política Criminal*, nº 41

TERRADILLOS BASOCO, J.

1981 «La satisfacción de necesidades como criterio de determinación del objeto de tutela jurídico-penal», *Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense*, nº 63

1983 «Delitos financieros», *Documentación Jurídica*, nº 37/40, monográfico dedicado a la PANCP, vol. 2

1983 «Sustracción de cosa propia a su utilidad social», *Documentación Jurídica*, nº 37/40, monográfico dedicado a la PANCP, vol. 2

Bibliografía

1985 «Los delitos contra el orden socio-económico en el Derecho Penal francés. Aspectos generales», Barbero Santos (ed.), *La reforma penal: los delitos socio-económicos*, Servicio de Publicaciones, Facultad de Derecho, Universidad de Madrid, Madrid

1987 *Delitos societarios*, Akal, Madrid

TIEDEMANN, C.

1985 *Poder económico y delito*, Ariel, Barcelona

1991 «Constitución y Derecho Penal», trad. por L. Arroyo Zapatero, *Revista Española de Derecho Constitucional*, nº 33

1993 *Lecciones de Derecho Penal Económico* (comunitario, español, alemán), PPU, Barcelona

TOMÁS TÍO, J.M.

1987 «El delito continuado en el Código Penal (Art. 69 bis)», *Cuadernos de Política Criminal*, nº 31

TORÍO LÓPEZ, A.

1972 «Sobre los límites de la ejecución por imprudencia», *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, t. XXV, fasc. I

Bibliografía

- 1981 «Los delitos de peligro hipotético (contribución al estudio diferencial de los delitos de peligro abstracto)», *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, t. XXXIV, nº monográfico extraordinario dedicado a la memoria del Profesor J. Antón Oneca
- 1982 «Acción y resultado típico en la estafa procesal», *Estudios Penales*. Libro homenaje al Prof. J. Antón Oneca, Universidad de Salamanca, Salamanca
- 1982 «Estafa de crédito y abuso punible de letras de cambio en la reforma del sistema penal», *Estudios Penales y Criminológicos*, t. V
- 1986 «Naturaleza y ámbito de la teoría de la imputación objetiva», *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, t. XXXIX, fasc. I
- 1987 «Fin de protección y ámbito de prohibición de la norma», *Estudios Penales y Criminológicos*, t. X
- 1994 «Reflexión sobre la protección penal de los consumidores», *Estudios sobre el Derecho de Consumo*, 2ª edic., Iberdrola, Bilbao

URÍA, R.

1993 *Derecho Mercantil*, 20ª edic., Marcial Pons, Madrid

VALLE MUÑIZ, J.M.

1987 *El delito de estafa*, Bosch, Barcelona

Bibliografía

1988 «Sobre algunas circunstancias que agravan la responsabilidad criminal en el delito de estafa (Art. 529, circunstancias 5ª, 7ª y 8ª CP)», *Revista Jurídica de Cataluña*, nº 2

VALLE SÁNCHEZ, V.

1978 «Reflexiones sobre los aspectos económicos en el Anteproyecto de Constitución», *Estudios sobre el Proyecto de la Constitución*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid

VEGA RUIZ, J.A. de

1989 «Protección penal del consumidor», *Estudios sobre consumo*, nº 15

VÉRGEZ SÁNCHEZ, M.

1991 «Régimen jurídico de los contratos realizados fuera del establecimiento (una aproximación al Derecho Europeo)», *Derecho Mercantil de la Comunidad Económica Europea. Estudios en homenaje a J. Girón Tena*, Civitas, Madrid

VICENT CHULIÁ, F.

1991 *Compendio crítico de Derecho Mercantil*, t. I, vol. 2º, 3ª edic., José Mª Bosch, Barcelona

Bibliografía

VICENTE MARTÍNEZ, R. de

1991 *Delitos contra la Seguridad Social*, Praxis, Barcelona

VIDAL ANDREU, G.

1985 «Robo domiciliario», *La Ley*, t. III

VIDALES RODRÍGUEZ, C.

1993 «Protección penal del patrimonio ilícito: el supuesto de drogas tóxicas, estupefacientes y sustancias psicotrópicas», *Poder Judicial*, nº 30

VILA MAYO, J.E.

1984 «Consideraciones acerca del engaño en la estafa», *La Ley*, t. III

VILADÁS JENÉ, C.

1978 «Notas sobre la delincuencia económica en España», *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, t. XXXI, fasc. III

1985 «Propuesta de Anteproyecto de Código Penal y delincuencia económica», *Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense*, monográfico nº 6

Bibliografía

VIVES ANTÓN, T.S.

1982 «Estado de derecho y Derecho Penal», *Comentarios a la legislación penal*, t. I, Edersa, Madrid

VIVES ANTÓN, T.S.; BOIX REIG, J.; ORTS BERENGUER, E.; CARBONELL MATEU, J.C.; GONZÁLEZ CUSSAC, J.L.

