

UNIVERSIDAD LATINOAMERICANA DE
LA CIENCIA Y LA TECNOLOGÍA

TESIS DOCTORAL
“LOS FRAUDES COLECTIVOS”

DOCTORANDO
FREZIE MARÍA JIMÉNEZ BOLAÑOS

4 de Setiembre del 2002

INDICE

I.- INTRODUCCIÓN GENERAL

II.- CAPÍTULO PRIMERO: CONCEPTUALIZACIÓN DE LOS FRAUDES COLECTIVOS

A.- ASPECTOS GENERALES

- 1.- El delito masa
- 2.- Fraudes colectivos
- 3.- Bien jurídico protegido en los fraudes colectivos
- 4.- Finalidad de los fraudes colectivos
- 5.- Elementos constitutivos de los fraudes colectivos
 - 5.1.- El elemento subjetivo: unidad de plan criminal
 - 5.2.- Presupuesto material: Pluralidad de acciones o de actos que integran la misma acción.
 - 5.3.- Conexión objetiva: Unidad de precepto legal violado
 - 5.4.- Conexión subjetiva: Sujetos del fraude colectivo. sujeto activo y sujeto pasivo
 - 5.4.1.- El sujeto activo del fraude colectivo
 - 5.4.2.- El sujeto pasivo del fraude colectivo: Sujeto masa, generalidad de personas
- 6.- Contenido de los fraudes colectivos
- 7.- Características de los fraudes colectivos
 - 7.1.- Se trata de un profesional o experto en su oficio
 - 7.2.- El plan elaborado es complejo
 - 7.3.- Se trata de un delito pluriofensivo
 - 7.4.- La finalidad única es la obtención de un beneficio económico cuantioso
 - 7.5.- El ofendido o víctima posee características especiales
 - 7.6.- Negativa del ofendido a denunciar
 - 7.7.- Los fraudes colectivos aparenta ser negocios lícitos
- 8.- Principios de los fraudes colectivos
 - 8.1.- El principio de intervención penal

8.2.-El principio de configuración del tipo penal en virtud del bien jurídico tutelado

B.- FRAUDES COLECTIVOS Y DELITOS PATRIMONIALES

- 1.- Delitos patrimoniales: Bien jurídico
- 2.- Contenido de los delitos patrimoniales
- 3.- Clasificación de los delitos patrimoniales

C.- FRAUDES COLECTIVOS Y DELITOS CONTRA EL ORDEN PÚBLICO

- 1.- Los delitos contra el orden público económico
 - 1.1.- Delito económico
 - 1.2.- Delitos socioeconómicos y delitos contra el orden económico social
 - 1.3.- Delitos de cuello blanco
 - 1.4.- Delitos contra el orden público económico
- 2.- Los delitos contra el orden público económico y características
 - 2.1.- Contenido
 - 2.2.- Características de los delitos contra el orden público
 - 2.2.1.-El status del autor de los delitos contra el orden público es de profesional o funcionario público
 - 2.2.2.- El modus operandi utilizado en la comisión de los delitos contra el orden público es complejo
 - 2.2.3.- Se lesionan principalmente bienes jurídicos supraindividuales en la comisión de los delitos contra el orden público
 - 2.2.4.- En la comisión de delitos contra el orden público económico se lesionan accesoriamente otros bienes jurídicos tutelados en otros tipos penales
 - 2.2.5.- En la comisión de los delitos contra el orden publico económico se busca un beneficio económico cuantioso
 - 2.2.6.- En la comisión de los delitos contra el orden publico económico, el autor del delito, busca ciertas características en el ofendido o víctima
 - 2.2.7.- Reticencia de la víctima u ofendido a denunciar
 - 2.2.8.- Apariencia de licitud en la comisión de los delitos contra el orden público

- 2.2.9.- Diversidad de modalidades de comisión de los delitos contra el orden público económico
- 2.2.10.- Efecto resaca en la delincuencia contra el orden público
- 2.2.11.- Dificil persecución de los delitos contra orden público económico
- 3.- Principios generales de los delitos contra el orden público económico
 - 3.1.- El principio de intervención penal mínima
 - 3.2.- El principio de ubicación de la norma penal económica en el código penal
 - 3.3.- El principio de configuración del tipo penal en virtud de bien jurídico tutelado
 - 3.4.- El principio de inclusión de los elementos normativos y cláusulas generales en la norma penal económica
 - 3.5.- El principio de simplificación de la prueba
 - 3.6.- El principio de previsión de fraudes a la norma penal económica
 - 3.7.- El orden público económico: bien jurídico tutelado en los delitos contra el orden público económico

III.- CAPITULO SEGUNDO: FRAUDES COLECTIVOS EN COSTA RICA

INTRODUCCIÓN

A.- ASPECTOS GENERALES

- 1.- Fraude colectivo en el delito continuado
 - 1.1.-Delito continuado en Costa Rica
 - 1.1.1.- Desarrollo normativo del delito continuado en Costa Rica
 - 1.1.2.- Desarrollo jurisprudencial del delito continuado en Costa Rica
 - 1.1.2.1.- Elementos configurativos del delito continuado
 - 1.1.2.1.1- Sentencia Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia. voto n°270-f-90 de las 10h. 35m. del 14/9/90
 - 1.1.2.1.2.- Sentencia Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia. n°440 de las 8h. 40m. del 23/8/91
 - 1.1.2.1.3.- Sentencia Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia. n°787-f. de las 9h. 50m. del 13/12/96
 - 1.1.2.1.4.- Sentencia Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia. n°437. de las 9h. 25m. del 26/10/94

- 1.1.2.1.5.- Sentencia Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia. n°319 de las 11h. 40m. del 9/8/91
- 1.1.2.1.6.- Sentencia Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia. n°787 de las 9h. 50m del 13/12/96
- 1.1.2.1.7.- Sentencia del Tribunal de Casación Penal. n°544. de las 10h. 30m. del 31/7/98
- 1.1.2.1.8.- Sentencia Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia. n°2000-0117. de las 9h. 10m. del 13/11/00
- 1.1.2.2.- Sentencias de delito continuado. referidas a la penalidad del delito
- 1.1.2.2.1.- Sentencia Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia. n°911 29/9/98
- 1.1.2.2.2.- Sentencia Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia. de las 16h. 15m. del 12/12/94
- 1.1.2.2.3.- Sentencia sala tercera de la corte suprema de justicia. De las dieciséis horas quince minutos del doce de diciembre de mil novecientos noventa y cuatro
- 1.1.2.2.4.- Sentencia del Tribunal de Casación Penal. n°666 de las 16h. 15m. del 6/11/96
- 1.1.2.2.5.- Sentencia Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia. n°542 de las 10h. 25m. del 7/5/99
- 1.1.3.- Delito continuado y fraude colectivo en costa rica: toma de postura

B.- DESARROLLO NORMATIVO Y JURISPRUDENCIAL DEL FRAUDE COLECTIVO EN COSTA RICA

- 1.- Desarrollo normativo de la estafa en relación con el fraude colectivo en nuestra legislación penal
- 2.- Desarrollo jurisprudencial del fraude colectivo en costa rica
 - 2.1.- Fraude colectivo en relación con la venta de viviendas
 - 2.2.- Fraude colectivo mediante venta de clubes de viajes
 - 2.3.- Fraude colectivo mediante financieras y bancos
 - 2.4.- Fraudes colectivos cometidos mediante el sistema de fondos de inversión

C.- BREVE REFERENCIA HISTÓRICA A LA EVOLUCIÓN HISTÓRICA Y JURISPRUDENCIAL DE LOS FRAUDES COLECTIVOS EN ESPAÑA

- 1.- Evolución histórica en España de los fraudes colectivos
- 2.- Desarrollo jurisprudencia de los fraudes colectivos en España
- 2.1.- Sentencias del 22 de marzo y 3 de mayo de 1966

D.- DISTINCIÓN DEL DELITO MASA CON EL DELITO CONTINUADO EN EL SISTEMA PENAL ESPAÑOL

- 1.- Distinción del delito continuado y del delito masa, en el sistema penal español
- 2.- Elementos constitutivos del delito continuado y su distinción con el fraude colectivo, en el sistema penal español
- 2.1.- Elemento fáctico del delito continuado
- 2.2.- El elemento subjetivo: unidad de designio o de propósito
- 2.3.- Elemento objetivo
- 2.4.- Identidad del sujeto activo
- 2.5.- No es necesario identidad del sujeto pasivo
- 2.6.- Se exige que los bienes jurídicos lesionados no sean eminentemente personales

E.- PROPUESTA POLÍTICO-CRIMINAL

- 1.- Fraude colectivo: solución en el derecho penal costarricense para su regulación legal
- 2.- Fraudes colectivos y estafa: su tratamiento doctrinal a la luz de la normativa costarricense.
- 3.- La estafa: análisis del tipo objetivo
- 3.1.- Sujeto activo y autor del delito
- 3.2.- Conducta típica: engaño que induce a error
- 3.3.- Resultado típico: acto de disposición patrimonial lesivo
- 3.4.- Sujeto de la acción y sujeto pasivo en la estafa
- 4.- La estafa: análisis del tipo de injusto: tipo subjetivo
- 4.1.- El dolo en el delito de estafa

F.- HACIA UNA REFORMA PENAL EN MATERIA DE FRAUDE COLECTIVO

I.- Introducción General

A partir de los años veinte del siglo pasado, se da una transformación de la sociedad en general motivado por los cambios tecnológicos y de comunicación que permiten mediante mensajes, propuestas e información en general llegar a un grupo numeroso de personas de diversa índole; lo cual influye en las relaciones sociales y económicas de una comunidad. De esta forma se pasa de la concepción del sujeto visto desde su óptica individual a concebirlo desde su aspecto colectivo como grupo o masa de personas.

Ese grupo de personas a la que se denomina “masa”, pese a estar integrada por un grupo considerable de personas, perfectamente individualizadas, llega a convertirse en una unidad, que se abstrae de sus integrantes, obteniendo, una serie de parámetros generales y comunes que vienen a definirla en una sociedad. Es por ello que, esa masa de personas, con gustos y características similares, es el objetivo a dominar y convencer en una serie de campos de la vida en comunidad, como el político, económico y social.

A ese grupo o generalidad de personas, se le trata de convencer mediante una serie de mecanismos y dinámicas de información y publicitarias que se desarrollan en el campo lícito pero; que también son objeto del proceder astuto de delincuentes, desde donde surge en el campo del derecho penal el “delito masa”. Este delito consiste en una conducta dirigida a una generalidad de personas o masa (amorfa) de individuos, aunque individualizables, el sujeto activo encuentra su motivación en que afecta a un grupo considerable de personas. Por ello, el delito masa puede infringir bienes jurídicos como por ejemplo: “La Vida Humana”, en el supuesto del genocidio; sin embargo, adquiere su mayor relevancia, por la

proliferación de casos que se han presentado en el campo patrimonial en Costa Rica y también en España, con los denominados fraudes colectivos, como la modalidad más relevante del delito masa.

Con fundamento en lo dicho, el fraude colectivo viene a ser aquella modalidad del delito masa, cuya conducta engañosa consiste en que el sujeto activo dirige su ardid o engaño a una masa o generalidad de personas, con la finalidad única de obtener con ello un beneficio económico global cuantioso, el cual a su vez constituye un perjuicio económico para los individuos a quienes se dirige el plan engañoso propuesto. De ahí, que la principal característica de este tipo de delito, esté dada en ese sujeto pasivo masa y su importancia radica en la gravedad que posee el fraude colectivo en la actualidad ya que causa perjuicio a la sociedad en los campos económico y social y carece de regulaciones adecuadas para su justa punición. Esto ocasiona desigualdad en la aplicación de la justicia penal¹, que de alguna forma logra ser efectiva para casos de delincuencia común, pero que se muestra ineficaz en los “fraudes colectivos”, como un tipo de delincuencia más elaborado.

Los “fraudes colectivos”, aumentan en la actualidad conforme se desarrollan y adquieren complejidad las relaciones económicas, tanto entre particulares como en aquellas donde el Estado interviene.

Los fraudes colectivos, se refieren a una modalidad de delincuencia que ha proliferado en el mundo entero, con fundamento en la aparición de ese sujeto pasivo masa o generalidad de personas, que constituye un

¹ MARTOS NUÑEZ, J. *Derecho Penal Económico*. Editorial Montecorvo, S.A., Madrid, 1978; p. 248-249..“La Justicia Penal se ejerce sobre tipos tradicionales, delitos convencionales, pero su actuación es virtualmente inoperante sobre los autores de hechos gravemente perjudiciales para la colectividad que se han estructurado en la organización política y económica bien por falta de tipificación penal adecuada, bien por las dificultades probatorias, de tales comportamientos, derivados de la habilidad de actuación de sus autores y de la propia complejidad de los delitos económicos-financieros...”

atractivo para el delincuente, lo cual se asocia también con la impunidad de estas conductas debido en gran parte, a la existencia de normativas penales poco adecuadas para su regulación y justa punición², esto facilita que esas conductas delictivas escapen a la imposición de sanciones por parte del Estado³.

Este tipo de fraude entraña una maniobra engañosa compleja que surge de la labor conjunta de las personas involucradas en su comisión, quienes se esmeran por presentar la propuesta como lícita y solvente, mecanismo por medio del cual logran engañar a sus víctimas y los convencen para invertir en el proyecto⁴. De esta forma, los autores y partícipes del delito referido, captan dineros de muchas personas que, al final de cuentas, resultan defraudados en el monto invertido, porque el proyecto nunca se llevó a cabo⁵.

² MARTOS NUÑEZ, J., "*Derecho Penal Económico*", op. cit. P. 241. "A mi juicio, si, como reconoce la doctrina dominante, la problemática básica del Derecho Penal Económico, en el ámbito legislativo, se produce como consecuencia de nuevas formas de criminalidad y de la insuficiencia de los tipos penales tradicionales para combatirla, parece legítimo, por tanto, que en virtud del proceso de tipificación penal esta rama del Ordenamiento valore, de acuerdo con las necesidades reales de tutela que demanda la sociedad, aquellos fragmentos de antijuridicidad penalmente relevantes en el ámbito socio-económico".

³ BARRITA LÓPEZ (F.), "Los Delitos Como Negocio". En: *Revista Mexicana de la Justicia*. 83; México, No. 4; Volumen 1; Octubre-Diciembre, 1983, pp. 256-257. "De todos es conocido el hecho de que una gran cantidad de delitos no llegan al conocimiento de las autoridades encargadas de su investigación y persecución, por ello es que en estadística criminal sólo se maneja la llamada cifra blanca y no así la cifra negra, cifra que engloba aquellos delitos que por muchas causas quedan impunes. Formando parte de esa cifra negra se encuentra la que el criminólogo belga Severino Versele ha denominado "cifra dorada", cuyo difícil si no imposible manejo en este momento, no nos permite conocer cuantitativamente la comisión de delitos económicos. Sin embargo, los titulares de grandes, mediano y pequeños diarios y periódicos, constantemente nos presentan pequeñas noticias de su real existencia y comisión, y que van desde el soborno de altos funcionarios de los gobiernos por parte de las gigantescas transnacionales, pasando por la descapitalización y desestabilización de países con aptitudes independentistas, hasta delitos menores cuantitativamente hablando en cuanto al número de personas afectas, como son: los fraudes de los comerciantes, de los industriales, y de los fraccionadores, tanto al público en general como a sectores de la población en particular.

⁴ BAJO FERNÁNDEZ, M. "La Delincuencia Económica. Un enfoque criminológico y Político Criminal" *Op. Cit.* P. 19 "Una de las notas de mayor trascendencia del delito económico es su apariencia externa de licitud...Consencuencia de ello es, por un lado, la ausencia de "afectividad" del delito (crime appeal), a diferencia de figuras clásicas como el asesinato, la violación o el robo. Esta neutralidad con que el hecho se presenta frente al sentimiento público se deriva también de su circunstancialidad y abstracción. El delito Económico, en efecto, al contrario que el asesinato, que es siempre un crimen atroz, oscila entre ser un hecho lícito e incluso socialmente beneficioso y meritorio a ser un grave delito, según las circunstancias."

⁵ TIEDEMANN, (k), *Poder Económico y Delito*. Barcelona; Editorial Ariel S.A.; 1 era edición, 1985, p. 28. "Quien observe atentamente el desarrollo de la vida económica y de su regulación jurídica descubrirá que su creciente complejidad ha dado lugar a una polifacética estratificación de interés cuya cobertura y evaluación se hacen

En doctrina, el tema relativo al delito masa y al fraude colectivo, ha sido tratado por el profesor Landrome Díaz⁶, quien se ha dedicado al estudio y análisis de este tipo de delincuencia., explicando su posición al respecto en esta tesis⁷.

Por su parte, los profesores Díaz Palos⁸, Sáinz Cantero⁹, Reol Suárez¹⁰, desde 1958 vienen definiendo las características y elementos del delito masa, aplicables a los fraudes colectivos, los cuales se desarrollan en este trabajo¹¹.

Como parte del estudio de los fraudes colectivos en relación con los delitos contra el orden público económico, es importante citar al profesor Bajo Fernández¹², como uno de los autores que ha estudiado con detenimiento el tema de los delitos económicos, cuyas clasificaciones, junto con el profesor alemán Tiedemann¹³, permiten ubicar el fraude colectivo como un delito contra el orden público económico en sentido amplio, por tratarse de una estafa cuyos perjuicios son graves, ya que abarcan a una pluralidad de ofendidos; es decir, un numeroso grupo de afectados, que bajo un criterio amplio se podría aceptar que lesiona un bien jurídico supra individual como lo es el orden público económico, en sus ramificaciones de

prácticamente imposibles con las descripciones clásicas de los delitos patrimoniales. Ejemplo de lo expuesto lo constituye el aprovechamiento de las ventajas que poseen ciertas personas (insiders), en cuanto obtener información sobre el estado económico de la empresa”.

⁶ LANDROME DÍAZ, G. “Los Fraudes Colectivos” *op. cit.* P. 17-18

⁷ Ver infra, Fraudes Colectivos, pp.

⁸ DIAZ PALOS, F. “Delito Masa: Delitos de Fraude Colectivo” p. 73-74

⁹ SAINZ CANTERO, J. *El delito masa*, p. 650-651

¹⁰ REOL SUÁREZ, A. El sujeto pasivo masa en delitos continuados y únicos de estafa. P. 26-27.

¹¹ Ver supra. Fraudes Colectivo. Pp.

¹² BAJO FERNÁNDEZ, M. La Delincuencia Económica: Un enfoque Criminólogo y Político Criminal”. *Op. cit.* P. 6

¹³ TIEDEMANN, K. “La Criminalidad Económica como Objeto de Investigación”. En: *Cuadernos de Política Criminal*”. Nº 19, Madrid, Editorial de Derecho Reunidas (EDERSA), 1983; p. 171.

la confianza pública en el tráfico comercial, el derecho de crédito, etc., pese a no ser este criterio suficiente para desvirtuar su naturaleza patrimonial.

Sin embargo, con el profesor Bajo Fernández, Tiedemann, Martos Nuñez, etc; es posible sostener que la doctrina mayoritaria se orienta por ubicar a los fraudes colectivos, más que como un delito contra el orden público económico como un delito de contenido patrimonial, al afectar directamente al patrimonio de cada uno de los afectados, como bien jurídico tutelado por excelencia.

En Costa Rica, los fraudes colectivos se presentan en relación con venta de vivienda, venta de clubes de viajes, acciones, fondos de inversión y financieras, lo cual ha causado graves problemas económicos a muchas personas de escasos recursos, quienes buscan en estos sistemas de inversión y crédito, una forma de acceder a bienes y servicios que no podrían obtener de otra forma. Lejos de recibir lo prometido, resultan perjudicadas en las sumas de dinero pagadas. Estas u otras son las graves consecuencias que se generan en el campo económico y social causando frustración y desconsuelo en los ofendidos.

Como ejemplo de fraudes colectivos, tenemos aquellos cometidos por extranjeros¹⁴ por medio de sistemas de inversión o fondos mutuos, han utilizado Costa Rica, las bellezas naturales, bosques y playas, para promocionar venta de tierras a través de proyectos turísticos ficticios, por cuyo concepto venden acciones y clubes sin ningún valor, perjudicando con ello a muchas personas residentes en otros países y a costarricenses, lesionando el prestigio económico y comercial de Costa Rica a nivel mundial.

¹⁴ BAJO FERNÁNDEZ, M. "La Delincuencia Económica: Un enfoque criminológico y Político criminal. No. 5, 1978, p.6 "Los efectos lesivos de la delincuencia económica se ven favorecidos por el desarrollo de una nueva modalidad de comisión: la delincuencia internacional. Los delitos más graves, en efecto, se cometen en varios países a la vez, siendo la cooperación internacional la forma de comisión más común de estafas, falsedades, corrupción, espionaje, actividades monopolísticas (acuerdos, carteles, etc.).

En Costa Rica, a falta de regulación especial para el “fraude colectivo”, se recurre a las figuras de la estafa en concordancia con las reglas del delito continuado; para responsabilizar a los imputados involucrados¹⁵.

En el sistema penal español en los años 50 del siglo pasado, el “fraude colectivo” se sancionaba cuando estos se presentan, mediante la figura del delito continuado; contemplándolo una modalidad de éste y una excepción a las reglas del concurso de acciones, pero en la actualidad, se reformó el Código Penal, mediante Ley Orgánica 10-1995, del 23 de noviembre de mil novecientos noventa y cinco, regulando en el artículo 250 inciso 6to y 7mo, en relación con el punto dos, con mayor claridad la figura del fraude colectivo como una agravación de ésta de la siguiente forma: “El delito de estafa será castigado con las penas de prisión de uno a seis años y multa de seis a doce meses”; cuando inciso 6to: “Revista especial gravedad, atendiendo al valor de la defraudación, a la entidad del perjuicio y a la situación económica en que deje a la víctima o a su familia”. Inciso 7: “Se cometa abuso de las relaciones personales existentes entre víctima y defraudador, o aproveche éste su credibilidad empresarial o profesional”. Punto 2: “Si concurren las circunstancias 6ª y 7ª, con la 1ª, del número anterior, se impondrán las penas de prisión de cuatro a ocho años y multa de doce a veinticuatro meses.” El artículo anterior, sea el número 249 en su parte primera, se refiere a la cuantía que establece una pena de seis meses a cuatro años, si la cuantía de lo defraudado excediera de cincuenta mil pesetas¹⁶.

¹⁵ Ver sentencias supra pp.

¹⁶ CODIGO PENAL, Ley Organica 10-1995 de 23 de noviembre del Código Penal, “Comentarios Jurisprudencia Legislación Complementaria, Madrid, Editorial Colex, “2ª. Edición Revisada y actualizada octubre 1996, art. 249 y 250 incisos 6to, 7mo y punto 2.

El Código Penal español, contempla aquellos supuestos en que la Estafa revista especial gravedad, atendiendo al valor de la defraudación, la entidad del perjuicio y la situación económica en que deje a la víctima o a su familia y además, se refiere a que el defraudador se aproveche de su credibilidad empresarial o profesional¹⁷.

Estos supuestos también pueden resolverse mediante la aplicación de las regulaciones del delito continuado, en la actualidad en la legislación española se da la regulación de la figura del fraude colectivo, tanto en la figura especial de la estafa del artículo 249 y 250 incisos 6 y 7 en relación con el punto 2 del mismo numeral; así como con la aplicación del delito continuado que se establece en el artículo 74 que regula: “No obstante, lo dispuesto en el artículo anterior, el que, en ejecución de un plan preconcebido o aprovechando idéntica ocasión, realice una pluralidad de acciones u omisiones que ofendan a uno o a varios sujetos e infrinjan el mismo precepto penal o preceptos penales de igual o semejante naturaleza, será castigado, como autor de un delito o falta continuados, con la pena señalada para la infracción más grave, que se impondrá en su mitad superior. 2.- Si se tratare de infracciones contra el patrimonio, se impondrá la pena teniendo en cuenta el perjuicio total causado. En estas infracciones el juez o Tribunal impondrá, motivadamente, la pena superior en uno o dos grados, en la extensión que estime conveniente, si el hecho revistiere notoria gravedad y hubiere perjudicado a una generalidad de personas...”¹⁸

Por lo expuesto, varios tratadistas estudiosos del tema, se orientan por establecer siguiendo el principio de especialidad de la ley, que debería aplicarse a los fraudes colectivos el tipo penal de la estafa agravada y no la

¹⁷ CÓDIGO PENAL DE ESPAÑA. Art. 250 Inc. 1, 6 y 7.

¹⁸ CODIGO PENAL DE ESPAÑA, ibidem, art. 74.

figura del delito continuado.¹⁹ La jurisprudencia española²⁰ aproximadamente desde el año 1950, se pronuncia sobre el tema de los fraudes colectivos, definiéndolos como un delito masa y como una modalidad del delito continuado, pero dándole un tratamiento especial y diferente que hasta entonces tenía el delito continuado.

Por otra parte, tanto la jurisprudencia como la doctrina en España, se inclina por definir los fraudes colectivos como un delito masa, que puede ser clasificado como un delito económico en sentido amplio, pero cuya naturaleza corresponde según la doctrina dominante a la esfera de los delitos cometidos contra el patrimonio²¹.

Pese a que la mayoría de la doctrina europea ubica los fraudes colectivo, como delito contra el patrimonio, según se expondrá en el desarrollo de esta investigación, reviste una serie de características que lo hacen de difícil persecución, por lo cual una adecuada regulación de esta

¹⁹ Ver, infra, _____, pp .

²⁰ Sentencia de 28 de junio de 1967, en R.J. Aranzadi, núm. 3442, citado por LANDROVE DIAZ, G., Los Fraudes Colectivos. Barcelona, Editorial Bosch, 1era edición; 1978, p. 42. “De especial interés en la consolidación de la doctrina del delito único de referencia es la sentencia de 28 de junio de 1967, en la que se contempló el supuesto de venta de participaciones de la Lotería nacional sin la debida cobertura, con lo que resultó defraudado un elevado número de adquirentes de buena fe, se estimó por nuestro más alto Tribunal que “la unidad de ideación, de propósito delictivo y de fin perseguido, hace enteramente aplicable la creación judicial del sujeto pasivo masa, tipología delictual muy frecuente en esta clase de defraudaciones en que al socaire de proporcionar las ventajas o favores de la fortuna, el sujeto activo con unidad de propósito y planificación concibe como destinatarios, no a los sujetos pasivos singulares titulares de las participaciones que de cada uno de ellos se pretende lograr, sino a la masa de todos ellos, productora del lucro conjunto y unitario que se persigue obtener”.

²¹ MUÑOZ CONDE, F., Derecho Penal. Parte Especial. Valencia, Editorial _____; 10ma Edición, 1995. P. 306. “Al principio la jurisprudencia intentó solucionar el problema con ayuda de la teoría del delito continuado (STS 22 y 26 octubre, 13 noviembre de 1954), pero esta teoría exigía, para castigar como un solo delito de estafa por la cuantía total de lo defraudado las plurales defraudaciones, la unidad del sujeto pasivo y la indeterminación de las fechas y cuantía de las defraudaciones, requisitos que sobre todo por lo que respecta al sujeto pasivo, no se dan en los fraudes colectivos...Por eso, la teoría del delito continuado fue sustituida por la del delito masa. Según esta teoría se pueden castigar varias defraudaciones como un solo delito de estafa por el importe total de lo defraudado. El sujeto pasivo masa aparece ante el sujeto activo como una pluralidad indiferenciada de personas anónimas, intercambiables, de las que sumadas en su conjunto producen un gran beneficio patrimonial, con un propósito unitario de enriquecimiento. Son estos dos requisitos los que convierten las diversas defraudaciones cuya cuantías individuales son a veces irrisorias, en un solo delito de estafa a castigar por el importe de lo defraudado.

conducta delictiva, facilitaría la imposición de sanciones por parte de la administración de justicia.

Sin temor a contrariar la tendencia del derecho penal moderno y de los Estados contemporáneos, que adoptan un sistema social, democrático y de derecho, garantizador de los derechos y libertades de los sujetos sometidos a un proceso penal, puedo afirmar que en los casos referidos de los fraudes colectivos, el poder punitivo del Estado, que siempre se ha situado muy por encima del imputado, se rompe; pues en estos supuestos el imputado lleva ventaja sobre el Estado, cuenta con recursos humanos, económicos y técnicos²², para evadir su responsabilidad en el caso concreto que se le atribuye, quedando por ello en muchos casos impune su conducta. Por esta razón, sin olvidar las garantías y derechos del imputado, es necesario dotar al Estado de una legislación adecuada, que le permita perseguir de manera más eficiente este tipo de delincuencia. La sociedad también merece una respuesta satisfactoria al problema que presentan y el Estado tiene la obligación de dársela. Sin embargo, el Estado no puede hacerlo, pues en muchas ocasiones tiene las manos atadas por una legislación muy concreta, que contiene tipos penales muy rígidos, cargados de elementos subjetivos, que además exigen un resultado.

Todo esto lleva a la exigencia de recabar gran cantidad de pruebas, de muy difícil obtención y que el imputado en muchas ocasiones destruye

²² BAJO FERNÁNDEZ, M. Derecho Penal Económico, Parte Especial, Capítulo XVI, Madrid, op cit, p. 570 “ En cuanto a los factores personales, hay que tener en cuenta que la permanencia del delincuente a las altas capas sociales provoca una estima social y un concepto de honorabilidad e integridad, que cuidan mucho de crear y mantener, facilitándoles la relación de grupos de poder. La inteligencia y astucia facilita la utilización de medios para impedir ser descubiertos o perseguidos. Son de una especial astucia y valentía en sus actividades irregulares a la vez que obran sin conciencia clara de la ilegalidad de sus actos porque se creen portadores de cierta inmunidad frente a las leyes o porque tiene una imagen estereotipada del “criminal” que asocian a las capas inferiores y con las que no cuadra su propia identidad”.

inmediatamente al ser descubierto, como lo es por ejemplo, la información que se maneja en computadoras²³.

En esta investigación se pretende demostrar que el fraude colectivo, no se encuentra tipificado como delito en el ordenamiento penal costarricense, lo cual ocasiona problemas para su justa punición. Además, se pretende determinar que debido a la falta de tipificación de la conducta del fraude colectivo, se ha sancionado por parte de nuestros jueces a través de otras figuras jurídicas como el delito continuado y la estafa, para dar respuesta al problema que representan éstos. En este orden de ideas, se pretende determinar en esta investigación que es necesario incluir en el Código Penal la figura del fraude colectivo, siguiendo un criterio de especialidad, como un delito contra el patrimonio incluido en los supuestos de la estafa agravada; lo cual permitirá establecer una pena proporcional, equitativa y justa para este tipo de delincuencia, propuesta que se incluye en esta tesis.

Esta investigación se desarrollara siguiendo el orden que se expone a continuación:

I.- INTRODUCCIÓN GENERAL

II.- CAPÍTULO PRIMERO: CONCEPTUALIZACIÓN DE LOS FRAUDES COLECTIVOS

a.- Aspectos generales

b.- Fraudes colectivos y delitos patrimoniales

²³ Como un ejemplo de lo dicho ver: HERRERO HERRERO, C, Los Delitos Económicos, op cit. p. 594. "De hecho las lagunas del Derecho Penal tradicional frente a esta nueva forma de delincuencia se hacen evidentes cuando se intenta establecer cuales que cada uno de los elementos constitutivos de delitos tradicionales esté presente en el asunto en causa. La situación jurídica, sin embargo, no es tan simple porque, en no infrecuentes hipótesis, por ejemplo el acceso de una persona a la "lógica" del ordenador para sustraer informaciones de valor (listas de clientes, secretos industriales...) almacenados en aquél. "los procedimientos basados en una ley clásica, referida al robo con factura, pueden manifestarse totalmente ineficaces. En efecto, el acceso puede hacerse mediante terminales a distancia instaladas en casa del delincuente, o utilizando códigos telefónicos secretos. Y estas formas no tradicionales "de robo con factura" no están cubiertas por la ley".

c.- Fraudes colectivos y delitos contra el orden público

III.- CAPITULO SEGUNDO: FRAUDES COLECTIVOS EN COSTA RICA

INTRODUCCIÓN

a.- Aspectos generales

b.- Desarrollo normativo y jurisprudencial del fraude colectivo en Costa Rica

c.- Breve referencia histórica a la evolución histórica y jurisprudencial de los fraudes colectivos en España

d.- Distinción del delito masa con el delito continuado en el sistema penal español

e.- Propuesta político-criminal

f.- Hacia una reforma penal en materia de fraude colectivo

Luego de definir los aspectos de importancia de esta investigación así como el orden que se seguirá en su elaboración expuestos en esta introducción, pasamos al desarrollo del mismo.

II.- CAPÍTULO PRIMERO: CONCEPTUALIZACIÓN DE LOS FRAUDES COLECTIVOS

A) ASPECTOS GENERALES

La figura jurídica que me interesa exponer en esta investigación denominada “fraude colectivo”, es un tipo de delincuencia que ha aumentado considerablemente en la actualidad, en el mundo entero, así como en Costa Rica, Estados Unidos y España. De ahí que su estudio y análisis sea importante, con el objetivo principal de establecer cuál sería su adecuada regulación, para lograr a su vez una justa punición de este tipo de conducta.

La gravedad de los fraudes colectivos, estriba precisamente en que perjudica a un número considerable de individuos, siendo por tal el sujeto pasivo pluriofensivo y denominado también masa²⁴. Esto ocasiona que las consecuencias de este tipo de delincuencia sean graves para la sociedad en general.

El estudio de los fraudes colectivos lo presento primero a través de un breve enfoque de la figura principal que sería el delito masa, para arribar a la exposición de los fraudes colectivos como una modalidad de este tipo de delito, pero referido esencialmente al campo patrimonial²⁵.

Por otra parte al fraude colectivo se le identifica con el efecto denominado “bola de nieve “ desarrollados por algunas sociedades de crédito inmobiliario en Europa a principios del siglo pasado y posteriormente en la sociedad norteamericana²⁶.

Con el surgimiento de los fraudes colectivos se establece el problema de su justa punición, la cual permita aplicar una sanción acorde con la culpabilidad del sujeto o

²⁴ DIAZ PALOS, F. Delito – masa: Delitos de Fraude Colectivo. “Vulgarizando el pensamiento del filósofo, podemos efectivamente observar que la masa, el público, la gente en general, cuando entra en un cine, conecta el televisor, compra un décimo de lotería, suscribe una póliza contractual o usa de otros bienes (los ejemplos pueden multiplicarse hasta el infinito), lo hace con el convencimiento de que puede exigirlos sin más, que están a su servicio de manera natural y automática. De ahí la decepción colectiva, incluso el movimiento de protesta general, cuando el mecanismo, la máquina civilizadora falla.”

²⁵ El fraude colectivo, viene a ser una de las modalidades que puede adoptar el denominado delito masa y se le caracteriza también como una excepción del concurso de delitos y del delito continuado. El fraude colectivo como modalidad del delito masa, tiene como su principal característica el presentar un sujeto pasivo masa, es decir, que el delincuente dirige su actuación a causar un perjuicio general a un grupo considerable de individuos.

²⁶ Ver en igual sentido, DÍAZ PALOS, F. Ibid. p. 73.

sujetos que llevaron a cabo la actuación ilícita y con la gravedad de las consecuencias resultantes de la comisión del delito.

Los fraudes colectivos consisten en actuaciones ilícitas totalmente individualizables y cuyos montos de defraudación son de bajo importe, por cuyo motivo, el sancionarlos conforme las reglas del concurso de delitos, significaba darle al delincuente una especie de prima, o de beneficio cuando realiza una actuación ilícita al por mayor, lo cual riñe con la justicia que se pretende obtener²⁷.

Por otra parte, la tendencia piadosa que se atribuye al delito continuado, también dificultaba la aplicación de éste para una más justa sanción de esos delitos, y se terminó concluyendo que el delito continuado presentaba serias diferencias con el fraude colectivo o delito masa; por tal motivo, no era posible utilizarlo para sancionar esas conductas. De ahí que, en otras legislaciones como en España y Alemania, se ha llegado a aceptar la existencia de un tipo de delito masa y como una forma o modalidad de éste, el fraude colectivo²⁸, que a su vez será una excepción al concurso de delitos y al delito continuado.

1.- El delito masa

En los albores del siglo pasado y especialmente en el presente siglo, la masa o colectividad de individuos toma fuerza y es el punto principal para el desarrollo de la industria, los servicios en múltiples campos, los medios de comunicación, la publicidad, etc. Empresarios, comerciantes, políticos, periodistas y otros, dedican su trabajo o lo proyectan a esa masa de individuos como sus receptores. El convencer a esa masa en cualquier campo lícito, es sinónimo de éxito. Sin embargo, esta actividad de convencer y llegar a las grandes colectividades, no se quedó únicamente en el campo lícito; sino que pasa al campo de lo ilícito y delictivo.

²⁷ DIAZ PALOS, F, *Ibid.* p. 73-74. "En España, como no podía por menos, la Jurisprudencia ha tenido que enfrentarse con la nueva modalidad, sin que hayan bastado los cauces conocidos, en especial la construcción del *delectum continuatum*, para satisfacer las exigencias del momento actual y el perenne sentimiento de justicia.: la venta de numerosas participaciones de Lotería sin la cobertura del billete que luego resulta premiado; la inmobiliaria ficticia que ofrece viviendas y cobra anticipos por ellas, la oferta de determinadas mercancías a un ancho mercado consumidor que resulta luego defraudado; cobro de primas en la expedición de documentos oficiales necesarios para el transporte, etcétera, etcétera. En todos estos casos, si se fracciona el delito con arreglo a las normas clásicas del concurso, queda diluido en una serie de faltas o delitos menores lo que equivale casi a la impunidad, por virtud del sistema de acumulación jurídica de penas."

²⁸ LANDROVE DIAZ, G., *Los Fraudes Colectivos*. p. 45. "Creación del delito-masa que surge específicamente referida a los fraudes colectivos, si bien en el futuro pudieran ampliarse su aplicación a otras áreas."

Es así, como sujetos se aprovechan e diferentes formas de la confianza y buena fe de esa colectividad de individuos. Y por ello nos enfrentamos al denominado delito masa.

En general y de manera sencilla, puedo decir que el delito masa surge cuando un sujeto o agrupación mediante un plan preconcebido, mediante una acción o varias, se dirige a una generalidad de individuos, con la finalidad de obtener un resultado. La principal característica que tiene este tipo de delito, es precisamente, dirigirse a esa masa o generalidad de individuos, que constituye la motivación de quien comete este tipo de delitos.

En relación con el sujeto pasivo debe serlo una generalidad de personas, esto para distinguir que debe entenderse por “masa” en relación con lo que sería un grupo pequeño de perjudicados que se encuentren claramente identificados. La masa sólo es posible establecerla como aquella generalidad de personas hacia las cuales, desde el inicio de la actuación delictiva, el sujeto activo dirige su plan o designio para obtener mediante una serie de mecanismos el resultado que se ha propuesto. El delito masa se encuentra conformado por una pluralidad de acciones, vinculadas por intereses comunes pero que se trata de acciones totalmente individualizables; encaminadas a la obtención de un resultado por parte del sujeto activo. Aunque el delito masa podría lesionar bienes jurídicos de diversa índole, lo cierto es que su mayor proliferación se ha dado en el campo patrimonial, el delincuente se dirige a la masa para obtener un beneficio económico cuantioso, dándose por ello una similitud entre el denominado delito masa y el fraude colectivo; éste último referido al campo patrimonial ²⁹.

Por lo dicho y a efectos del presente estudio, me interesa estudiar el fraude

²⁹ CÁNDIDO CONDE-PUMPIDO FERREIRO, “Comentarios al Código Penal”. “Constituye una figura que debe su origen a la jurisprudencia y dogmática española. Fue Reol, quien primero escribió sobre los delitos con sujeto pasivo masa, haciéndose eco de esa teoría, Díaz Palos, Quintano, Landrove, Sainz Cantero, Castiñeira y Rodríguez Mourullo. La razón de ser de esta construcción fue la inicial exigencia jurisprudencial de que en el delito continuado el sujeto pasivo de todas las infracciones fuera el mismo, lo que, de un lado impedía incluir en él los fraudes colectivos, mientras que de otro, el límite de la regla 2.a del artículo 70 provocaba penas prácticas irrisorias y desproporcionadas, por su levedad y con la gravedad del hecho. Sin embargo, al suprimirse por la posterior doctrina jurisprudencial el requisito de la unidad del sujeto pasivo, nada se opone a estimar los delitos masa como un delito continuado propio, por lo que la doctrina venía postulando la supresión de aquella modalidad. No lo entendió así el legislador de 1995, tal vez por considerar que en estos casos la pena debía ser todavía más grave que la que corresponde al delito continuado, incluyendo así en este artículo la definición de la modalidad agravada de este apartado que estamos comentando. Aunque el Tribunal Supremo venía aplicando esta figura desde 1967 (SS 14 de abril, 27 junio y 15 octubre 1967), su reconocimiento legal expreso se introduce también en 1983 por el citado artículo 69bis y se reitera en el 74.2 del Código vigente, como modalidad del delito continuado, con un triple condicionamiento: el normativo de referirse a delitos patrimoniales, lo que enlaza esta modalidad delictiva con los fraudes colectivos y los llamados delitos de cuello blanco, el objetivo, de que el hecho “revistiera notoria gravedad” y el subjetivo de afectar a una pluralidad de sujetos pasivos o perjudicados, que el texto del precepto define como generalidad de personas”.

colectivo, como una modalidad del delito masa referido³⁰.

En la legislación española, delito masa³¹ y fraude colectivo, pese a que el segundo es una modalidad del primero, son regulados y caracterizados de la misma forma, ya que el delito masa no fue establecido con carácter general sino específicamente referido y orientado a la solución de los fraudes colectivos, en el campo de los delitos patrimoniales³².