1993 *Derecho Penal. Parte Especial*, Tirant lo Blanch, Valencia,

WELZEL, H.

1968 «La doctrina de la acción finalista, hoy», trad. por J. Cerezo Mir, *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, t. XXI, fasc. II

1976 *Derecho Penal alemán. Parte General*, trad. por J. Bustos Ramírez y S. Yáñez Pérez, *Jurídica de Chile*, 2ª edic. castellana, Santiago de Chile

WIEACKER, F.

1986 *El principio general de la buena fe*, traducción por J.L. Carro, 2ª reimpresión, Civitas, Madrid

ZANDER, M.

1979 «What is the Evidence on Law and Order?», *New Society*, (50), nº 897

Bibliografía

ZANNOTTI, R.

1993 *La Truffa*, Giuffrè, Milano

ZUGALDÍA ESPINAR, J.M.

1980 «Conveniencia político-criminal e imposibilidad dogmática de revisar la fórmula tradicional "societas delinquere non potest", *Cuadernos de Política Criminal*, nº 11

1986 «La demarcación entre el dolo y la culpa: el problema del dolo eventual», *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, t. XXXIX, fasc. II

1988 *Delitos contra la propiedad y el patrimonio*, Akal, Madrid

ÍNDICE CRONOLÓGICO DE JURISPRUDENCIA

Indice cronológico de jurisprudencia

24 de enero	de 1953
12 de noviembre	de 1954
10 de junio	de 1957
10 de julio	de 1963
06 de febrero	de 1970.....(Ar. 888)
08 de noviembre	de 1974.....(Ar. 4170)
11 de febrero	de 1977
21 de mayo	de 1977
26 de junio	de 1979
24 de enero	de 1980.....(Ar. 139)
31 de marzo	de 1980.....(Ar. 1209)
31 de octubre	de 1980.....(Ar. 4239)
07 de julio	de 1981.....(Ar. 660)
12 de diciembre	de 1981.....(Ar. 5000)
14 de mayo	de 1984.....(Ar. 2067)
14 de febrero	de 1985.....(Ar. 956)
26 de febrero	de 1985.....(Ar. 1543)
25 de junio	de 1985.....(Ar. 3056)
25 de octubre	de 1985.....(Ar. 5055)
03 de enero	de 1986.....(Ar. 206)
24 de enero	de 1986.....(Ar. 179)
28 de enero	de 1986.....(Ar. 192)
29 de enero	de 1986.....(Ar. 196)
03 de febrero	de 1986.....(Ar. 555)
07 de junio	de 1986.....(Ar. 3118)
27 de junio	de 1986.....(Ar. 3211)
06 de octubre	de 1986.....(Ar. 5486)
07 de octubre	de 1986.....(Ar. 5573)
30 de octubre	de 1986.....(Ar. 5763)
23 de febrero	de 1987.....(Ar. 1279)
24 de febrero	de 1987.....(Ar. 1286)
27 de mayo	de 1987.....(Ar. 3141)
20 de junio	de 1987.....(Ar. 4976)

Indice cronológico de jurisprudencia

29 de junio	de 1987.....	(Ar. 5023)
06 de julio	de 1987.....	(Ar. 5174)
08 de agosto	de 1987.....	(Ar. 5298)
16 de septiembre	de 1987.....	(Ar. 6467)
11 de noviembre	de 1987.....	(Ar. 8713)
28 de diciembre	de 1987.....	(Ar. 9889)
14 de marzo	de 1988.....	(Ar. 2001)
24 de marzo	de 1988.....	(Ar. 2084)
26 de marzo	de 1988.....	(Ar. 2105)
22 de abril	de 1988.....	(Ar. 2845)
26 de abril	de 1988.....	(Ar. 2923)
03 de mayo	de 1988.....	(Ar. 3449)
07 de junio	de 1988.....	(Ar. 4486)
08 de junio	de 1988.....	(Ar. 4570)
15 de junio	de 1988.....	(Ar. 4922)
30 de septiembre	de 1988.....	(Ar. 7176)
10 de octubre	de 1988.....	(Ar. 7903)
28 de octubre	de 1988.....	(Ar. 8242)
28 de octubre	de 1988.....	(Ar. 8603)
15 de noviembre	de 1988.....	(Ar. 9166)
10 de enero	de 1989.....	(Ar. 14)
14 de enero	de 1989.....	(Ar. 32)
24 de febrero	de 1989.....	(Ar. 1653)
08 de marzo	de 1989.....	(Ar. 2553)
16 de marzo	de 1989.....	(Ar. 2670)
17 de marzo	de 1989.....	(Ar. 2679)
07 de abril	de 1989.....	(Ar. 3031)
21 de abril	de 1989.....	(Ar. 3487)
16 de junio	de 1989.....	(Ar. 5138)
26 de junio	de 1989.....	(Ar. 5528)
15 de septiembre	de 1989.....	(Ar. 6652)
20 de septiembre	de 1989.....	(Ar. 6755)
06 de octubre	de 1989.....	(Ar. 7627)