En Costa Rica, nuestra legislación no regula el fraude colectivo y a nivel de la jurisprudencia tampoco se ha dado una definición y solución al problema que representan; se han dado varios casos de fraude colectivo en nuestro medio y nuestros jueces han tenido que darle una solución al problema; sin embargo, esta no ha sido uniforme ni acorde con la naturaleza del delito en cuestión, aspecto que estudiaré más adelante en esta investigación (Ver supra ...).

Una vez conceptualizado el delito masa de manera general y haber aceptado que este tipo de conductas se han dado la mayoría de los casos al campo patrimonial; es que viene a identificarse en una misma figura denominada fraude colectivo, que paso a desarrollar.

2.- Fraudes colectivos: Concepto

El fraude colectivo se presenta cuando un sujeto o varios en una sola acción o una pluralidad de acciones, unidas éstas por vínculos generales de intereses comunes, pero completamente individualizables entre sí -incluso, cada una de estas sería constitutiva de un delito o falta en sí misma- en ejecución de un propósito o designio común único orientado a defraudar a una colectividad o masa amorfa y sin personalidad jurídica de

³⁰ DIAZ PALOS , F., "Delito-Masa: Delitos de Fraude Colectivo. Op. cit p. 73. " Se comprenderá en seguida, la ancha perspectiva que se ofrece al delincuente si quiere operar en su beneficio con ese sentir colectivo. No creemos exagerar si decimos que a esa preponderancia del hombre—masa, se corresponde , como una de sus fallas, una tipología delictiva de nuevo cuño, el delito — masa y dentro de él, y como una de sus especies más características, el delito de fraude colectivo. El más reciente escándalo de la televisión norteamericana- el caso Van Doren— no es sino un típico ejemplo de tal fraude colectivo. Los procedimientos llamados de la "bola de nieve" con que algunas sociedades de crédito inmobiliario han venido operando en el país gallo, cuya repercusión más notoria culminó en 1934 con el affaire Stavinsky y, en fin, el genocidio, en vertiente distinta de la patrimonial, son típicos delitos masas."

³¹ LANDROVE DIAZ (G), Los Fraudes Colectivos, op cit. P. 41. " En la primera mitad de la década de 1950 se encuentra el punto de partida en la construcción jurisprudencial del delito-masa. Creación aplaudida , primero por Reol y Díaz Palos, y, posteriormente – ya en 1971- por Sainz Cantero , en cuanto solución útil para el acuciante problema de los fraudes colectivos. En un primer momento , se esbozan las líneas maestras de un delito único para el que solamente años más tarde se acuñaría la etiqueta de delito con sujeto pasivo masa o delito masa ".

³² SAÍNZ CANTERO J.A., "El Delito Masa", Op. cit. p. 664.

individuos; para obtener con ello un beneficio económico global cuantioso, lesionando así un mismo precepto jurídico penal.

En cuanto a la acción, si se trata de una o de varias, da lugar a amplias discusiones; sin embargo, teniendo este aspecto como una de sus características sin profundizar sobre el punto, diré que cuando el delito masa o fraude colectivo se cometa mediante la realización de una sola acción, será una excepción a las reglas del concurso ideal y, cuando se cometa mediante una pluralidad de acciones, constituirá una excepción a las reglas que regulan el concurso material³³.

El fraude colectivo es entonces conceptualizado como una modalidad del delito masa y una excepción al concurso de delitos. Se ha dicho también que constituye una modalidad del delito continuado³⁴; ya que en España se logró un cambio de concepción del delito continuado, de su visión pietista y beneficiosa para el delincuente a una más severa, la cual permitía imponerle a este una pena acorde con el tipo de actuación que realizó en la comisión del mismo.

En Costa Rica, ni nuestra legislación ni nuestra jurisprudencia, le han dado una respuesta al problema que representan los fraudes colectivos; quedando a la determinación del juez en cada caso la resolución e imposición de la pena que se le diera al mismo. Sin embargo, la característica diferenciadora que viene a conceptualizar el fraude colectivo, es precisamente el sujeto pasivo masa, al cual va dirigida toda la maniobra engañosa del autor del delito. Esa masa, pese a consistir en una colectividad, es individualizable y por lo general los importes en que cada individuo resultan defraudados es ínfima; precisamente el objetivo principal del autor del delito es captar por medio de pequeñas defraudaciones, un importe global y cuantioso; son muchas las personas perjudicadas con este tipo de delincuencia.

Esto hace que este tipo de delincuencia resulte grave para una sociedad; no solo vulnera el patrimonio de cada individuo, también otros bienes jurídicos supraindividuales como el derecho de crédito, la confianza en el tráfico de los negocios, etc. Existe una

³³ SAINZ CANTERO, J.A., "El delito masa", *op cit.* p. 664.

³⁴ LANDROVE DIAZ, (G), Los Fraudes Colectivos, Barcelona, Bosh Casa Editorial, s.a., 1978, p." ... se precisa que "las modernas orientaciones doctrinales sobre el delito continuado han dejado de tener una fundamentación pietatis causa para dar paso a concepciones más técnicas y adecuadas que conciben la existencia de un solo delito cuando se da una sola ideación criminosa y plurales manifestaciones ejecutivas de la misma , sin que influya en su estimación el hecho de que la calificación de delito continuado favorezca o perjudique al reo ..."

conexión clara entre el plan preconcebido por el autor del delito, con la finalidad de obtener un beneficio cuantioso, con la decisión del sujeto pasivo de realizar la disposición patrimonial que por tratarse de un número considerable de personas, significa un beneficio ilícito cuantioso para éste en detrimento del patrimonio de cada uno de los individuos que invierten en el plan propuesto. De acuerdo con la conceptualización que he dado del fraude colectivo y admitir que éste lesiona no solo el patrimonio de cada uno de los afectados, su finalidad única va más allá y es precisamente el beneficio global ilícito y cuantioso que obtiene de la suma de esos importes que cada individuo aporta, lo cual según mi criterio está más acorde con un delito contra el orden público económico que contra el patrimonio, por esa lesión que causa a otros bienes supraindividuales de importancia, en una sociedad, como lo son la confianza en el tráfico comercial, el derecho de crédito, etc. Sin embargo, la doctrina mayoritaria tanto en España con el profesor Bajo Fernández, como en Alemania con Tiedeman y otros, lo ubican como un delito contra el patrimonio, ubicando a éste como el bien jurídico principal vulnerado por esta conducta, precisamente porque es posible individualizar a los damnificados directos con la actuación así como el perjuicio sufrido por ellos, tema que de seguido paso a analizar, en lo referente al Bien Jurídico protegido.

3.- Bien jurídico protegido en los fraudes colectivos

El tema relativo al bien jurídico tutelado, ha sido objeto de análisis por parte de prestigiosos juristas que han tratado de establecer el fundamento o naturaleza de éste³⁵.

A través de la historia³⁶ desde la concepción trascendentalista de corte jusnaturalista de Birnbaum, la concepción inmanente jurídico-positiva de Binding y

³⁵ BUSTOS RAMIREZ, J, "Manual de Derecho Penal, Parte General", op.cit. p. 99. "El planteamiento del bien jurídico nace en la primera mitad del siglo XIX, como una expresión del jusnaturalismo penal, que rechaza la doctrina de los derechos subjetivos de origen civil en el ámbito penal. Para los autores de principios del siglo XIX, el derecho penal defendía derecho, el delito era la lesión de un derecho, una lesión jurídica. (cnfr Feuerbach, Lehrbuch, 21, Rossim D.P., p. 211 ss, Carrara, P.D.C. 1, p. 4 ss, Gizard y y Gómez de la Serna, Com. p. 23) Estos planteamientos partían ya sea del contrato social, del cual surgía un derecho a ser respetado y un deber de respetar, por lo cual el delito era una lesión de ese derecho (subjetivo), surgido del contrato social y que en síntesis era la libertad, como derecho resumen surgido del contrato social. Sin embargo, también a términos semejantes se llegaba sobre la base de concebir un derecho preexistente de carácter natural, del cual surgía el derecho positivo, el delito era la violación de un derecho surgido del derecho positivo, pero en cuanto había una coincidencia con el derecho establecido en la ley natural."

³⁶ COBO DEL ROSAL, M Y VIVES ANTON, TS, Derecho Penal. Parte General Valencia, Editorial Tirant lo blanch, 4a edición, 1996, p. 292-293. "El bien jurídico ha sido históricamente entendido como derecho subjetivo. No obstante, se trata de conceptos distintos. Existen como dice Mezger, "numerosos delitos en los que no es posible demostrar la lesión de un derecho subjetivo" y en los que, sin embargo, se lesiona o pone en peligro un bien jurídico. El concepto técnico de derecho subjetivo implica que el derecho objetivo se pone, en cierto modo, a disposición de una voluntad o

Jakobs, la concepción trascendentalista político - criminal de Franz v. Liszt y Webel, hasta las tendencias jurídico constitucionales de Roxin, Escriba y otros, las tendencias sociológicas o sociales de Muñoz Conde, Quintero Olivares, Mir Puig y otros³⁷, la preocupación referente a la teoría del bien jurídico ha estribado en determinar si es creado por el derecho o surge de la realidad misma y el derecho lo que hace es reconocerlo como fundamental dentro de la sociedad. Así se pueden dividir estas corrientes de pensamiento en dos grandes grupos: los inmanentes y los trascendentes.

Para los inmanentes³⁸, el bien jurídico es un bien del derecho, que el legislador crea a través de su labor y por ello debe ser respetado. Esto conlleva el problema de darle al Estado un gran poder; lejos de limitar su poder punitivo le daría facilidad de intervención, pudiendo acaecer abusos y violaciones a los derechos fundamentales de los individuos. Las teorías trascendentes³⁹, fundamentan el bien jurídico en la realidad social, pero pecan de ser un tanto abstractos en la determinación de esos bienes jurídicos. El problema que afrontan se da en la concreción de su contenido. Sin embargo,

un interés particular. Representa así un mecanismo de distribución y protección de los bienes jurídicos, pero no necesariamente se identifica con ellos. También se ha identificado al bien jurídico con la idea de interés. Acertadamente dice Bettiol que el interés es un término “que expresa una relación. No es un punto de llegada sino trámite hacia el punto de llegada.” El interés, en su sentido más propio, comporta la idea de utilidad. Todo estado de cosas que de cualquier modo beneficia a alguien es, para él, un interés. Esta consideración puede ayudar a poner de manifiesto, la diferencia existente entre interés y bien jurídico. La vida de una persona es un bien jurídico que el Derecho le reconoce, pero, a la vez, puede representar un interés para quienes dependen de él. Sin embargo puede darse el caso de que el titular de la vida no se halle interesado por ella (porque se trata de una vida desgraciada o por cualquier otra razón). Y pueden imaginarse supuestos de bienes por los que nadie tiene interés, incluso tratándose de la misma vida propuesta como ejemplo. En consecuencia, el concepto de bien jurídico no puede tampoco modelarse sobre la idea de interés. Como ya apuntara Rocco, el concepto de bien jurídico ha de apoyarse sobre la idea de valor, que expresa de modo más adecuado las exigencias éticas que se hallan (o habrían de hallarse) en la base de todo ordenamiento jurídico que merezca ese nombre.”

³⁷ BUSTOS RAMÍREZ, J, Manual de Derecho Penal. Barcelona, Editorial Promociones y Publicaciones Universitarias S.A, Cuarta Edición, 1994, pp 110—110.

³⁸ BUSTOS RAMÍREZ, J, “Manual de Derecho Penal, Parte General”, op. Cit. p. 101. “Para Binding el bien jurídico queda establecido, no reconocido, dentro del contenido de la norma jurídica, es inmanente a la norma, cada norma jurídica lleva en sí su propio bien jurídico, se trata de términos inseparables, no hay posibilidad de establecer sus bases más allá del derecho o del Estado”.

³⁹ BUSTOS RAMÍREZ, J, “Manual de Derecho Penal, Parte General”, op. cit. p. 103. “Como ningún otro autor, Franz v. Liszt, incorpora al derecho penal alemán el positivismo naturalista, intenta dar un contenido preciso al bien jurídico, que sirva como límite al jus puniendi y que al mismo tiempo sea un punto de unión entre las diferentes disciplinas que se preocupan del delito y de la pena. El bien jurídico “es el interés jurídicamente protegido”, con lo cual se ve en la necesidad de precisar los conceptos de “bien” e “interés”, “interés” es el valor de producción o no producción de una determinada transformación para el sujeto, “bien”, a diferencia de aquel interés, aquello para lo cual tal transformación es de valor. Lo que es algo, en cuyo interés está la producción o no producción de una transformación en el mundo exterior, el actuar o no de los conciudadanos, eso nos señala la frase: “Todo el derecho está para favorecer al hombre, todo derecho protege intereses vitales del hombre. El ser del hombre es pues el bien jurídico; de las diferentes configuraciones de este ser resulta la división de los bienes jurídicos”, en definitiva, para y. Liszt, “ es el ser humano el bien jurídico, su protección sin excepciones es el último y más elevado objetivo del ordenamiento jurídico. Pero el ser humano aparece ya como ser del individuo considerado aisladamente o como ser único en el conjunto de los ciudadanos”.

en la actualidad las tendencias constitucionales jurídicas y sociológicas, tienden a asumir la postura trascendente, dándole al bien jurídico su definición como valor, que surge de la realidad social y el derecho reconoce y el legislador lo plasma en una norma jurídico penal; con el infranqueable límite de darle ese reconocimiento únicamente a aquellos bienes que la sociedad reconoce como principales, para la convivencia y desarrollo armonioso de ésta⁴⁰.

Sin ahondar en el punto que sería de arduo desarrollo, sí me parece conveniente admitir que nuestro planteamiento en relación con el bien jurídico será desde la perspectiva trascendente. Pese a las críticas de ser abstracta que se le han formulado a esta tendencia, establecer con claridad cuales son esos bienes que se desea proteger de manera fundamental se vuelve difícil. Consideramos que el bien jurídico, no es más o no debe ser más que esos bienes que por su relevancia en la vida armoniosa de una sociedad, resultan fundamentales. El derecho no los crea, solo los reconoce.

Desde este punto de vista tendremos que decir que el bien jurídico es aquel valor que, por su importancia en el desarrollo armonioso de la sociedad, debe ser protegido y tutelado por el derecho a través de normas jurídico-penales. Se reconoce de esta forma el contenido eminentemente social del concepto de bien jurídico. Por ello no se puede hablar del bien jurídico desde un punto de vista formal, como formulación jurídica, sino que debe contemplarse su contenido material, que ha extraído de su relevancia social⁴¹.

Precisamente porque el bien jurídico encuentra su contenido o fundamento en la realidad social⁴² debe analizarse de conformidad con la época y la sociedad en que se

⁴⁰ Ver en igual sentido. GUTIERREZ FRANCÉS, Ma. L, Fraude Informático y estafa. Madrid, Editorial Ministerio de Justicia, Secretaria General Técnica, 1ra edición, 1991, pp 202—205. MUÑOZ CONDE, F, Y GARCÍA ARAN , M, Derecho Penal. Parte General. Valencia, Editorial Tirant lo blanch, 1993, p.54-55. “La necesidad de la convivencia — condensada en la idea freudiana de que la sociedad frustra, pero satisface al mismo tiempo las necesidades humanas individuales— supone la protección de esa convivencia, pues sólo en ella puede la persona individual autorrealizarse y desarrollarse. La autorrealización humana necesita de unos presupuestos existenciales que, en tanto son de utilidad para el hombre, se denominan “bienes” y concretamente en tanto son objeto de protección por el Derecho , “bienes jurídicos”.

Así, pues, bienes jurídicos son aquellos presupuestos que la persona necesita para su autorrealización y el desarrollo de su personalidad en la vida social.

⁴¹ RUIZ MARCO, F, La Tutela Penal del Derecho de Crédito Madrid, Editorial Dilex .S.A., 1era edición, 1995, pp. 85—86, “Basta manifestar que el “ bien jurídico—penal es lo que resulta protegido directa y específicamente a través de los mandatos y prohibiciones en que consisten las normas penales. Y que el “objeto” de la protección penal no debe consistir en cualquier interés que arbitrariamente determine el legislador , sino que tal decisión debe buscar en la vida social, aquellas condiciones que resultan imprescindibles para su valoración / selección por el respeto y tutela de los derechos fundamentales (individuales y colectivos) proclamados constitucionalmente.

⁴² ANTON ONECA, J, “Derecho Penal”, Madrid, Ediciones Akal S.A., 2a edición, 1986. “ Los penalistas adheridos a la filosofía de los valores han dado particular relieve al bien jurídico como concepto central de la teoría del delito. El bien

establezca. De ahí que Bustos Ramírez, hable de la naturaleza dialéctica que también puede arguirse del bien jurídico⁴³; así como de su carácter dinámico del bien jurídico que necesariamente deberá ser determinado de acuerdo con la realidad social concreta en que se pretenda establecer como tal.

Otro aspecto importante en relación con el bien jurídico, es su función de servir de garantía de los derechos y libertades de los individuos, al ser simultáneamente el límite del poder punitivo del Estado, ya que como lo he manifestado antes, el legislador no puede inventar los bienes jurídicos⁴⁴ que va a contemplar en las normas; sino que debe apegarse a los valores que son de especial relevancia en la vida social y por ello, merecen especial protección del derecho. Esta concepción del bien jurídico solo puede ser entendida y desarrollada, por un Estado que se considere social y democrático de Derecho, garantizador de los derechos y libertades de los individuos⁴⁵.

Es importante señalar otra de las características relevantes del concepto de bien jurídico, en cuanto constituye un puente o conexión entre la norma jurídico-penal y la Constitución, en el entendido que la tutela penal solo podrá aplicarse y abarcar campos donde encuentre respaldo de conformidad con los valores y bienes contemplados implícita o explícitamente en la Constitución. Para algunos, este criterio es muy restrictivo e impide dar solución a necesidades que surgen por la evolución dinámica de la sociedad.⁴⁶

jurídico, protegido por el precepto penal y atacado por el delito, no es sólo un interés defendido por el Estado mediante el precepto penal, sino la síntesis valorativa de la figura delictiva, el fin mismo con arreglo al cual debe ser interpretada aquélla.”

⁴³ “El Bien jurídico es por tanto no sólo un concepto fundamentador de la intervención estatal, sino al mismo tiempo garantizador del ciudadano y además en definitiva deslegitimador de esa propia intervención, es un concepto dialéctico en sí... Por eso, en definitiva, el bien jurídico es una síntesis normativa determinada de una relación social concreta y dialéctica”

⁴⁴ MIR PUIG, citado por: GUTIERREZ FRANCES MA. L., Op cit. p.208. “Según señala Mir Puig, el bien jurídico, “como expresión del objeto de tutela legal, ofrece la clave de la interpretación y la base de la formación del sistema de la parte especial, pero no ha de limitarse a cumplir tal función metodológica, aunque a ello se haya reducido prácticamente su historia: 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”

⁴⁵ PEDRAZZI, O, “El Bien Jurídico en los Delitos Económicos”, “La Reforma Penal: Delitos socio— económicos”, ~ p. “Función del concepto de bien jurídico debe ser poner orden y límites en el sistema, constituir el criterio de estructuración legislativa de acuerdo con esquemas racionales: eliminando, por un lado, directrices de tutela de escasa relevancia social o históricamente superadas, ayudando, por otro, a salvar las eventuales lagunas, acogiendo las necesidades nuevas y otorgando dignidad jurídica a intereses y valores injustamente olvidados por el legislador.”

⁴⁶ PEDRAZZI, O, “El Bien Jurídico en los Delitos Económicos” “La Reforma Penal: Delitos Socio—económicos”, Op. cit. p. 281—282. “ La noción del bien jurídico tiende, además, un puente entre la ley penal y la Constitución, en cuyos preceptos el catálogo de bienes penalmente protegidos encuentra su legitimación última. De acuerdo con autorizada doctrina, la tutela penal no puede comprender bienes que no sean reconocidos, implícita o explícitamente por la Constitución. Esta postura me parece empero, demasiado restrictiva: tendría como resultado bloquear la legislación

El legislador debe orientarse a proteger o resguardar solo los bienes jurídicos que sean verdaderamente importantes en una sociedad. No debe dirigir la tutela penal a bienes de poca importancia, o a aquellos que sean relevantes únicamente para un sector de la sociedad, lo cual implicaría arbitrariedad y desigualdad; situaciones que no son aceptables en un Estado social y democrático, pues implicaría lo que algunos han denominado la perversión del concepto de bien jurídico.⁴⁷

Luego de esta breve referencia en torno al significado e importancia que reviste el bien jurídico así como el cuidado de determinar cuáles son esos bienes, cuya preponderancia en una sociedad requieren protección especial a través de la tutela del Derecho Penal; en un sistema garantizador de los derechos fundamentales de los individuos, es que arriba al punto de cuál es el bien jurídico tutelado en el caso de los fraudes colectivos. Este tipo de delincuencia persigue como su finalidad única, a la cual encamina y dirige el plan que se ha planteado, a causar un perjuicio en el patrimonio de las personas a quienes convence de desprenderse de parte de este y aportarlo al plan propuesto, de esa manera la persona es engañada y sufre por tal un menoscabo en su patrimonio.

Sin embargo, la finalidad única que persigue el autor del delito es obtener, con la suma de esos importes por lo general de bajo monto al estar dirigido a un grupo numeroso de personas, un beneficio global ilícito cuantioso. Esa finalidad única y última del autor u autores del delito en cuestión es perjudicar directamente su patrimonio a una generalidad de personas, es que se busca la tutela penal, que la doctrina mayoritaria ha

penal, impidiéndole satisfacer adecuadamente necesidades nuevas e imprevisibles de tutela que la rápida evolución de la sociedad pudiera exigir.”.

GUTIERREZ FRANCES, Ma. Op.cit. p. 205, “Conectamos aquí con otra de las cuestiones controvertidas últimamente : el valor de la Constitución en relación con el bien jurídico, que nos obliga a hacer alguna precisión.

Como tuvimos ocasión de apuntar, entendemos que el concepto de bien jurídico gira en torno a la persona en el seno de una sociedad democrática, de modo que es incompatible a priori con modelos políticos no democráticos en los que no esté asegurada la participación de los individuos en la sociedad. No es, pues, una categoría neutra, y no se compadece con Constituciones formales o programáticas ni Democracias formales. Sentada esta premisa, nos parece inevitable admitir algún valor a una Constitución democrática en la concreción del contenido material del bien jurídico, que se traduce en servir a éste de marco referencial, con el que se establecen unas relaciones de “ no contradicción” respecto a la forma de Estado consagrada en la Carta Magna.

⁴⁷ ESCOBAR MARULANDA, J.G., “El delito de intrusismo y el principio de exclusiva protección de bienes jurídicos” ~ Derecho Penal y Ciencias Penales, tomo XLVII, Fascículo 1, Enero —Abril, Madrid, Editorial Centro de Publicaciones, 1994, p 67-68. “Dentro de una concepción trascendente, que considera el bien jurídico como límite al legislador, un concepto material de bien jurídico cuanta al menos con dos aspectos: por un lado , lo que con Bustos Ramírez (1987, 166s) podemos denominar los presupuestos (sociales), del bien jurídico, aspecto externo y por el otro, su reconocimiento y protección jurídica, aspecto interno. Pudiendo por ello advertir con Muñoz Conde (1975, 49), que existe el riesgo de una posible perversión del concepto de bien jurídico que consagre como valores respetables “determinadas ventajas e intereses en beneficio de unos pocos y en perjuicio de la mayoría”

centrado en el campo de los delitos patrimoniales, cuyo bien jurídico tutelado de manera principal es el patrimonio⁴⁸.

Desde tiempos antiguos los objetos y bienes que una persona posee han sido objeto importante de protección por parte del Derecho, y en especial del derecho penal. En ese entonces se contemplaba esos bienes que pertenecían a una persona dentro de su propiedad. Pero luego, se evolucionó hasta aceptar hoy, en la mayoría de los Códigos Penales del mundo ⁴⁹, que se protege es el patrimonio de un individuo⁵⁰. Sin embargo, aunque el término patrimonio resulta ser más amplio y por ello logra abarcar un mayor número de bienes que el de propiedad, no ha sido pacífico la definición de este concepto y se ha hablado en doctrina de tres posiciones con relación a éste: la económica, la jurídica y la ecléctica o mixta que incluye a las dos primeras.

Dentro de la concepción económica del patrimonio, se incluye aquel conjunto de bienes valorables económicamente pertenecientes a un individuo. La concepción jurídica, se centra en el otro extremo, diciendo que patrimonio se trata de aquel conjunto de bienes, pertenecientes a una persona en tanto tengan un reconocimiento por el ordenamiento jurídico. La posición ecléctica, toma parte de ambas, para establecer que Patrimonio, será aquel conjunto de bienes de valor económico que pertenecen a un individuo y son reconocidos por el ordenamiento jurídico⁵¹. Esta posición mixta, me

⁴⁸ BAJO FERNÁNDEZ, (m) op.cit. P.272 “el patrimonio es una institución jurídico-económica caracterizada por la presencia e importancia que la persona humana tiene dentro de ella, hasta el punto de que para Von Ihering el patrimonio constituye la afirmación económica de sí mismo y su función primordial es asegurar el sostenimiento de la existencia física . Por patrimonio de una persona se entiende según LA CRUZ BERDEJO el conjunto de sus bienes y deudas. Cuando la persona fallece , este patrimonio constituye la afirmación económica de sí mismo y su función primordial es asegurar el sostenimiento de la existencia física....En este sentido , el patrimonio es el valor neto del conjunto de elementos susceptibles de ser vendidos o transferidos y que son propiedad de una persona en un momento dado. “

⁴⁹ LUZÓN PEÑA, (J.M.) “Compendio de Derecho Penal”, op cit. P. 149. “ En atención a tales consideraciones , la doctrina se inclina por el epígrafe de “delitos contra el patrimonio”, que suelen utilizar los Códigos modernos, y es el seguido, tanto en el Proyecto de 1980 , como en la Propuesta de Anteproyecto de 1983. NO obstante algunos autores, como Binding y Mezger, a quienes sigue, entre otros Rodríguez Devesa, mantienen que no hay delitos contra el patrimonio como tal unidad, por lo que el profesor español, afirmando que todos los delitos contra la propiedad lo son contra elementos integrantes del patrimonio, considera más afortunada la denominación legal. “

⁵⁰ VALLE MUÑIZ (J.M), El delito de Estafa, op cit. P.78 “ En definitiva, como ya lo afirmará LOPEZ HERNÁNDEZ, el término propiedad, resulta inexacto e inadecuado para designar la objetividad jurídicas de todas y cada una de las infracciones previstas por el legislador a lo largo de este extenso y enmarañado título del CP, ya que por mucha amplitud que se le quiera dar al término, no pasará de ser lo que es, un derecho particular, al cual por extensión y siempre de modo impropio, podrán asimilarse otros derechos que se hallen en más o menos íntima relación con él, pero jamás podrá ser entendido en sentido amplio con que se viene considerando el patrimonio”.

⁵¹ MARTOS NÚÑEZ, (j.A.) El perjuicio patrimonial en la Estafa, op.cit. P. 20 a 28. “El patrimonio en sentido jurídico – penal se configura en base a las concepciones jurídica, económica y mixta y personal... En el derecho penal , la teoría jurídica del patrimonio ha sido defendida principalmente por Binding, quien sostenía , que “ el patrimonio de un sujeto de derecho se constituye por la suma de todos sus derechos y deberes patrimoniales”Según esta concepción , el

parece la más acertada, pues lo relevante no es solo lo económico ni lo jurídico, sino ambos aspectos, que permiten definir de manera más amplia y clara, lo que es el patrimonio de una persona. Es claro que en los fraudes colectivos, el bien jurídico lo constituye el patrimonio, porque es precisamente en los bienes que poseen donde el individuo sufre un menoscabo, cuando a través de la maniobra engañosa el autor del delito lo convence de despojarse de parte de éste, con la promesa de obtener una ganancia que nunca recoge viendo frustrada esa intención, y obteniendo el autor del delito un beneficio cuantioso; producto de la suma de esos importes individuales. Ese perjuicio que es sufrido por cada uno de los afectados, es individualizable, y pese a generarle al autor del delito una ganancia cuantiosa, tal y como lo tenía planeado, el menoscabo a cada patrimonio es individualizable, por lo cual estamos ante un delito que lesiona un bien jurídico individual, como lo es el patrimonio de cada uno. Pese a lo dicho, y al criterio dominante de la doctrina en relación con el contenido y bien jurídico, de este tipo de fraudes, lo cierto, es que por lesionar el actuar delictivo descrito a una masa o generalidad de personas, su carácter pluriofensivo, permite también aceptar que en la comisión de este tipo de delitos se lesionan una serie de bienes jurídicos supraindividuales, dependiendo del tipo de Fraude de que se trate, si se da en relación con la existencia de una sociedad de mampara que funciona con un sistema de fondos mutuos por ejemplo, podemos decir que se lesiona, la confianza en el tráfico mercantil, así como cuando se trata de una empresa que vende viviendas, o clubes de viajes etc. Esto tiene un efecto en el tráfico de los negocios, que hace que pierdan credibilidad, desestimulando la inversión, el ahorro, etc; afectando esos bienes jurídicos supraindividuales, como parte del Orden Público económico, aunque de manera

patrimonio esta integrado únicamente por aquellos valores que son reconocidos como derechos subjetivos patrimoniales por el Derecho privado o por el Derecho público, de tal suerte que, si entendemos que el patrimonio esta formado por un conjunto de relaciones jurídicas es imposible la lesión patrimonial en su totalidad, sino tan solo en cada uno de sus elementos...Frente a la teoría jurídica del patrimonio surge la "Concepción Económica", que, de una parte, reconoce que forma parte integrante del patrimonio toda posibilidad dotada de valor económico en el tráfico negocial, independientemente de que se concrete o no en un derecho o de sea o no susceptible de reconocimiento jurídico, y, de otra, admite la posibilidad de compensación del daño patrimonial, y del lucro cesante a través de medidas económico-objetivas....La posición intermedia limita los bienes patrimoniales a los que posean un valor económico, concretados o no en derechos subjetivos, mientras, que en oposición a la económica, reputa bienes patrimoniales solamente a los que el sujeto posee merced a una relación jurídica. "

secundario, ya que lo aceptado como bien jurídico principal y sobre el que no hay discusión es el Patrimonio, tal y como ya lo he expuesto⁵².

4.- Finalidad de los fraudes colectivos

El nacimiento y desarrollo de los fraudes colectivos responden a la necesidad de regular este tipo de conductas, que permita una más justa punición. Debido a que por tratarse de un delito patrimonial, la pena a imponer estaría directamente vinculada con el monto defraudado y de aplicarse las reglas del concurso real o ideal de delitos, la pena a imponer al delincuente sería muy leve y constituiría, como algunos lo conceptualizaron, una prima al delincuente al por mayor, casi una burla a la justicia.

Con fundamento en estas circunstancias, el delito masa y específicamente el fraude colectivo como la modalidad de este, surge con el fin de dar una respuesta a la necesidad de una más justa punición a los fraudes colectivos, a través de la imposición de penas más graves para los sujetos que cometieran este tipo de delitos, justificada en la atribución de una mayor culpabilidad y de un mayor reproche y contenido del injusto, ya que reviste mayor gravedad la comisión de un delito que defrauda y perjudica a una masa o colectividad de personas; donde la finalidad es precisamente obtener un beneficio económico cuantioso.

5.-Elementos constitutivos de los fraudes colectivos

Del concepto dado de fraude colectivo, es posible extraer los elementos fundamentales: **El elemento subjetivo:** designio o unidad en el plan criminal. **El presupuesto material:** pluralidad de acciones o de actos que integran la misma acción. **La conexión objetiva:** unidad de precepto legal violado. **La conexión subjetiva:** sujeto

⁵² TIEDEMANN, (K), "EL CONCEPTO DE DERECHO ECONOMICO, DE DERECHO PENAL ECONOMICO Y DEL DELITO ECONOMICO", Cuadernos de Política Criminal. Madrid, España, Instituto Universitario de Criminología, Universidad Complutense de Madrid, Editoriales de Derecho Reunidas s.a. Edersa, No. 28, 1986. p. 68. " en un concepto común de delito económico comprende aquel, en primer término , las transgresiones en el campo del Derecho administrativo-económico, o sea, la defensa penal de la actividad interventora y reguladora del Estado en la Economía. Comprende además transgresiones en el campo de los llamados bienes jurídicos colectivos o supraindividuales de la vida económica. Que por necesidad conceptual trascienden los intereses jurídicos individuales. Finalmente, se incluyen los hechos penales en el campo de los delitos patrimoniales clásicos (estafa, extorsión, defraudación, cohecho etc) cuando estos delitos se dirigen en la realidad contra patrimonios supraindividuales (como en los casos de la obtención fraudulenta de subvenciones y créditos estatales) o cuando estos delitos constituyen abuso de medidas e instrumentos de la vida económica (como en los casos de cheques en descubierto y balance falso".

pasivo masa, referido a una generalidad de personas⁵³, los cuales paso a desarrollar:

5.1.-El elemento subjetivo: Unidad de plan criminal.

El elemento subjetivo, relativo a la unidad de plan criminal, que también se le ha denominado unidad de designio⁵⁴ o de propósito criminal, consiste en esa intención del sujeto activo que comete el delito de fraude colectivo, de realizar una acción o diversas acciones que pueden comprenderse como una sola, directamente dirigida al cumplimiento de un plan encaminado a defraudar a una generalidad de personas, con el objeto claro de aprovecharse de estas y obtener con ello un beneficio cuantioso global. Ese plan que el delincuente se traza desde el principio y ejecuta con la intención clara de defraudar a la colectividad o masa de individuos, se ha señalado como el elemento subjetivo y esencial de los fraudes colectivos.

Es este elemento el que permite apreciar el fraude colectivo como una unidad real, la cual se produce y existe y no como una ficción que el derecho crea con el objeto de dar solución a un problema. Esa unidad o masa de individuos engañados por el sujeto activo basado en ese designio o plan criminal único que se ha trazado, es una realidad. Esta evidente unidad real, permite considerar esa pluralidad de acciones o de actos como uno solo y se deben analizar y juzgar esos hechos en forma global atendiendo a la gravedad que revisten, debido a que existe una mayor culpabilidad del sujeto activo del delito, por lo cual merece un mayor reproche y una mayor sanción.

Este designio único, mientras sea posible establecer que se desarrolla y ejecuta por parte del sujeto activo, no requiere que las acciones o hechos que se suceden tengan una clara conexión de tiempo y lugar, sino que es suficiente con poder considerarlas

⁵³ LANDROVE DIAZ, G., "Los Fraudes Colectivos", Op. cit. 46—47. Ver en igual sentido: SAINZ CANTERO, J.A., "El delito masa", Op. cit. pp. 668—675. CÁNDIDO CONDE- PUMPIDO FERREIRO, "Comentarios al Código Penal", Op. cit. p. 1179. QUINTERO OLIVARES, G. y VALLE MUÑIZ, J.M, "Comentarios al Nuevo Código Penal", Op. cit. pp. 412-413.

⁵⁴ SAINZ CANTERO, J.M, "El delito masa", op. cit. p. 668. "Contenido de este designio serán, por lo pronto, la representación en la mente del sujeto del lucro global a obtener, con indiferencia para los lucros individuales que constituyen meros sumandos del lucro total, y la representación de la pluralidad de sujetos perjudicados como una masa (una unidad) , de modo que el autor no concibe como destinatarios de su plan criminal a las distintas individualidades que la componen. Ve la pluralidad de sujetos y los distintos perjuicios individuales como desde una gran altura ve el observador el bosque, como una mancha de color verde, sin distinguir los diferentes árboles que lo integran. En relación con esa representación, la voluntad del sujeto se dirige a defraudar la masa y a obtener el lucro global.

como parte de ese plan criminal.⁵⁵

Este elemento es una de las grandes diferencias que podemos establecer con el delito continuado, pues se ha dicho que la conducta delictiva continuada responde generalmente al supuesto de la unidad de ocasión, sea cuando el sujeto activo de la conducta delictiva se aprovecha de una situación similar a la que le permitió cometer el primer delito, para continuar con esa conducta, aprovechando precisamente la ocasión de hacerlo.

Mientras que en el delito masa o fraude colectivo, el sujeto pasivo desde el principio establece el plan criminal a seguir como único, el cual le permitirá defraudar a la generalidad de personas y obtener con ello un lucro económico cuantioso. Por tanto, se atribuye mayor reproche a la comisión de un delito masa o fraude colectivo, que a una conducta continuada, ya que el primero elabora todo un plan y toda su intención desde el inicio se dirige a lograrlo, con las consecuencias graves que eso implica para los perjudicados; persiguiendo siempre un resultado global. Es decir, al sujeto activo del delito masa o fraude colectivo, no le interesan los importes menores en su individualidad; sino que desde el principio se representa la totalidad de esos importes. Por su parte, la conducta delictiva continuada se aprovecha de situación similar y continua delinquiendo, porque se aprovecha de esa facilidad, con lo cual el reproche y la culpabilidad que se le atribuyan deben ser evidentemente menores⁵⁶.

5.2.-Presupuesto material: Pluralidad de acciones o de actos que integran la misma acción

Como presupuesto material del fraude colectivo, se establece la pluralidad de acciones que lleva a cabo el sujeto activo del delito para defraudar a la masa o colectividad de personas o bien a aquel conjunto de actos que con fundamento en un

⁵⁵ SAINZ CANTERO, J.A, "El delito masa", *Op. cit.*, 670. "No debe ser relevante para romper esa unidad la entidad del tiempo transcurrido entre las distintas defraudaciones, pues lo importante es que todas estén insertas en el hilo de un mismo plan criminal por un único designio defraudatorio. Tampoco debería romper esa unidad la circunstancia de que algunas defraudaciones se lleven a cabo en lugares distintos

⁵⁶ DÍAZ PALOS, F. "Delito- Masa : delitos de fraude colectivo", *op. cit.*, p. 86—87. " No olvidemos que en el delito continuado subyacen aquellas dos situaciones de culpabilidad totalmente distintas que también hemos distinguido: la del que actúa con un plan inicial y de conjunto y la hipótesis, más normal, del que aprovecha la ocasión que se le depara cada vez. Por ello nos parece mucho más atendible la postura de aquellos autores alemanes que, correlativamente a la identidad de las acciones puestas por el agente, exigen simplemente una homogeneidad de la culpabilidad, pensamiento que también parece ganar la adhesión de Antón Oneca, último tratadista entre nosotros del delito continuado."

designio único y global seguido por el sujeto activo del delito, es posible apreciarlos como una sola acción. La determinación de cuándo el delito masa o fraude colectivo se comete mediante una sola acción o por una pluralidad de éstas, dependerá del criterio que se adopte en relación con la unidad de acción.

La jurisprudencia del Tribunal español, se ha orientado a establecer que el delito masa o fraude colectivo, se comete con mayor frecuencia mediante una sola acción; los diversos actos que realiza el autor del delito se entienden como una sola acción en virtud del plan o designio que sigue el sujeto activo, para defraudar a la masa o colectividad de personas. Pero esto no excluye que el delito masa o Fraude Colectivo, pueda también cometerse mediante la realización de varias acciones por el sujeto activo del delito⁵⁷.

5.3.-Conexión objetiva: Unidad de precepto legal violado

Este elemento o requisito exige que la pluralidad de acciones o de actos que lleva a cabo el sujeto activo en la ejecución de su plan delictual, reúnan una serie de características que permitan aisladamente establecerlas como constitutivas del mismo delito. Es decir, que estas acciones o actos deben poder ser subsumibles en el mismo tipo penal, para cumplir con el requisito referido; sea que con la conducta delictiva se viole o lesione el mismo precepto penal.

Ahora bien, dentro del conjunto de acciones o de actos, que realiza el autor del delito masa o fraude colectivo, puede ser que unas de estas sean subsumibles o lesionen el tipo básico y otras los tipos específicos sean estos agravados o privilegiados; o bien que las distintas acciones o actos, se realicen con concurrencia de circunstancias genéricas sean estas agravantes o atenuantes y otras no.

Otro aspecto discutible es en cuanto a los grados de ejecución entre consumación y tentativa. Para Sainz Cantero, “no hay dificultad alguna en admitir el fraude colectivo

⁵⁷ SAINZ CANTERO, J.A., “El delito masa”, *op. cit.* p. 670. La determinación de cuándo estamos ante el delito masa de una sola acción y cuándo ante el formado por varias acciones, dependerá del criterio que se adopte ante el problema de la unidad de acción. La doctrina del Tribunal Supremo ha seguido un criterio amplio que le ha llevado a declarar que existe unidad de acción en la mayoría de los casos que ha contemplado. Se ha optado por el criterio que propugnara, entre otros autores, F. Antolisei, según el cual se está ante una sola acción cuando “ los actos , además de ser guiados por una sola finalidad, se desenvuelvan en un único contexto”. Unidad de fin y unidad de contexto son, pues, los requisitos necesarios para que pueda afirmarse que existe una sola acción.”

Ver, LANDROVE DIAZ, G., “Los Fraudes Colectivos”, ~ p. “El presupuesto material supone una pluralidad de acciones o una sola acción, desarrollada en varios actos distintos, pero en ambos casos con idéntica resolución criminal que abarque las sucesivas actuaciones.”

formado por diversas infracciones en grado de tentativa y frustración. Debe rechazarse, por el contrario, cuando la concurrencia sea de unas infracciones en grado de consumación y otras en grado de tentativa o frustración. Aparte otras razones, el fundamento y la finalidad del delito masa parecen obligar a esta solución⁵⁸.