Indice cronológico de jurisprudencia

17 de octubre	de 1989.....(Ar. 7708)
25 de octubre	de 1989.....(Ar. 8481)
20 de noviembre	de 1989.....(Ar. 8678)
24 de noviembre	de 1989.....(Ar. 8722)
14 de noviembre	de 1989.....(Ar. 9661)
14 de diciembre	de 1989.....(Ar. 9583)
01 de febrero	de 1990.....(Ar. 2956)
05 de febrero	de 1990.....(Ar. 1057)
13 de febrero	de 1990.....(Ar. 1489)
26 de febrero	de 1990.....(Ar. 1622)
10 de mayo	de 1990.....(Ar. 3893)
16 de mayo	de 1990.....(Ar. 4025)
01 de junio	de 1990.....(Ar. 4959)
01 de junio	de 1990.....(Ar. 4966)
06 de junio	de 1990.....(Ar. 5149)
07 de junio	de 1990.....(Ar. 5158)
08 de junio	de 1990.....(Ar. 5239)
13 de junio	de 1990.....(Ar. 5285)
14 de junio	de 1990.....(Ar. 5296)
19 de junio	de 1990.....(Ar. 5568)
20 de junio	de 1990.....(Ar. 6534)
22 de junio	de 1990.....(Ar. 5641)
25 de junio	de 1990.....(Ar. 5654)
16 de julio	de 1990.....(Ar. 6726)
31 de octubre	de 1990.....(Ar. 8422)
09 de noviembre	de 1990.....(Ar. 8871)
12 de noviembre	de 1990.....(Ar. 8879)
22 de noviembre	de 1990.....(Ar. 9080)
14 de diciembre	de 1990.....(Ar. 9515)
05 de febrero	de 1991.....(Ar. 758)
14 de febrero	de 1991.....(Ar. 1031)
12 de marzo	de 1991.....(Ar. 2123)
20 de abril	de 1991.....(Ar. 2835)

Indice cronológico de jurisprudencia

08 de mayo	de 1991.....	(Ar. 3604)
14 de mayo	de 1991.....	(Ar. 3655)
28 de mayo	de 1991.....	(Ar. 3883)
10 de junio	de 1991.....	(Ar. 4580)
14 de junio	de 1991.....	(Ar. 4715)
19 de junio	de 1991.....	(Ar. 4756)
03 de julio	de 1991.....	(Ar. 5524)
16 de septiembre	de 1991.....	(Ar. 6198)
27 de septiembre	de 1991.....	(Ar. 6626)
27 de septiembre	de 1991.....	(Ar. 6628)
25 de noviembre	de 1991.....	(Ar. 8549)
27 de enero	de 1992.....	(Ar. 474)
24 de marzo	de 1992.....	(Ar. 2435)
25 de marzo	de 1992.....	(Ar. 2441)
03 de abril	de 1992.....	(Ar. 2753)
21 de abril	de 1992.....	(Ar. 3168)
12 de junio	de 1992.....	(Ar. 5206)
22 de junio	de 1992.....	(Ar. 5812)
16 de julio	de 1992.....	(Ar. 6645)
16 de julio	de 1992.....	(Ar. 6646)
02 de septiembre	de 1992.....	(Ar. 7080)
15 de octubre	de 1992.....	(Ar. 8003)
02 de febrero	de 1993.....	(Ar. 635)
25 de febrero	de 1993.....	(Ar. 1547)
01 de marzo	de 1993.....	(Ar. 1719)
01 de abril	de 1993.....	(Ar. 3066)
02 de abril	de 1993.....	(Ar. 3076)
18 de mayo	de 1993.....	(Ar. 4172)
15 de junio	de 1993.....	(Ar. 5017)
13 de julio	de 1993.....	(Ar. 5925)
19 de octubre	de 1993.....	(Ar. 7798)
05 de noviembre	de 1993.....	(Ar. 8232)
24 de diciembre	de 1993.....	(Ar. 9712)

Indice cronológico de jurisprudencia

14 de febrero	de 1994.....(Ar. 775)
14 de febrero	de 1994.....(Ar. 1280)
15 de febrero	de 1994.....(Ar. 923)
18 de marzo	de 1994.....(Ar. 2369)
13 de abril	de 1994.....(Ar. 3281)
23 de abril	de 1994.....(Ar. 6783)
13 de mayo	de 1994.....(Ar. 3696)
20 de mayo	de 1994.....(Ar. 3940)
26 de mayo	de 1994.....(Ar. 4053)
21 de junio	de 1994.....(Ar. 5220)