También se ha rechazado la existencia del delito masa, cuando con las acciones o actos se violen preceptos de leyes penales comunes y especiales o cuando esas acciones o actos, sean cometidos por varias personas.

5.4.-Conexión subjetiva: Sujetos del fraude colectivo: Sujeto activo y sujeto pasivo

5.4.1.- El sujeto activo del fraude colectivo

En el fraude colectivo o delito masa, el sujeto activo será el individuo que estableciendo un plan criminal se dirige mediante la realización de una pluralidad de acciones o de actos a la consumación de ese plan, con la finalidad de defraudar a una colectividad de individuos y lograr con ello un beneficio económico cuantioso. En el caso de los fraudes colectivos; se exige que el sujeto activo sea único, significa un solo individuo quien realiza las actuaciones principales para la consumación del fraude colectivo, ya que se requiere un dolo unitario y la exigencia de un solo portador de éste. Si en la realización del plan intervienen otros sujetos, siempre y cuando se señala a un individuo como el directamente involucrado en la comisión del fraude colectivo, estos otros responderán por las actuaciones realizadas de acuerdo con el grado de participación y culpabilidad que les corresponda⁵⁹.

5.4.2- El sujeto pasivo del fraude colectivo: Sujeto masa, generalidad de personas

El sujeto pasivo masa, como se le ha denominado con frecuencia, se encuentra referido a una colectividad de individuos que resultan afectados por la conducta delictiva

⁵⁸ LANDROVE DIAZ, G, "Los Fraudes Colectivos", Op. cit. p. 47. " La unidad de precepto penal violado, ligada a la unidad de designio antes mencionada, justifica la apreciación de un solo delito. Las distintas acciones o los diversos actos han de ser, aisladamente considerados, constitutivos del mismo delito. Unidad que no se rompe por la posible subsunción de parte de las acciones en el tipo básico y del resto en tipos cualificados.

⁵⁹ CÁNDIDO CONDE- PUMPIDO FERREIRO, "Comentarios al Código Penal". Op. cit. p. 1177.

del autor de un fraude colectivo. Desde que este tipo de delincuencia comienza a presentarse en la sociedad su característica más distintiva es la existencia de este sujeto pasivo masa.

Pero, ¿qué es el sujeto pasivo masa?. ¿Cómo podríamos definirlo? Se trata de extraer un concepto de los diversos estudios hechos sobre el tema, de los profesores Díaz Palos, Sainz Cantero y Reol Suarez y se refiere a aquella colectividad de individuos que, sin encontrarse vinculados por razones jurídicas y sin que se dé tampoco una conexión clara en relación con las circunstancias de tiempo y lugar, se encuentra unida por intereses comunes y, sobre todo, porque el autor del delito desde el inicio de su actuación criminal, se ha dirigido a esa colectividad amorfa, para llevar a cabo su plan y obtener con ello un beneficio económico cuantioso en detrimento de los patrimonios de éstos. Sin embargo, al delincuente que comete un Fraude Colectivo, no le interesan esos patrimonios por separado, sino el conjunto⁶⁰; pues de la defraudación que logre al respecto según un designio global o plan, resultará su beneficio cuantioso; precisamente su finalidad⁶¹.

En relación con el sujeto pasivo masa, se habla de que no necesariamente se da una conexión de tiempo y lugar, pues los actos llevados a cabo por el sujeto pasivo del delito pueden darse con bastante lejanía. Sin embargo, si se habla de una vinculación que existe entre los integrantes de la masa, relativa a intereses y finalidades comunes; como lo sería por ejemplo, el deseo de poseer una vivienda, en el caso de los fraudes inmobiliarios; la ambición de fortuna en el supuesto de las participaciones de lotería o simplemente la fe o confianza en el tráfico mercantil, sea en el carácter lícito del negocio que se ofrece. Pese a lo dicho, esos vínculos entre los individuos que integran la masa son importantes, pero es necesario puntualizar que la masa es constituida como tal, desde que el autor del delito de fraude colectivo, se dirige a esta para desarrollar su plan criminal en detrimento de éstos y, definitivamente, se dirige a esa generalidad de sujetos, porque entre estos existen esos intereses y finalidades comunes, que le permiten llevar a cabo el resultado global propuesto.

⁶⁰ SAINZ CANTERO, J. A, "El delito masa", ...Op. cit. p. 674. "la maquinación engañosa del autor tiene como destinatarios a una colectividad de personas, las cuales no les interesan como tales individualidades sino como grupo, como unidad. No tiende a defraudar a cada individuo sino a la masa, la cual, en la mente del autor, se presenta como unidad

⁶¹ REOL SUAREZ, ~ DÍAZ PALOS, F, "Delito-masa, delitos de fraude colectivo", Op cit. p. 78—79. "Reól Suárez, con vista de los casos jurisprudenciales a que ya hemos aludido y que luego explanaremos por extenso, lo ha expuesto perfectamente. Debemos llegar a configurar un sujeto pasivo penal en el que, dándose determinadas circunstancias, constituiría ese solo sujeto y no diversos, el sujeto pasivo masa, digno de protección penal... A quien se defrauda es a un sentimiento único colectivo, a una fe colectiva y a unos intereses económicos también colectivos, porque el daño repercute, indudablemente, sobre ese mercado que funciona a base de buena fe y que, acechado por esos malos proceder, sea cualquiera el lado por el que se ha atacado, sufre en su funcionamiento."

Ahora bien, el reconocimiento a la existencia de esa masa amorfa, pero real, que no responde a una ficción jurídica, sino que existe y requiere protección, como generalidad o colectividad, se inspira en criterios de justicia; pues se pretende responsabilizar al sujeto activo del delito, de manera más grave y severa, porque efectivamente su culpabilidad es mayor y el reproche debe ser proporcional a esa culpabilidad. Se le juzga con mayor gravedad, porque su intención va más allá de la mera defraudación a un sujeto, sino que pretende perjudicar y defraudar a esa masa. Por eso la protección penal⁶², a esa masa o colectividad que es defraudada por el autor del fraude colectivo, se volvió indispensable.

6.- Contenido de los fraudes colectivos

En cuanto al contenido de este tipo de fraudes, tenemos que la mayor parte de la doctrina los ubica como un delito patrimonial. Tratadistas connotados como Bajo Fernández, Tiedemann, Rivacoba y Rivacoba Novoa y Zirpins—Terstegen, establecen desde un punto de vista estricto que los fraudes colectivos, por sus características generales, pertenecen al campo de los delitos patrimoniales y encuentran su regulación más adecuada en las figuras tradicionales de la estafa y la apropiación indebida y solo dentro de una concepción estricta y excepcional, a ciertos fraudes colectivos los ubican como delitos contra el orden público económico.⁶³ Dentro de la concepción restringida se incluyen los delitos patrimoniales tradicionales, porque aunque se lesiona principalmente el interés particular, esto produce un menoscabo y perjuicio en el orden público económico; por ejemplo en el caso de la estafa, malversación de fondos, receptación, cohecho, apropiación y retención indebida, etc., pero es el criterio minoritario.⁶⁴

⁶² REÓL SUAREZ, A., "El sujeto pasivo masa en delitos continuados", *op. cit.* p. 23.

⁶³ Tiedemann, (Klaus), *Op. cit.* 20. " ..sobre la noción de Derecho Económico y Derecho Penal Económico , cabe subrayar que la solución conciliatoria de "Derecho Económico" en sentido amplio obedece a una clara tendencia internacional. Esta tendencia permite al Derecho Penal considerar como delitos económicos, no sólo los hechos punibles dirigidos contra la planificación estatal de la economía, sino todo el conjunto de los delitos relacionados con la actividad económica y dirigidos contra las normas estatales que organizan y protegen la vida económica." NOVOA MONRREAL, E, "Reflexiones para la Determinación y Delimitación del Delito Económico", *op. cit.* p. 99—101." Así mientras algunos proponen como delitos económicos solamente aquellas figuras jurídico—penales que sancionan ciertos hechos atentatorios contra las disposiciones legales que imponen un determinado ordenamiento de la economía nacional con miras al bienestar o mejoramiento colectivos en lo referente al aprovechamiento, distribución y consumo de la riqueza y los servicios, otros dan sobre aquellos un concepto extensivo que les permite calificar como delitos económicos también a hechos que atentan en contra de los intereses del comercio y , en general del Tráfico jurídico... Para los primeros , la noción de delito económico corresponde a la realización de hechos que se hacen posibles en virtud de fenómenos económicos—sociales y que están dotados por ello, de apreciable especificidad y originalidad. Para los segundos , en cambio, la idea de delito económico se vincula a una amplia gama de hechos cuyos resultados afectan relaciones individuales o sociales de índole económica, con la sola exclusión de los que atentan únicamente en contra de los derechos patrimoniales individuales, reunidos estos últimos de los acostumbrados títulos sobre "delitos contra la propiedad" dentro de los códigos penales tradicionales".

⁶⁴ NOVOA MONRREAL, (Eduardo), " Reflexiones para la determinación y delimitación del Delito Económico", *op. cit.* p. 99-100. TIEDEMANN , K, ~ MARTOS NUÑEZ, J, "Derecho Penal Económico", *op. cit.* p. 184." "

Dentro de la concepción amplia podemos citar a Bajo Fernández, quien considera que se deben incluir *“aquellos delitos que, por su modo de llevarse a cabo o por el perjuicio de que producen, pueden atentar contra, o poner en grave peligro, la estabilidad económica o hacer desaparecer la confianza del público en la honestidad de las prácticas comerciales o en el buen funcionamiento de las instituciones relacionadas con la economía”*⁶⁵. Para Zirpins, la estafa integra su clasificación como un delito contemplado no solo desde su óptica de delito patrimonial sino también de delito contra el Orden Publico Económico⁶⁶.

Para Barbero, también la estafa, pese a ser un delito patrimonial, puede tenerse como un delito contra el orden publico económico⁶⁷.

De ahí, que sea posible establecer que los fraudes colectivos, pasan de lesionar un bien particular para lesionar bienes jurídicos supraindividuales, pueden incluirse de manera amplia, dentro de los delitos contra el orden público económico; por la pluralidad de sujetos que resultan perjudicados ese denominado sujeto pasivo masa, se puede afirmar que en ciertos casos lesiona la confianza que debe existir en el tráfico mercantil, el derecho de crédito, las reglas de la competencia; según el ámbito económico en el cual se desarrolle éste. Sin embargo, la doctrina dominante establecida por los autores citados, considera que el contenido de los fraudes colectivos se encuentra en el campo de los delitos patrimoniales.

7.- Características de los fraudes colectivos

7.1.- Se trata de un profesional o experto en su oficio; el sujeto que comete la delincuencia

Pese que no hablamos de delincuencia económica, estamos ante un tipo de delito que requiere de una planificación y organización especial para llevarlo a cabo. Por ello, el sujeto activo generalmente es una persona que conoce su oficio y puede organizar un

⁶⁵ BAJO FERNÁNDEZ, M, citado por MARTOS NUÑEZ, J, "Derecho Penal Económico", op.cit. p. 130.

⁶⁶ Zirpins-Terstegen, citado por Bajo Fernández, Migue op. cit. p. 43

⁶⁷ GÜNTER, K. "La Criminalidad Económica y la Forma de Combatirla", La Reforma Penal: Delitos Socio- Económicos, op. cit. p. 179

plan, creíble y confiable para un grupo de individuos, que deciden participar de su idea y es así como resultan engañados.

Es el caso de administradores de negocios, ingenieros, asesores de inversiones, abogados, etc; que ofrecen un plan con gran apariencia de licitud, pero que en realidad constituyen un verdadero fraude. Así puedo afirmar que el sujeto activo de este tipo de delincuencia posee características criminológicas acordes con el delincuente de cuello blanco, en cuanto a que no se trata de un delincuente común, porque la maniobra engañosa que se requiere en este tipo de delito, debe ser elaborada con cuidado, casi siempre a través del establecimiento de una empresa para lograr credibilidad y de esa forma, atraer a un mayor número de personas.

Esto ocasiona que la persecución de este tipo de delincuente sea difícil, pues siempre contará con los conocimientos técnicos y jurídicos y hasta con la influencia que requiere para dar al negocio o actividad que realiza una apariencia de licitud, lo cual impide el descubrimiento del delito y se le responsabilice por su actuación ilícita.

7.2.- El plan elaborado es complejo

El *modus operandi* empleado en la comisión del delito es mediante el uso de mecanismos complejos y sofisticados, que hacen de difícil apreciación su existencia, por ejemplo sistemas especiales de cómputo, procedimientos de cajeros automáticos o tarjetas de crédito; fondos de inversión, financieras, etc.

Se utilizan también los instrumentos jurídico mercantiles; sociedades, sistemas especiales de inversión, etc; que dificultan la labor de apreciar o establecer la distinción entre la actividad que se desarrolla en el campo lícito del derecho civil o mercantil, de aquella actividad delictiva que se lleva a cabo valiéndose de los instrumentos jurídicos referidos.

En la mayoría de los casos la actividad delictiva en este tipo de delincuencia también se distingue por ser de larga duración; ya que los mecanismos empleados así lo ameritan.

7.3.- Se trata de un delito pluriofensivo

Dentro de la difusión que en la época actual tienen los diferentes avances y conocimientos, es que la masa entendida como una generalidad de personas reviste un gran atractivo, para quienes se dedican a ofrecer bienes y servicios en una sociedad, lo cual se da en el campo lícito de las relaciones económicas, pero también es utilizado por el delincuente, para llevar a cabo su plan y obtener beneficios económicos cuantiosos.

Esa generalidad de personas a las cuales se afecta en la comisión de un fraude colectivo, genera que en muchas ocasiones, ese perjuicio trascienda el plano meramente individual, para aceptar que también se lesionan bienes jurídicos supraindividuales, como el derecho de crédito, la confianza en el tráfico comercial, etc.

Es por eso que una de las características más importantes del fraude colectivo, sea ese sujeto pasivo masa al cual va dirigida la maniobra engañosa del sujeto activo, con la intención única de hacer incurrir en error a esa masa, para que realice un acto de disposición que le permita obtener un beneficio económico cuantioso, en perjuicio de aquel que resulta víctima del fraude en cuestión. Esa pluralidad de ofendidos, hace que resulte preocupante, la aparición y desarrollo de este tipo de delincuencia, que cada día se perfecciona más.

7.4.- La finalidad única es la obtención de un beneficio económico cuantioso

Todo el *modus operandi* utilizado por el autor en el fraude colectivo se encuentra encaminado a obtener un gran beneficio económico. Esto lo logran haciendo uso de su capacidad o conocimiento profesional para llegar a grupos importantes en una sociedad, para presentarles su plan y lograr que lo acepten como lícito; luego de lo cual los individuos que intervienen resultan perjudicados económicamente. Pero la afectación no es sólo en el patrimonio individual de los sujetos que intervienen en el negocio o plan que se les presenta, sino también en bienes jurídicos como la confianza en el tráfico mercantil, las reglas de la competencia, el derecho de crédito, con las consecuencias nefastas para la sociedad en general. De ahí, que en muchos casos pasan de ser un delito clásico patrimonial, para convertirse en un delito contra el orden público económico; aunque esta posición es minoritaria en doctrina tal y como se ha puntualizado anteriormente.

7.5.- El ofendido o víctima posee características especiales

El fraude colectivo se realiza mediante el abuso de la credibilidad o de la ignorancia del sujeto perjudicado.

En muchos casos, el delincuente busca en la víctima ciertas características que le permitan llevar a cabo su plan y cometer el delito. Como ya lo he manifestado, el autor presenta el negocio como lícito, con buen soporte contable, es cuando los individuos tienden a creerle y a invertir en el proyecto que se les ofrece. También se da el caso de que la persona que interviene en el negocio no es conocedora de una serie de aspectos técnicos o jurídicos, ignorancia de la cual se aprovecha el delincuente, para convencerlo de participar en su plan, ocasionándole posteriormente un perjuicio económico.

Así que el autor del delito busca en el sujeto pasivo o víctima, a una persona medianamente confiada, con capital para invertir y le presenta tan atractivo el plan que lo convence de invertir en el negocio o actividad que le ofrece. También requiere que se trate de una persona ambiciosa o necesitada del servicio, haciéndole creer que realiza un excelente negocio o le está proponiendo una ganga.

7.6.- Negativa del ofendido a denunciar

En los delitos de fraudes colectivos la víctima en muchas ocasiones no denuncia, porque el perjuicio individual que se le ha causado, según su percepción es mínimo y duda sobre la eficacia de los Tribunales de Justicia para sancionar este tipo de delincuencia, por el *status* especial que ostenta su autor.

Por ejemplo, en el caso de los fraudes colectivos, el perjuicio que ocasionando a la víctima es de poco monto, para el individuo que interviene en el plan que le ha expuesto el delincuente. Sin embargo, el beneficio que obtiene el delincuente es cuantioso; porque su plan va dirigido a un número considerable de individuos. Por ello, es posible sostener que el delincuente en la comisión de un fraude colectivo, lesione el bien jurídico supraindividual, basado en la confianza que debe existir en el tráfico mercantil. Evidentemente, constituye un problema el hecho de que el ofendido decida no denunciar

por el poco importe en el cual ha resultado perjudicado; pues eso significa que la conducta del delincuente orientada a un importe global efectivamente cuantioso, quedara impune; para continuar engañando a otras personas.

Por otra parte y considerando que el delincuente utiliza su posición así como su conocimiento jurídico o profesional para llevar a cabo el delito, es dable que en muchos casos el ofendido, considere que con su influencia o conocimiento puede éste manipular e incidir en la decisión de los Tribunales de Justicia, esa percepción no tan alejada en muchos casos de la realidad lo lleve a no denunciar el delito en el cual ha resultado perjudicado.

7.7.- Los fraudes colectivos aparentan ser negocios lícitos

El autor o autores del fraude colectivo, tratan de dar a su actuación una apariencia de licitud y a su empresa o negocio una imagen de solvencia económica, estabilidad y responsabilidad. Lo hacen utilizando sofisticados sistemas de inversión, que manejan y desarrollan por medio de sociedades, obstaculizando la posibilidad de los inversionistas de conocer con exactitud como se desenvuelve el negocio. De esa manera los delincuentes prosiguen con su plan complejo y logran captar mucho dinero de los inversionistas, hasta que estos se percatan de que están siendo engañados.

También logran esa apariencia de licitud, valiéndose de los puestos de confianza que ocupan en la administración pública, para la aprobación de permisos y autorizaciones que les permitan vender o distribuir un producto o desarrollar una determinada actividad, con lo cual, sucede que los sujetos involucrados en el plan de este tipo de delincuente, se percatan de la situación mucho tiempo después, resultando en la mayoría de los casos defraudados en el monto que invirtieron.

Una de las características más distintivas y a su vez graves de los fraudes colectivos, es precisamente el ser de difícil percepción por parte de la sociedad, lo cual produce un menor rechazo asimismo los sistemas jurídicos penales centran su atención en la persecución de la delincuencia común, por ser fácilmente “visible o identificable” y producir efectos o resultados que son en su mayoría materiales y tangibles. Esto ha producido que nuestras cárceles y las de muchos países en el mundo, se encuentren ocupadas por delincuentes comunes, lo cual crea una evidente desigualdad ante la ley.

Sobre todo porque la delincuencia especializada es mucho más perjudicial para la sociedad que la delincuencia común⁶⁸, debido a que produce consecuencias negativas que lesionan los regímenes sociales económicos, políticos, etc., aunque estos efectos o consecuencias sean menos perceptibles o visibles para la sociedad, en general.

Aunque queda mucho por hacer, para que nuestra justicia penal se aplique por igual al delincuente especializado del delincuente común, por lo menos ha variado un tanto la postura y hoy es posible responsabilizar a estos sujetos por los delitos que cometen y someterlos a un proceso penal y finalmente al cumplimiento de una pena.

8.- Principios de los fraudes colectivos

Podemos señalar como algunos principios aplicables a los fraudes colectivos los siguientes: principio de intervención penal mínima; y como derivados de éste, el principio de última ratio y el carácter fragmentario del derecho penal y por último, el principio de determinación de la norma penal con fundamento en el bien jurídico tutelado, sea el patrimonio.

8.1.- El principio de intervención penal mínima

El principio general de intervención penal mínima⁶⁹, constituye uno de los grandes límites al poder punitivo estatal. Por ello todo Estado que se rija por los postulados democráticos y pretenda proteger los derechos y las garantías de los individuos, debe respetar este límite. Como ya he manifestado en otros apartados de esta investigación, el principio general de intervención penal mínima, consiste precisamente en que el Estado podrá intervenir y ejercer su poder punitivo sólo en aquellos supuestos donde las demás ramas del derecho se han mostrado insuficientes, para dar solución a esa

⁶⁹ LUZON CUESTA, J.M., Compendio de Derecho Penal. Parte General, Madrid, Editorial DYKINSON, Séptima edición, 1995, p. 45. “ Al ser el Derecho, conforme a la conocida frase de Jellineck, “el mínimo ético”, el Derecho Penal sólo debe proteger el mínimo de **ese mínimo. Ya, muchos siglos antes, San Agustín decía que** “ la ley humana se propone castigar no más que lo que sea preciso y en la medida que sea preciso, a fin de mantener la paz entre los hombres y sólo en aquellos casos que están al alcance de los hombres”. Y, en la actualidad, frente a la posición de algunos autores que, como **Naggiore, defendieron un “máximo ético”, confirmando al Derecho Penal un papel moralizador**, es generalmente aceptado el llamado “principio de intervención mínima”.

situación social que requiere una respuesta satisfactoria e indispensable para el mantenimiento de la armonía y la paz social.

De la mano del principio de intervención penal mínima, va el principio *ultima ratio* que posee el mismo fundamento, en el sentido de que el Estado debe recurrir a la tutela penal, como la última opción para solucionar un conflicto social, que no ha podido resolverse mediante la aplicación de otros remedios menos graves y para el cual la sociedad requiere una solución.

Aplicando el principio de intervención penal mínima al campo de los fraudes colectivos se recurrirá a la utilización del derecho penal Económico y a las sanciones o remedios que éste establezca, como la última solución⁷⁰.

También unido al principio general de intervención mínima concurre el principio o carácter fragmentario⁷¹ del derecho penal, según el cual, éste sólo debe proteger aquellos bienes fundamentales para los individuos, de tal forma que su protección es indispensable para el mantenimiento de la paz y armonía sociales y en relación con esos bienes fundamentales, deben tutelarse estos frente a aquellos ataques que sean verdaderamente intensos e intolerables, para el mantenimiento de la paz social.

Evidentemente, estos principios básicos sean el principio de *última ratio* y el carácter fragmentario del derecho penal, derivados del principio general de intervención mínima, deben también ser observados por el legislador al momento de aplicar la tutela penal a determinadas conductas que alteren el normal desenvolvimiento de las relaciones económicas de producción, distribución y consumo de bienes y servicios en una sociedad.⁷²

⁷⁰ SÁINZ CANTERO, J. A., Lecciones de Derecho Penal. Parte General. Barcelona, BOSCH Casa Editorial s.a., 3a edición, 1990, p.37. " Que el Derecho Penal es la última ratio significa que sólo debe intervenir en la protección de los bienes jurídicos cuando se revelen como inservibles para ese cometido todos los demás medios de reacción y tutela con que cuenta el ordenamiento jurídico."

⁷¹ SÁINZ CANTERO, J.A., Ibic. p. 37. "Que el Derecho Penal tiene carácter fragmentario significa que sólo debe proteger los bienes jurídicos mas fundamentales para el individuo y la sociedad, y que a éstos sólo debe tutelarlos frente a los ataques más intensos , más intolerables."

⁷² MARTOS NUÑEZ, J.A., "Derecho Penal Económico" ~ p.235— 236. "A mi modo de ver, la intervención penal en la vida económica, como en el resto de los sectores de nuestro ordenamiento, ha de ser mínima y, por consiguiente, limitada a garantizar el cumplimiento de los principios rectores de la economía social de mercado y , en su caso, de la planificación, conforme establece el artículo 38 de la Constitución Española. En efecto, según el principio de intervención mínima, " el derecho penal sólo tutela aquellos derechos libertades y deberes imprescindibles para la conservación del Ordenamiento Jurídico, frente a los ataques más intolerables que se realizan contra el mismo."

8.2- El principio de configuración del tipo penal en virtud del bien jurídico tutelado

El concepto de bien jurídico constituye uno de los principales límites del legislador en la determinación de las conductas delictivas. De tal forma, que el legislador debe dirigir la tutela penal hacia la protección de los bienes que sean de especial importancia en la sociedad.

Esos bienes que, por su relevancia en el desarrollo armónico y pacífico de la vida en sociedad, pasan a ser protegidos por el derecho como bienes jurídicos, pueden configurarse en el tipo penal como de daño o lesión, en cuyo caso requerirá de su infracción directa y clara, o de peligro que puede ser abstracto o concreto y necesitará para su comisión la sola puesta en peligro del bien jurídico tutelado⁷³.

En el caso de los fraudes colectivos, por tratarse de un delito de resultado o de daño, ya que producen un perjuicio a la parte ofendida, se ubican dentro de los delitos patrimoniales, teniendo como bien jurídico el patrimonio.

Los fraudes colectivos, se contemplan dentro de las figuras patrimoniales de la estafa y la apropiación indebida, específicamente y para la imposición de sanciones deben darse los elementos constitutivos de los tipos penales aludidos según sea el caso, o clase de fraude de que se trate.

B) FRAUDES COLECTIVOS Y DELITOS PATRIMONIALES: GENERALIDADES

⁷³ BAIGUN , D, Los Delitos de Peligro y la Prueba del Dolo. Buenos Aires, Ediciones Depalma, 1967, p. 15. “ La doctrina acepta sin objeciones la división en delitos de daño o lesión y delitos de peligro tomando, como base, el grado de energía de la acción que provoca el deterioro del bien jurídico protegido. Si el resultado produce la destrucción total o parcial del bien o de un derecho, estamos en presencia de un delito de daño, si sólo alcanza la posibilidad de producirlo , nos hallamos ante un delito de peligro. En el primer caso se afecta directamente el interés tutelado, en el segundo , la acción se concreta al riesgo del deterioro.”

El fraude colectivo, ha sido estudiado en Europa y Estados Unidos a mediados del siglo pasado, requiriendo respuesta rápida y adecuada al problema que representaba, pues causa perjuicio a un gran número de personas en una sociedad, sean personas que animadas por un deseo de obtener un determinado artículo o servicio, o por mayores dividendos etc; invierten sus ahorros y dinero en un proyecto, resultando posteriormente perjudicados al perder dichos importes, ya que todo era parte de un plan establecido por el autor del delito, con la única finalidad de obtener un beneficio económico cuantioso a través del engaño hecho a un número considerable de sujetos que constituyen el sujeto pasivo masa.

Pese a que los fraudes colectivos pueden afectar a una generalidad de personas en una sociedad, lesionando bienes jurídicos de importancia, como la confianza en el tráfico de los negocios, el derecho de crédito, etc; la doctrina dominante -entre los cuales destacan los profesores Tiedemann, Bajo Fernández, Martos Núñez, etc-⁷⁴, consideran que el fraude colectivo, en sentido estricto, constituye un delito patrimonial y no un delito contra el orden público económico. Debido a que se da un perjuicio particular individualizable, que no viene necesariamente a alterar ese orden público económico que se protege a través de la tutela a este tipo de delitos, sino que vulnera el patrimonio individual de cada sujeto, de manera principal. Por ello, me interesa en esta investigación el estudio del fraude colectivo como un delito patrimonial.

Desde tiempos antiguos, las diferentes civilizaciones se han preocupado por proteger el patrimonio, siendo este un concepto más amplio que el de propiedad ⁷⁵, porque abarca un mayor número de supuestos y tipos de bienes incluidos en el concepto de patrimonio; mientras que la propiedad tiene que ver esencialmente con ésta, lo cual resulta un criterio restrictivo, que deja por fuera a otros bienes como la posesión, el derecho de crédito, etc⁷⁶. De esta forma se va estableciendo y regulando en las

⁷⁴ Ver SUPRA p.

⁷⁵ LUZÓN PEÑA, (J.M.), "Compendio de Derecho Penal", Parte Especial, Madrid, Editorial Dykinson, s.l, quinta edición, 1995, p. 149.

⁷⁶ BAJO FERNANDEZ, m, y otros, Manual de Derecho Penal. Parte Especial. Delitos Patrimoniales y económicos, op cit., p. 34. y BARRERA DOMINGUEZ, H, Delitos Contra el Patrimonio Económico, op cit, p. 5 " En la más remota antigüedad se busco, por diferentes medios, la defensa del patrimonio económico, habiéndose dejado primeramente al criterio de la víctima señalar y aplicar la pena, si bien posteriormente el Talien vino a poner límite al ejercicio de la venganza privada. Mas tarde , con una mejor intervención del poder político, las leyes vinieron a señalar distintos preceptos en orden a la tutela de la propiedad. Así, los Código de Hammurabi y de Manu (Manava Darma Sastra), así como EL EXODO Y EL LEVÍTICO, precisaron severas sanciones para las ofensas al patrimonio ajeno. Lo mismo

diferentes normativas, el concepto de patrimonio, tanto en el campo civil como desde su connotación penal⁷⁷.

En el campo civil algunos lo definen como “un conjunto de obligaciones y derechos susceptibles de una valoración pecuniaria, que constituye una universalidad del derecho (universitas iuris) . Esto es: el patrimonio de una persona esta siempre integrado por un conjunto de bienes, de derechos y además, por obligaciones y cargas, pero es requisito indispensable que estos derechos y cargas que constituyen el patrimonio sean siempre apreciables en dinero, es decir, que puedan ser objeto de una valoración pecuniaria”⁷⁸. Esta definición, dada en el derecho civil, ha dado la base para la elaboración en el derecho penal del concepto de patrimonio, pese a ser un término más amplio que el de propiedad, presenta el problema de su delimitación; es decir, del establecimiento de su contenido.

Por ello, resulta difícil dar un concepto de patrimonio, y en la doctrina del derecho penal, se han dado tres diversas concepciones del Patrimonio, que son la jurídica, la económica y la mixta o jurídico- económica.

Desde la concepción jurídica, estarán incluidos aquellos valores reconocidos por el derecho privado o público únicamente. Desde la concepción económica, se incluyen dentro del concepto de patrimonio, aquellos bienes susceptible de valoración económica en los negocios, aunque no se concrete un derecho reconocido por el ordenamiento jurídico. Y por último, la posición mixta, que considera importante ambas facetas; es decir, requiere que los valores económicos de una persona estén bajo la protección del ordenamiento jurídico⁷⁹.

hicieron las antiguas leyes de Atenas y Esparza. Pero fue el derecho romano el que mejor cumplió una elaboración jurídica del futum, (de furare y de ferre: llevarse algo), el que primeramente fue diferenciado entre manifestum y neo manifestum, con el fin de reprimir más severamente al cometido en flagrancia. “

⁷⁷ HUETA (S), Protección penal del patrimonio inmobiliario, Editorial Civitas, Madrid, Primera Edición, 1980, p. 29. “Por su escasa precisión, raro uso y distintas acepciones la noción civil de patrimonio es de escasa utilidad a la hora de su eventual trasplante al Derecho Penal, ya que como dice CRAMER, una estricta reconducción a la norma que esta fuera del derecho penal sólo tendría sentido si, en esta rama, se hubiesen alcanzado situaciones legislativas y dogmáticas, claras, que pudieses brindar al Derecho Penal una imagen precisa y congruente con sus necesidades político-criminales . “.)

⁷⁸ ZAMORA PIERCE (J), El Fraude, México, Editorial Porrúa, 1992, p. 157.

⁷⁹ HURTA (S), Protección penal del patrimonio inmobiliario, Editorial Civitas, Madrid, Primera Edición, 1980, p 30 , a 37. “ Para la concepción jurídica del patrimonio, hoy prácticamente superado, lo importante es la relación jurídica que vincula al sujeto con la cosa... La concepción económica parte justamente de los presupuestos contrarios. El Patrimonio se concibe como el conjunto de bienes que se encuentran bajo el poder fáctico de una persona con independencia de que su relación con ellos se concrete o no en un derecho o de que sea o no susceptible de reconocimiento jurídico.... La concepción mixta, aparece como el resultado de la combinación de aspectos de las dos

Se enuncia la doctrina española porque se define a favor de la concepción mixta del patrimonio, a falta de doctrina nacional al respecto, he de considerar que es la más apropiada para conceptualizar al patrimonio, porque incluye ambos aspectos: el económico y el jurídico, importantes en el desarrollo de la vida en sociedad.

Al ser el patrimonio de las personas de gran importancia, por las razones expuestas, es que recibe protección y tutela por el ordenamiento jurídico. A partir del reconocimiento como bien jurídico del patrimonio, requiere especial tutela y protección en las normas jurídico-penales y se da el surgimiento de los denominados delitos contra el patrimonio, como aquellas conductas no queridas por el ordenamiento jurídico, cuya comisión lesiona valores patrimoniales⁸⁰. Algunos de ellos afectan al patrimonio entendido de forma unitaria como universitas iuris (así, por ejemplo la estafa) y otros, la mayoría, lesionan concretos valores patrimoniales como el derecho de propiedad, la posesión, la titularidad de otros derechos reales, el derecho de crédito, la capacidad competitiva en el mercado, el derecho de uso; etc.

Otro punto que ofrece problema tiene que ver con el aspecto de la autonomía del derecho penal, muchos de los términos y conceptos que se emplean en los tipos penales de los delitos patrimoniales, como la estafa, el robo, el hurto, la apropiación indebida, tienen que ver con términos que han sido desarrollados en otras ramas del derecho, especialmente en el derecho privado, de donde surge la polémica de si se deben acuñar esos términos con su concepción civilista o si debe dársele una connotación penal⁸¹. Para Vives Antón, la autonomía del derecho penal, no tiene porque ser absoluta siendo

teorías anteriores. Tomando como base la posición económica, incluye en el patrimonio solo las cosas que revisten valor, pero siempre que estén en poder del sujeto en virtud de una relación jurídica, quedando excluidas las posiciones de poder fáctico desaprobadas por el ordenamiento jurídico. Esta es la concepción mayoritaria en nuestra doctrina. (Antón Oneca, Huerta Tocildo, Bajo Fernandez, Rodríguez Devesa, Muñoz Conde, Vives Antón). “

⁸⁰ Bajo Fernández (M), y otros, Manual de Derecho Penal, op cit. , p. 35.

⁸¹ BAJO FERNÁNDEZ, (M), Manual de Derecho Penal, ibidem , p.49. “ Sin embargo, interesa advertir aquí, que en el ámbito de los derechos patrimoniales constantemente estamos manejando conceptos propios de otras ramas jurídicas. Pues bien , se ha discutido en la Doctrina sobre si conceptos tales como propiedad, posesión, cosa, derechos reales, ajeneidad de la cosa, carácter mueble o inmueble de la misma, quiebra, comerciante, insolvencia, etc, términos todos extraídos de otras ramas jurídicas , deben ser utilizados con respeto de su significado ius privatista o, por el contrario, el Derecho Penal es autónomo en la determinación del concepto y contenido de dichas expresiones. La cuestión entronca con la vieja discusión del carácter autónomo o secundario del Derecho Penal, que alcanzó momentos estelares en manos de la Doctrina Italiana. Hoy el problema no parece preocupar a la Doctrina, si bien a mi juicio, está totalmente imbricada con la grave cuestión del carácter unitario del concepto de antijuridicidad en el conjunto del Ordenamiento. “.

por ello posible utilizar los términos desarrollados en el derecho civil, pero dándoles una connotación penal punitiva; opinión con la cual estoy de acuerdo⁸².

1.- Delitos patrimoniales: Bien jurídico.

En todo sistema jurídico basado en la protección y el respeto a los derechos y libertades de los individuos, el bien jurídico, su determinación y delimitación, debe ser el eje o corazón para el establecimiento de las normas, sobre todo en el campo del derecho penal, donde sirve como límite al poder punitivo del Estado⁸³. De ahí, la importancia del bien jurídico, como expresión del principio de ofensividad⁸⁴, de lesividad y en definitiva de legalidad, que deben orientar al legislador, en la creación de injustos penales, para que su creación verdaderamente responda a la tutela de bienes relevantes para una sociedad y para el desarrollo de la vida en armonía.

El bien jurídico constituye a su vez una garantía para el ciudadano, en cuanto a que los tipos penales que se crean deben proteger de la lesión de algún bien jurídico de importancia, siendo esta la justificación de la tutela especial que reciben en el ámbito del derecho penal⁸⁵.

En el campo de los delitos patrimoniales, como su nombre lo expresa, el bien jurídico tutelado resulta ser el patrimonio. Sin embargo, esto no siempre fue así, ya que con anterioridad se hacía referencia a los delitos contra la propiedad, lo cual significaba que por tratarse de un concepto más restringido, dejaba por fuera una serie de supuestos

⁸² VIVES ANTÓN (T.S.) Y OTROS, DERECHO PENAL, PARTE ESPECIAL, Valencia, Editorial Tirant Lo Blanch, 2da edición, 1996, p. 315.

⁸³ COBOS DEL ROSAL (M) y OTRO, "Derecho Penal , Parte General", Valencia, Editorial Tirant lo blanch, cuarta edición, 1996, p. 199. " El bien jurídico cobrara así la mayor importancia como "nódulo" o corazón del delito, pues ofrece, según se afirma, un criterio material , sumamente decisivo , en la interpretación y construcción de la teoría jurídica del delito y, por tanto, de los tipos penales en particular. Se hablará, entonces, de la vigencia penal del principio de "ofensividad" o "lesividad" u "ofensión", para expresar el dogma nullum crimen sine iniuria, esto es, que todo delito comporta, necesariamente , un daño u ofensa a un bien jurídico determinado, y no es imaginable un delito que no la realice. El delito, pues conlleva la exteriorización y materialidad de un hecho y , al mismo tiempo, que con tal hecho se dañe un bien jurídico protegido. Se va a diferenciar así el delito de las simples actitudes interiores, de un lado y , de otro, de los hechos materiales no lesivos de bien alguno. "

⁸⁴ ROXIN (Claus) citado por BUSTOS RAMÍREZ (J), Manual de Derecho Penal. Parte General.

⁸⁵ BUSTOS RAMÍREZ , (J), op cit. P. "El bien jurídico es por eso un concepto final, político jurídico (penal criminal), porque expresa la lucha por la democracia, y por tanto, la lucha por un sistema jurídico-penal democrático, en el fondo la lucha por su continua superación, por eso es un concepto crítico del sistema social y del sistema jurídico –penal (deslegitimador). Así definido , el bien jurídico ciertamente constituye un límite al poder punitivo del Estado , a su intervención sobre los ciudadanos, sobre su actividad social, solo así puede dar una base material al concepto político general de la necesidad de la pena. Y al mismo tiempo puede dar una base material a los presupuestos de la pena, esto es , servir de instrumento dogmático para fijar el contenido de la tipicidad y de la antijuricidad (del injusto)con lo cual especifica a través de estas categorías su función garantizadora general. "

y de bienes, que no se podían incluir en el concepto de propiedad, por lo cual la denominación de patrimonio ha aliviado un poco el problema.

Pese a ello, el concepto ofrece dificultad al delimitar su contenido y sobre qué debemos entender por patrimonio, existiendo al respecto tres corrientes: la jurídica, la económica y la mixta o jurídico-económica, que engloba las anteriores. Se parte de la concepción mixta o jurídico-económica, me parece la más indicada, porque resume en una postura las otras dos corrientes, se entenderá por patrimonio aquel conjunto de valores que pertenecen a una persona susceptible de ser valorado económicamente y tienen reconocimiento por el derecho en el ordenamiento jurídico. Consecuentemente con la definición adoptada de patrimonio y definiéndolo como el bien jurídico de los delitos contra el patrimonio, estos serán precisamente aquellas conductas que lesionen valores patrimoniales⁸⁶.

Otro problema con el Patrimonio como bien jurídico tutelado de los delitos patrimoniales, es que pese a que se incluye un mayor número de bienes, tales como la posesión, el derecho de crédito, etc; y no solamente el derecho de propiedad, lo cual no quita que el término en sí mismo sea de difícil entendimiento y aplicación, dándose en doctrina una serie de divagaciones en torno, a si se trata de una universalidad que debe ser entendida como un todo y lesionada en el mismo sentido, o si se trata una serie de bienes contenidos en este, que se lesionan de manera concreta, dependiendo de a cuál afecten. Esto se resuelve en parte, admitiendo como lo concluye el profesor Bajo Fernández, que hay supuestos en los cuales se lesiona al patrimonio como un todo y es en los casos en que se exige la existencia de un perjuicio económico como en el caso de la estafa, y en otros casos, también puede lesionar un bien jurídico concreto integrador

Barcelona, Editorial Promociones y Publicaciones Universitarias s.a., cuarta edición , 1994, p. 113. "En el derecho penal Alemán la reciente obra de Claus Roxin fundamenta el derecho penal desde el bien jurídico (principio de Lesividad) , y partiendo de la Constitución señala que "son bienes jurídicos realidades dadas o establecimiento de objetivos que son útiles para el individuo y su libre desarrollo en el marco de un sistema global social construido sobre la representación de fines o del funcionamiento de este sistema".

⁸⁶ VIVES ANTÓN, (T.S.) Y OTROS, Derecho Penal, op cit. P. 316. " En consecuencia, parece necesario optar por un concepto económico –jurídico de patrimonio. Una tal concepción implica la limitación de los bienes y derechos patrimoniales a los económicamente valiables y exige, por otra parte, que sean poseídos por el sujeto en virtud de una relación reconocida por el ordenamiento jurídico. "

del patrimonio, como puede ser el derecho de posesión, propiedad o crédito, y eso también es posible⁸⁷.

Los delitos patrimoniales, cuyo bien jurídico es el patrimonio, se constituyen como delitos de resultado, que requieren de la lesión a alguno de los elementos del patrimonio, o a éste entendido como un todo, según sea el injusto penal a que se refiera.

2.- Contenido de los delitos patrimoniales

En el ámbito del Derecho Penal, el contenido del patrimonio viene a ser no solo los derechos reales, sino también las obligacionales; incluyendo desde una óptica jurídico penal también a la posesión. Incluso en el caso extremo del ladrón que al cabo del tiempo adquiere la propiedad del bien sustraído, siempre que no sea en relación con el propietario.⁸⁸

Para Rodríguez Devesa, *“a los fines jurídico penales, pertenecen al patrimonio, además de los derechos, las posesiones económicas jurídicamente protegidas. Concretamente, se incluyen en él: a) Todos los derechos reales y de obligaciones con valor económico, incluso la posesión y la pretensiones naturales. Valor económico no es necesariamente valor en dinero (v.gr.: caso de racionamiento). b) La expectativa de una ganancia consistente en un incremento patrimonial probable. c) Prestaciones que en la vida económica tienen un valor en dinero, por lo cual, en cuanto el que las recibe se enriquece a costa del que las presta, resultará éste perjudicado, prestaciones laborales, entradas a conciertos, viajes por ferrocarril, etcétera. d) Valores poseídos antijurídicamente cuando, a pesar de su origen ilícito, la posesión esté jurídicamente protegida, v. gr. el ladrón (no frente al propietario)”*⁸⁹. Como se puede notar el profesor Rodríguez Devesa es más amplio en su delimitación del patrimonio, lo cual redundará en un mayor número de tipos penales delictivos en el campo patrimonial.

En nuestro medio, el profesor doctor Francisco Castillo, clasifica los bienes integrantes del patrimonio de la siguiente forma: *“ 1.- Todos los derechos subjetivos*

⁸⁷ BAJO FERNANDEZ, (M), y otros, Manual de Derecho Penal, parte especial, Delitos Patrimoniales y económicos, op cit, p. 35.

⁸⁸ MUÑOZ CONDE, (F), “Derecho Penal, Parte Especial, Valencia, Editorial Tirant lo Blanch, décima edición, 1995, p. 231.

⁸⁹ Rodríguez Devesa, citado por MARTOS NÚÑEZ (J.A.), “Derecho Penal Económico, Madrid, Editorial Montecorvo, s.a. , 1987, p. 281.

patrimoniales con valor económico, sin importar la rama del derecho en que estén regulados. 2.- Expectativas de derecho y situaciones jurídicas consolidadas que tengan un valor económico. 3.- Posiciones jurídicas , que no se pueden ejecutar, como ocurre con las obligaciones naturales, si tienen valor económico. Este valor económico falta cuando se sabe con seguridad que la obligación natural no tendrá cumplimiento. 4.- La posesión, mediata o inmediata de una cosa objeto que protege, en determinados casos , de manera expresa, en nuestro Derecho la figura del estelionato y de la apropiación indebida. 5.- Pretensiones jurídicas nulas, en tanto que no correspondan o no provengan de negocio ilícitos o prohibidos , que exista posibilidad de que sean cumplidas y que su cumplimiento no sea desvalorados por el derecho. Y 6.- la fuerza de trabajo de una persona , en tanto que no sea puesta al servicio de fines prohibidos o inmorales⁹⁰.

Esta enunciación que hace el doctor Castillo, de los bienes y derechos incluidos en el patrimonio, es aún más amplia que la del profesor Rodríguez Devesa, exponiéndolo no solo dentro de la concepción económico jurídica del patrimonio, sino también incluyendo su dimensión personal.

De acuerdo con lo dicho, el contenido de los delitos contra el patrimonio, viene a estar dado por las diferentes bienes jurídicos que en concreto se lesionan con la comisión de delitos como el robo, el hurto, etc; así como la estafa, en la cual se tutela al patrimonio como un todo y a su perjuicio o menoscabo, como el objeto de tutela.

3.- Clasificación de los delitos patrimoniales

Estrechamente ligado con el punto anterior, se encuentra el que paso a desarrollar relativo a la clasificar de los delitos patrimoniales; ya que depende del concepto que se adopte de patrimonio, para determinar cuáles elementos lo componen y consecuentemente concluir, cuales serian los injustos penales que se deben incluir como delitos patrimoniales.

Desde la óptica que adopto del patrimonio, entendido como el conjunto de derechos y bienes susceptibles de ser valorados económicamente y los cuáles encuentran un reconocimiento o aceptación en el ordenamiento jurídico, sea una posición

⁹⁰ CASTILLO GONZALEZ, (F) “ El Delito de Estafa”, San José, Editorial Juritexto, 1era edición, 2001, p. 72 y

mixta o jurídico – económica, es que parto para exponer la clasificación de los delitos patrimoniales.

La clasificación de los delitos patrimoniales, puede ser dada desde la perspectiva del ánimo de enriquecimiento que tenga el autor del delito. Seleccionándolos en dos grandes grupos, sean los delitos de enriquecimiento y los delitos sin enriquecimiento. Asimismo, dentro de los delitos de enriquecimiento, se puede realizar una subdivisión en delitos A) De apoderamiento, entre los cuales están los que se refieren a una cosa mueble, sea robo, hurto, uso de vehículo de motor, o cuando se usurpa un derecho o cosa inmueble, por ejemplo la usurpación. B) Defraudaciones, donde el fraude o engaño tiene un papel principal, como por ejemplo en la estafa, defraudaciones del derecho de autor, cheque en descubierto, etc; o aquellos supuestos que se realizan mediante fraude aunque éste no tenga un papel protagónico, como por ejemplo la apropiación indebida, usura, receptación y, C) de explotación o negocio cuando se trata de maquinaciones para alterar el precio de las cosas, por ejemplo en la usura y en la receptación. El segundo bloque integrado por los delitos sin enriquecimiento, se encuentra referido a los delitos de daños, incendios y estragos.⁹¹

En nuestro medio, el doctor Francisco Castillo, brinda una clasificación distinguiendo los delitos patrimoniales, en aquellos que lesionan la propiedad; como por ejemplo: hurto, robo apropiación indebida, etc; de los que lesionan el patrimonio como tal, que sería el caso de la estafa, administración fraudulenta, extorsión, etc, y ubica en un tercer grupo a los tipos penales que lesionan valores patrimoniales especializados; dentro de los que se encuentran el derecho de posesión, el derecho a ejecución de derechos personales, etc.

Como se puede notar, esta clasificación de los delitos patrimoniales dada por el doctor Castillo, es acorde con su manera de exponer, que cité líneas atrás, de los elementos integrantes del patrimonio.

⁹¹ MARTOS NÚÑEZ, (J.A), Derecho Penal Económico, op cit. p. 232.

C) FRAUDES COLECTIVOS Y DELITOS CONTRA EL ORDEN PÚBLICO ECONÓMICO

1.- Los delitos contra el orden público económico: concepto

En relación con el concepto que sobre los delitos contra el orden público económico se puede dar, debo primero advertir que no existe conformidad en la doctrina, sobre la denominación más adecuada a utilizar para designar a este tipo de delincuencia.⁹²

De ahí que sean diversos los nombres y calificativos que los juristas emplean al estudiar aquellos delitos que lesionan o ponen en peligro el orden público económico o atentan contra el normal y adecuado desenvolvimiento de las relaciones económicas en sus facetas de producción, distribución y consumo de bienes y servicios, en una sociedad. Se les denomina, delitos económicos, delitos socioeconómicos, delitos social económicos, delitos económico sociales, delitos de cuello blanco y delitos contra el orden público económico, entre otros.

Pero en realidad, el delito⁹³ siempre será y deberá ser caracterizado como aquella conducta desviada que lesiona un bien muy importante en una sociedad.

En el delito económico, lo que se protege como bien no es la economía como tal sino aquellas conductas que de algún modo lesionan el orden público económico y por eso causan grave perjuicio a la sociedad en general.

⁹² MIRANDA GALLINO, Delitos contra el Orden Económico, Buenos Aires, Ediciones Pannedille, 1970; p. 19. "Dentro de la terminología doctrinal encontramos confusión, como consecuencia del surgimiento de intentos dogmáticos de construir ramas jurídicas que pretenden su autonomía frente al derecho penal tradicional. Se les asigna distintas denominaciones: "derecho penal económico", "derecho social económico", "derecho penal administrativo" y otras."

⁹³ El delito viene a ser una acción sancionada con una pena o descripción legal a la cual se le atribuye una sanción punitiva. Aquí creemos conveniente citar la tradicional definición dada por Beling para quien el delito es una acción típica antijurídica y culpable, reprimida con una sanción penal dependiendo del grado de culpabilidad y que se ajusta a las condiciones legales de punibilidad entrando así en el campo del Principio de Legalidad donde diferenció este autor entre el tenor literal y el significado esencial del principio de legalidad.

Teniendo que el tenor literal se identifica con la existencia de una reserva sustancial y absoluta de Ley que comprende toda la materia relativa a la definición de delitos y a fijarle las sanciones respectivas, por su parte el significado esencial del principio de legalidad no se centra en el requisito de reserva de ley, sino que incluye múltiples exigencias materiales, relativas al "modo" de la legislación penal esto quiere decir que si una ley estableciera que el que cometa una acción antijurídica y culpable será castigado según el criterio del juez, se estaría respetando el tenor literal pero contrariaría el criterio esencial expresado en las ideas del iluminismo.

Por lo amplio del contenido que abarca el bien jurídico orden público económico, no resulta fácil dar una definición o concepto de este tipo de delito. Al respecto opina Novoa: “Existe incertidumbre acerca de lo que es delito económico”.⁹⁴

La terminología empleada por los diversos autores, pretende establecer que en este tipo de delincuencia se protegen bienes jurídicos supraindividuales y no intereses particulares. Por lo cual interesa la protección de intereses económicos en cuanto lesionen el interés público económico.

Debido a que son diversos los calificativos que se dan en doctrina a los delitos que lesionan el orden público económico, pasamos a analizar los diferentes conceptos que se utilizan para denominarlo.

1.1.- Delito económico

La denominación delito económico la utiliza Tiedemann, Bajo Fernández, César Herrero Herrero y Novoa, entre otros y se refiere a las relaciones económicas en que interviene el Estado en aquellos casos de producción, distribución y consumo de bienes y servicios dados en las relaciones económicas, que lesionan o ponen en peligro bienes jurídicos supraindividuales. Estos profesores establecen como criterio diferenciador de los delitos económicos, la determinación del perjuicio y del ofendido, lo cual implica que en aquellos supuestos donde el ofendido y perjuicio pueden ser determinables, estaríamos en presencia de una afectación individual y no supraindividual, con lo cual pertenecerían estas conductas al campo de los delitos contra el patrimonio y no al de los delitos contra el orden público económico⁹⁵.

Otra diferenciación que estos autores hacen relativa a los delitos económicos, se refiere a los supuestos en los cuales la conducta desplegada por el comerciante o

⁹⁴ NOVOA MONRREAL. Citado por RIVACOBAY RIVACOBAY, M. Op. cit. p.78.

⁹⁵ BAJO FERNANDE (NOMBRE DEL LIBRO), op. cit. p. 42. TIEDEMANN, K. Poder Económico y Delito. Op. cit. p. 17. “Figuras penales como: estafa, administración infiel, apropiación indebida, usura, daño, hurto, quiebra, etc., quedan fuera del Derecho Penal económico-administrativo y se dirigen primordialmente a la protección del patrimonio particular y sólo en casos especiales implican, de modo incidental y complementario, la tutela de intereses patrimoniales supra individuales, como lo son los del fisco, de los bancos, de las compañías aseguradoras, de las sociedades mercantiles, etc. Existen situaciones que demuestran que tales delitos contra

empresario, no es adecuada o correcta, según lo establece el funcionamiento y las reglas del mercado y de las relaciones económicas en determinada sociedad.⁹⁶

Estos autores optan por una posición restringida o estricta del contenido de los delitos contra el orden público económico, con el afán principal de evitar que sean incluidos dentro del Derecho Penal Económico, una serie de conductas delictivas que pertenecen a otras ramas del Derecho Penal; como por ejemplo, al campo de los Derechos Patrimoniales.⁹⁷

1.2.- Delitos socioeconómicos y delitos contra el orden económico social

Otro término que se utiliza es el de delitos socioeconómicos, empleado sobre todo en los Códigos Penales y en los Proyectos Iberoamericanos, así como en el Código Penal español, de reciente aprobación⁹⁸.

Este concepto ha sido criticado desde el punto de vista de su composición gramatical, debido a que se trata de una palabra compuesta por las denominaciones socio y económico, donde socio es utilizada como adjetivo y ese adjetivo debería ser social en vez de socio, por lo cual según el jurista Manuel de Rivacoba y Rivacoba⁹⁹, la denominación más adecuada sería delitos social económicos o económico social.¹⁰⁰

Se ha criticado también por cuanto la idea de cierta precedencia o importancia especial del aspecto económico sobre el social, siendo que actualmente se admite que en el Derecho Penal Económico, interesa el orden económico, en cuanto tenga repercusiones en el orden social. Es decir, lo que interesa proteger son los bienes jurídicos supraindividuales y no un interés económico particular.

De ahí que sea más adecuado hablar de delito económico social, porque así queda claro que interesará lo económico únicamente en cuanto tenga repercusión o trascendencia social.

⁹⁶ TIEDEMANN, K. "Poder Económico y Delito". *Op. cit.* P. 11. "Importa destacar como delitos económicos aquellas conductas que contradicen el comportamiento acorde con la imagen de un correcto comerciante y que, por su ejecución y efectos, además de lesionar intereses individuales, pueden poner en peligro la vida económica o el orden que la rige".

⁹⁷ VILADES JENE, C. *Op. cit.* pp. 230-231.

⁹⁸ CODIGO PENAL DE ESPAÑA, Título XIII, Arts. 270-297.

⁹⁹ Ver, RIVACOBIA RIVACOBIA, M. *op. cit.* pp. 73-74. "O sea, que, en atención y fidelidad a las reglas de la derivación como a las de la composición en castellano, lo pertinente es decir social económico o económico social.

¹⁰⁰ DE RIVACOBIA Y RIVACOBIA, M. "Los Llamados Delitos socioeconómicos en los Códigos y en los Proyectos Iberoamericanos y en la Propuesta de Anteproyecto Español de Nuevo Código Penal", *op. cit.* pp. 73-74.

1.3.- Delitos de cuello blanco

Otro término que se emplea en relación con este tipo de delincuencia, es el de “delitos de cuello blanco”. Esta terminología se utiliza desde el punto de vista de la criminología¹⁰¹ jurídica y destaca como sus principales exponentes Sutherland¹⁰², quien define al delito económico en estrecha relación con el tipo de delincuente que lo comete: “el delito económico realizado por el delincuente de “cuello blanco”¹⁰³ como el delito cometido por una persona respetable y de elevado status social, en el marco de su profesión¹⁰⁴” Esta concepción fue variando y luego, siempre desde el campo de la criminología, se estudia el delito económico, considerando además de las características especiales del autor del delito, ya mencionadas, también el *modus operandi* y los objetivos perseguidos en la comisión de éste.¹⁰⁵

Como parte de esta postura, se incluye también al delincuente de cuello azul¹⁰⁶ aquel individuo que sin pertenecer a la clase alta de la sociedad, posee un puesto en la Administración Pública o algún tipo de conocimiento que le permite también presentar negocios como lícitos que en realidad son verdaderos fraudes.

Los autores que utilizan esta terminología de delitos de cuello blanco y cuello azul, analizan el delito económico o contra el orden público económico desde su perspectiva criminológica, dándole importancia al fenómeno social más que al jurídico. De ahí, que deba hacerse esa aclaración para no incurrir en confusiones. Para el profesor Bajo Fernández, al analizar el delito económico, –como él lo denomina, su campo al estudio

¹⁰¹ BAJO FERNÁNDEZ, M. “Derecho Penal Económico: Concepto, Contenido y Cuestiones Comunes”, *op. cit.* pp. 45-46.”

¹⁰² PEGORARO TATIAN J; “Señores y Delincuentes de Cuello Blanco”. En: Revista Teoría y Práctica en las Ciencias Penales”, pp. 49.

¹⁰³ BAJO FERNÁNDEZ, M. *op. cit.* p. 48.

FERNÁNDEZ ALBOR, A. Estudios sobre criminalidad económica. Barcelona, Editorial Bosch; s.e., 1978, p. 22.

¹⁰⁴ Citado por TIEDEMANN, KLAUS. *Op. cit.* p. 10 Sutherland, White Collar Crime. P 9.

¹⁰⁵ Al respecto, Tiedemann, expresa: “Como particularidad del modo de cometer el hecho penal económico se ha destacado en especial, tanto por parte de la investigación criminológica como por la criminalística, en la República Federal de Alemania y en los Estados Unidos –remontándose, por lo demás, a tempranos palanteos de Sutherland– el abuso de confianza en el tráfico económico: el abuso de confianza socialmente exigible en la vida económica constituye el delito económico. En este modo de considerar el problema importa señalar como económico–delictivos aquellos estilos de conducta que contradicen el comportamiento acorde con la imagen de un correcto comerciante y que por la ejecución y efectos del hecho pueden poner en peligro, además de lesionar, intereses individuales, la vida económica o el orden correspondiente a ésta”

debe limitarse sea como fenómeno jurídico que constituye el contenido del Derecho penal económico o como fenómeno individual o social, precisamente para evitar confusiones.¹⁰⁷

Al respecto Bajo Fernández expresa: “La coincidencia terminológica entre criminólogos y juristas a la hora de estudiar ese fenómeno que ambos denomina “delito económico” e, incluso, la mayor abundancia de estudios criminológicos que jurídicos, ha provocado alguna confusión en la que tienen la culpa ambos especialistas. Los criminólogos, por ejemplo, se equivocan al comenzar sus estudios definiendo el delito económico sin advertir el carácter no jurídico–penal de la expresión, o sin preocuparse de distinguir convenientemente entre los conceptos aportados por juristas y las que surgen del ámbito de la sociología o de la criminología”.¹⁰⁸

1.4.- Delitos contra el orden público económico

Por último, otro de los conceptos empleados en relación con este tipo de delincuencia, es de delitos contra el orden público económico¹⁰⁹, que a mi juicio constituye la denominación más acertada, porque logra abarcar la amplia gama de supuestos y actividades que surgen en el desarrollo de las relaciones económicas que de algún modo puede alterar su normal desenvolvimiento; siendo necesaria su tipificación como delito.

A su vez, al hablar de un orden público económico nos referimos a ese orden económico como relevante e importante proteger porque es público y por tal, representa un bien a resguardar, porque su lesión afecta a la sociedad en general a bienes jurídicos supraindividuales; como lo es “el orden público económico”, en sus modalidades de

¹⁰⁷ BAJO FERNÁNDEZ, M. *Op. cit.* p. 41

¹⁰⁸ BAJO FERNÁNDEZ, M. *op. cit.* p. 40 y TIEDEMANN, K. *Poder Económico y Delito.*, Barcelona, España, Editorial Ariel S.A., 1985; pp. 10-12

¹⁰⁹ MIRANDA GALLINO, R. “Los Delitos contra el Orden Económico”. *Op. cit.* pp. 25-26. TIEDEMANN k, “El Concepto de Derecho Económico, de Derecho Penal Económico y de Delito Económico”, *Cuadernos de Política Criminal* NQ.aL. Madrid, Editoriales de Derecho Unidas S.A., Edersa, Instituto Universitario de Criminología, Universidad Complutense de Madrid, 1986, pp 66—67.

bienes jurídicos concretos sean la confianza pública que debe existir en el tráfico comercial, el derecho de crédito, etc¹¹⁰.

Lo que interesa no es la economía pura o por sí sola, sino en tanto se cause perjuicio a la sociedad y esto sucede cuando se lesiona el interés público económico. De ahí que se trata de un delito contra el orden público económico cuando en las relaciones económicas de producción, distribución o consumo de bienes y servicios, se lesiona un bien público supraindividual de carácter económico, sea cuando intervenga el Estado o cuando esas relaciones económicas se desarrollen entre particulares.

Por ello, los delitos contra el orden público económico, pueden definirse como aquella conducta que lesiona tal orden, entendido este como el bien jurídico supraindividual protegido, por ser de gran importancia en una sociedad. Pero será al legislador, a quien corresponda establecer, con fundamento en normas constitucionales y la realidad misma, cuáles son las conductas que pueden menoscabar ese orden público económico, con tanta gravedad que requieran ser establecidas como delito.¹¹¹

Apartándonos un tanto de las diversas denominaciones que la doctrina alemana y española le han dado al estudio de este tipo de delincuencia, diremos que la mayoría de los profesores citados, de un modo directo o indirecto, tratan de ponerse de acuerdo sobre cuál es el bien jurídico a proteger, aceptando como válido, el orden público económico, pues lo que interesa no es la economía pura o por sí sola, sino en el tanto se lesione un bien jurídico supraindividual económico es decir, un interés público económico y no el interés particular. Sin embargo, el término orden público económico nos ofrece el problema de ser muy amplio y abstracto¹¹², por lo cual determinar los bienes jurídicos que lo componen es uno de los problemas principales en esta nueva rama del derecho sea, el Penal Económico, lo cual constituye un primer esfuerzo por ir delimitando el concepto, contenido y características de este tipo de delincuencia y por ir estableciendo específicamente cuáles conductas deben ser tipificadas como delito.

¹¹⁰ MIRANDA GALLINO, (R), op.cit. p .24.Para el Profesor Miranda Gallino el Orden Público Económico, expresa, representa o integra la entidad penalmente tutelada mediante la tipificación, o mejor aun, codificación de los delitos económicos, y constituye a su vez la base del criterio de clasificación en función del cual se ubica el delito económico en el marco general de los hechos punibles que suelen aparecer en la parte especial de los códigos penales”.

¹¹¹ BAJO FERNÁNDEZ, M. Op. cit. p.41.

¹¹² VILADES JENÉ, O. La Delincuencia Económica, Op. cit. 230-231.

Ahora bien, luego de lo expuesto, me parece conveniente en esta investigación, utilizar el término de delitos contra el orden público económico, para ser congruentes con lo ya manifestado.

2.- Los delitos contra el orden público económico: Contenido y características

2.1.- Contenido de los delitos contra el orden público

En cuanto al contenido de este tipo de delincuencia, se distingue en doctrina, con Bajo Fernández, Tiedemann, Rivacoba y Rivacoba Novoa y Zirpins—Terstegen una concepción amplia¹¹³ y otra restringida¹¹⁴ de los delitos contra el orden público económico.¹¹⁵

“Delito económico en sentido estricto es la infracción jurídico- penal que lesiona o pone en peligro el orden económico entendido como regulación jurídica del intervencionismo estatal en la Economía de un país”¹¹⁶. Desde una concepción más amplia, el delito económico consiste en “aquella infracción que, afectando a un bien jurídico patrimonial individual, lesiona o pone en peligro, en segundo término, la regulación jurídica de la producción, distribución y consumos de bienes y servicios”¹¹⁷.

Para Bajo Fernández, es posible también hablar de un concepto medio o funcional de los delitos económicos —denominación que él utiliza— cuyo contenido estaría conformado por los delitos que, por la forma de realizarse o por el perjuicio que ocasionan, lesionan o ponen en peligro, la estabilidad económica, la confianza en el tráfico mercantil, o el correcto funcionamiento de las instituciones que tienen que ver con la economía de una sociedad¹¹⁸.

¹¹³ Tiedemann, (Klaus), Op. cit.. 20.

¹¹⁴ Bajo Fernández, (Miguel), op. cit. p. 42. TIEDEMANN (Klaus), Poder Económico y Delito. Barcelona, Editorial Ariel, 1985, p 17.”.

¹¹⁵ Zirpins —Terstegen , p. 32—33, citado por Bajo Fernández, (Miguel) p. 42, y Tiedemann (Klaus), op. cit. p. 16.

¹¹⁶ BAJO FERNÁNDEZ, 14, “Derecho Penal Económico: Concepto, Contenido y Cuestiones Comunes”, o cit. p. 563 “.

¹¹⁷ Bajo Fernández, Miguel. Op.cit. p. 43. TIEDEMANN ,K, “Poder Económico y Delito”. Op. cit. p. 2.

¹¹⁸ BAJO FERNÁNDEZ, M, citado por MARTOS NUÑEZ, J, “Derecho Penal Económico”, op.cit. p. 130.

Para Tiedemann, el contenido del delito económico comprende primero, infracciones en el ámbito del derecho administrativo-económico; es decir, el campo que tiene que ver con la actividad de intervención y regulación del Estado en la economía; el campo de los bienes jurídicos supraindividuales relacionados con la vida económica, que van más allá de los intereses particulares y por último, los delitos patrimoniales, como por ejemplo; la estafa, el cohecho, etc; cuando se dirigen contra patrimonios supraindividuales.¹¹⁹

Para Zirpins, el contenido del Derecho Penal económico, se puede clasificar en seis grandes grupos: “1.-La Estafa. 2.-Delitos que atentan contra el principio de confianza como malversación, prevaricación, cohecho, y otras formas de corrupción de funcionarios 3.-Delitos contra la libertad de competencia. 4.- Delitos fiscales y de contrabando. 5.- Delitos de insolvencia y, 6.- otros delitos como *agio arrendaticio*, receptación, tráfico de alimentos y medicamentos, no incluidos en los números anteriores.”¹²⁰

Para Barbero, el contenido de los delitos económicos, como los denomina el autor citado, se puede establecer en cuatro grupos de casos que son :

1. “Delitos contra la banca y relacionados con las actividades bursátiles, contra el sistema crediticio, los seguros, la libre competencia, la garantía de los abastecimientos, incluidos los delitos de malversación de fondos e insolvencia y el quebrantamiento de los derechos de autor y del derecho de las marcas registradas.
2. Delitos fiscales, delitos aduaneros y fraudes en las subvenciones, así como la obtención fraudulenta de ventajas y el cohecho.
3. Infracciones contra la protección del trabajo de menores y contra las leyes de protección del trabajo, así como contra la seguridad social, fraudes alimentarios y de otros bienes y delitos contra los consumidores y contra el medio ambiente.

¹¹⁹ TIEDEMANN (K), “ Concepto de Derecho Penal Económico y del Delito Económico, op cit. p . 68.” primer término, las transgresiones en el campo del Derecho Administrativo— económico, o sea , la defensa penal de la actividad interventora y reguladora del Estado en la economía. Comprende además transgresiones en el campo de los llamados bienes jurídicos colectivos o supraindividuales de la vida económica, que por necesidad conceptual trascienden los intereses jurídicos individuales. Finalmente, se incluyen los hechos penales en el campo de los delitos patrimoniales clásicos (estafa, extorsión, defraudación, cohecho, etc.) cuando esos delitos se dirigen en la realidad contra patrimonios supraindividuales (como en los casos de la obtención fraudulenta de subvenciones y créditos estatales) o cuando estos delitos constituyen abuso de medidas e instrumentos de la vida económica (como en los casos de cheques en descubierto y balance falso).”

¹²⁰ Zirpins-Terstegen, citado por Bajo Fernández, Migue op. cit. p. 43

4. La estafa y la usura¹²¹.

Por su parte Novoa, establece como el contenido de los delitos económicos los siguientes aspectos:

- a) Planificación imperativa de la economía nacional.
- b) Limitaciones a la producción de bienes y servicios especialmente de primera necesidad, a veces con señalamiento de precios máximos, zonas de distribución, control de su transporte, etc.
- c) Protección del consumidor, identificación apropiada de bienes y servicios, abusos de propaganda comercial y, en general medidas para impedir un manejo abusivo de los precios o un desmejoramiento en la calidad de los productos.

Acaparamiento, especulación y agio en sus diferentes formas; regulación monetaria, control de divisas y cambio de monedas extranjeras. Asignación de créditos para la industria y el comercio y tasa de interés máximo para ellos.¹²²

Según nuestro criterio, la clasificación dada por Zirpins, es bastante amplia y así debe ser, para que las modalidades de los delitos contra el orden público económico que surjan en el futuro, con el constante desarrollo y transformación de las relaciones económicas, puedan ser incluidas. Esta clasificación amplia del delito económico invita a la formulación de regulaciones jurídico—penales eficaces, que impidan la impunidad¹²³ de este género de delitos, por razones de falta de tipicidad.

Como conclusión preliminar, puedo apuntar que los delitos contra el orden público económico, constituyen una rama muy nueva del derecho, la cual se encuentra en proceso de formación y por cuyo motivo existe aún confusión y discusión, en cuanto a su concepto y contenido, los cuales permitan distinguirlo y determinarlo con claridad. Si puedo afirmar que existe acuerdo en relación con el bien jurídico que sirve de base a la

¹²¹ GÜNTER, K. “La Criminalidad Económica y la Forma de Combatirla”, La Reforma Penal: Delitos Socio- Económicos, op. cit. p. 179

¹²² ³NOVOAMONRRREAL, E, citado por HARTOS NUÑEZ, J, op. cit. p. 123—124.

¹²³ PAVARINI, CITADO POR VILADES JENE , op. cit. p. 237. “Pavarini analiza por su parte las causas de ese elevado índice de impunidad, causas que podrían— a nuestro juicio— agruparse en dos grandes categorías (1975, pp 538— 540), En primer lugar las causas legislativas que se refieren tanto a la estructura general del derecho. punitivo (valoración histórica y política de las normas incriminadoras como pertenecientes a la matriz clasista del ordenamiento penal burgués) como a la configuración de los tipos penales (valoración técnico— jurídica) y a la naturaleza eminentemente “ideológica del derecho penal burgués. En segundo lugar, las causas relacionadas con la aplicación de la ley penal, que comprenden tanto las dificultades de criminalización secundaria (la norma incriminadora es aplicada pero el condenado no adquiere la consideración social de criminal, no entra en la clásica “carrera criminal”.

formulación de este tipo de delitos, sea el denominado orden público económico, aunque un tanto ambiguo, complejo y amplio, permite ir delimitando esos aspectos esenciales de los delitos contra el orden público económico.

De ahí que dentro de una concepción amplia sobre el contenido de los delitos contra el orden público económico, es posible incluir los fraudes colectivos, que por la pluralidad de sujetos que resultan perjudicados, sea denominado sujeto pasivo masa, se puede afirmar que en ciertos casos lesiona la confianza pública que debe existir en el tráfico mercantil, el derecho de crédito, las reglas de la competencia, según sea el ámbito económico en el cual se desarrolle éste.

2.2.- Características de los delitos contra el orden público

Los delitos contra el orden público económico forman parte de la denominada delincuencia especializada en contraste con la delincuencia común que se define esencialmente como de “resultado”, y se refiere a los tipos penales que podemos llamar comunes, por ejemplo: el homicidio, el robo, las lesiones, la violación, etc¹²⁴.

2.2.1.- El Estatuto del autor de los delitos contra el orden público es de profesional o funcionario público

En la delincuencia económica, el individuo que lo comete generalmente no pertenece a la clase poderosa o alta de la sociedad, sino que se aprovecha de su estatuto profesional o de su condición de funcionario público para ejecutarlo. A diferencia de la delincuencia de cuello blanco, cuyo sujeto que lleva a cabo la acción delictiva pertenece por lo general a los estratos altos de la sociedad; la delincuencia económica se puede encontrar de manera más adecuada en la denominada delincuencia de cuello azul, la cual se aprovecha de sus conocimientos técnicos o profesionales o de la

¹²⁴ VILADÁS JENÉ, O, “La Delincuencia Económica”, *op. cit.* p. 230-231. “Se ha verificado, por ejemplo que los daños materiales ocasionados por las conductas que se conviene en incluir en la categoría “criminalidad económica” alcanzan cifras astronómicas y rebasan, haciendo imposible cualquier comparación , los irrogados por los comportamientos integrantes de la denominada delincuencia común : los fraudes alimentarios y farmacéuticos y la contaminación de aguas y aire atentan no sólo contra la salud, sino también contra la integridad física e incluso de la vida de las personas.

Deben contarse además todos los daños inmateriales como por ejemplo el quebranto de la confianza como elemento básico y configurador del tráfico mercantil y los atentados al sistema de libre mercado”.

BAJO FERNÁNDEZ, M, “Derecho Penal Económico: Concepto, Contenido y Cuestiones Comunes”, *o cit* p. 569. ”

influencia que pueda ejercer a través de su puesto público, para realizar su plan y consumir el delito.

Esto ocasiona que la persecución de este tipo de delincuente sea difícil, pues siempre contará con los conocimientos técnicos y jurídicos y hasta con la influencia que requiere para dar al negocio o actividad que realiza una apariencia de licitud, que impide el descubrimiento del delito y se le responsabilice por su actuación ilícita.

2.2.2.- El modus operandi utilizado en la comisión de los delitos contra el orden público económico es complejo

El *Modus operandi* empleado en la comisión del delito es mediante el uso de mecanismos complejos y sofisticados, que hacen de difícil apreciación su existencia; por ejemplo computadoras, procedimiento de cajeros automáticos o tarjetas de crédito.

Se utilizan también los instrumentos jurídico mercantiles, como sociedades, sistemas especiales de inversión, etc; que dificultan la labor de apreciar o establecer la distinción entre la actividad que se desarrolla en el campo lícito del derecho civil o mercantil, de aquella actividad delictiva que se lleva a cabo valiéndose de los instrumentos jurídicos referidos.

Por ello la actividad delictiva en este tipo de delincuencia, en la mayoría de los casos, también se distingue por ser de larga duración; ya que los mecanismos empleados así lo ameritan.

2.2.3.- Se lesionan principalmente bienes jurídicos supraindividuales en la comisión de los delitos contra el orden público económico

Este tipo de delincuencia se caracteriza por lesionar bienes jurídicos supraindividuales de manera principal, aunque también lesione intereses patrimoniales particulares. Existe cierto acuerdo en doctrina, en cuanto a que la distinción principal de la delincuencia económica estriba en la lesión que esas conductas ocasionan al bien jurídico "orden público económico", en los bienes jurídicos concretos que podemos decir lo integran, sea la confianza en el tráfico mercantil, el derecho de crédito, las reglas de la competencia, etc., que si la lesión se dirige únicamente a bienes jurídicos individuales

nos encontraremos en el ámbito de los delitos patrimoniales o de otra índole, pero no de delitos contra el orden público económico.

2.2.4.- En la comisión de delitos contra el orden Público económico se lesionan accesoriamente otros bienes jurídicos tutelados en otros tipos penales

Otro agravante que caracteriza este tipo de delincuencia es que en la comisión del delito principal, se lesionan bienes jurídicos contemplados en otros tipos penales; es decir, que el autor del delito, para lograr el objetivo final y principal, puede con frecuencia cometer otros contra la vida, la integridad física, la propiedad, etc¹²⁵.

2.2.5.- En la comisión de los delitos contra el orden público económico se busca un beneficio económico cuantioso

Todo el *modus operandi* utilizado por el autor del delito contra el orden público económico, se encuentra encaminado a obtener un gran beneficio económico. Esto lo logra haciendo uso de su capacidad o conocimiento profesional para llegar a los grupos de poder económico importantes en una sociedad, a efecto de presentarles su plan y lograr que lo acepten como lícito, luego de lo cual los individuos que intervienen resultan perjudicados económicamente. Pero la afectación no es sólo en el patrimonio individual de los sujetos que intervienen en el negocio o plan que se les presenta, sino también en bienes jurídicos como la confianza en el tráfico mercantil, las reglas de la competencia, el derecho de crédito, con las consecuencias nefastas para la sociedad en general. De ahí,

¹²⁵ Bajo Fernández,(Miguel), "Derecho Penal Económico". Editorial Civitas. España, 1978, p.50. "Los datos estadísticos sobre los efectos de la delincuencia económica son realmente sorprendentes hasta el punto de permitir decir que los daños materiales que produce son inimaginables en la delincuencia violenta. Una afirmación como esta sólo es admisible teniendo en cuenta que, como veremos, también la delincuencia económica lesiona la vida e integridad física de las personas".

VILADES JENE, J. La Delincuencia Económica...

"Se ha verificado , por ejemplo que los daños materiales ocasionados por las conductas que se conviene en incluir en la categoría "criminalidad económica", alcanzan cifras astronómicas y rebasan, haciendo imposible cualquier comparación, los irrogados por los comportamientos integrantes de la denominada delincuencia común: los fraudes alimentarios y farmacéuticos, y la contaminación de las aguas y aire atentan no sólo contra la salud, sino también contra la integridad física e incluso de la vida de las personas. Deben contarse además todos los daños inmateriales, como por ejemplo el quebranto de la confianza como elemento básico y configurador tráfico mercantil y los atentados al sistema de libre mercado".

que en muchos casos pasan de ser un delito clásico patrimonial, para convertirse en un delito contra el orden público económico.

2.2.6.- En la comisión de los delitos contra el orden público económico, el autor del delito, busca ciertas características en el ofendido o víctima

Los delitos contra el orden público económico se realizan mediante el abuso de la credibilidad o de la ignorancia del sujeto perjudicado.

En muchos casos, el delincuente busca en la víctima ciertas características que le permitan llevar a cabo su plan y cometer el delito. De esa forma el autor presenta el negocio como lícito, con buen soporte contable, es cuando los individuos tienden a creerle y a invertir en el proyecto que se les ofrece. También se da el caso de que la persona que interviene en el negocio no es conocedora de una serie de aspectos técnicos o jurídicos, ignorancia de la cual se aprovecha el delincuente, para convencerlo participar en su plan, ocasionándole posteriormente un perjuicio económico.

2.2.7.- Reticencia de la víctima u ofendido a denunciar

En los delitos contra el orden público económico, la víctima en muchas ocasiones no denuncia, porque el perjuicio individual que se le ha causado, según su percepción es mínimo y duda sobre la eficacia de los Tribunales de Justicia para sancionar este tipo de delincuencia, por el *status* especial que ostenta su autor.

2.2.8.- Apariencia de licitud en la comisión de los delitos contra el orden público económico

El autor o autores del delito económico, tratan de dar a su actuación una apariencia de licitud y a su empresa o negocio una imagen de solvencia económica, estabilidad y responsabilidad.¹²⁶ Lo hacen utilizando sofisticados sistemas de inversión, que manejan y desarrollan por medio de sociedades, obstaculizando la posibilidad de los

¹²⁶ HERRERO HERRERO, O, "Los Delitos Económicos, Perspectiva Jurídica y Criminológica", *op cit* p. "La delincuencia económica, en efecto, se aprovecha de los "puntos flacos", tanto estructurales y éticos de la sociedad como de sus deficientes mecanismos jurídicos de defensa. Todo esto ocurre por que nace y crece al amparo de formas de actividad económica, peculiar de cada época, y está al tanto, al mismo tiempo, de los medios más sofisticados de acción, de los que los agentes "normales" más avanzados, de aquella actividad se sirven. La delincuencia económica es la clase de delincuencia más ajustada al ritmo social".

inversionistas de conocer con exactitud como se desenvuelve el negocio. De esa manera los delincuentes prosiguen con su plan complejo y logran captar mucho dinero de los inversionistas, hasta que estos se percatan de que están siendo engañados.

También logran esa apariencia de licitud, valiéndose de los puestos de confianza que ocupan en la administración pública, para la aprobación de permisos y autorizaciones que les permitan vender o distribuir un producto o desarrollar una determinada actividad, con lo cual, sucede que los sujetos involucrados en el plan de este tipo de delincuente, se percatan de la situación mucho tiempo después, resultando en la mayoría de los casos defraudados en el monto que invirtieron, además y de manera principal, se lesionó alguno de los bienes jurídicos supraindividuales contemplados en el orden público económico, que perjudican a la sociedad en general.

Sin embargo, en la actualidad, esta percepción relativa a la criminalidad económica, ha variado y la sociedad es hoy más consciente de los graves perjuicios que ocasiona¹²⁷. Asimismo y aunque en menor número, tanto en Costa Rica como en España, se encuentran sometidos a proceso sujetos a los cuales se les atribuye haber cometido delitos contra el orden público económico¹²⁸.

Queda mucho por hacer, para que nuestra justicia penal se aplique por igual al delincuente no convencional y al delincuente común, por lo menos ha variado un tanto la postura y hoy es posible responsabilizar a estos sujetos por los delitos que cometen y someterlos a un proceso penal y finalmente al cumplimiento de una pena¹²⁹.

2.2.9.- Diversidad de modalidades de comisión de los delitos contra el orden público económico

Tan diversas son las modalidades de comisión de los delitos contra el orden público económico, como diversos son los bienes jurídicos supraindividuales que pueden resultar lesionados con este tipo de delincuencia. De ahí que de conformidad con el bien jurídico supraindividual afectado, así se desarrollará el *modus operandi* en la comisión del delito. Esto variará evidentemente, si se trata de lesión al medio ambiente, a las reglas de

¹²⁷ MARTOS NUÑEZ, J, O Bit p. 121.

¹²⁸ ARROYO ZAPATERO (Luis), y TIEDEMANN (Klaus) ,“Estudios de Derecho Penal Económico”, op. cit. p.15.

¹²⁹ BAJO FERNÁNDEZ, M, “La Delincuencia Económica. Un Enfoque Criminológico y Político Criminal”, ~ p.

la competencia, a blanqueo de capitales, a la confianza en el tráfico comercial, al derecho de crédito, etc.

Esto ofrece un problema más en relación con la persecución efectiva de este tipo de delincuencia, por la variedad de modos de actuar que deben contemplarse y tenerse presente para responsabilizar a los sujetos que, con sus conductas, lesionen un bien jurídico supraindividual.

2.2.10.- Efecto resaca de la delincuencia contra el orden público económico

Este tipo de delincuencia, produce en el desenvolvimiento de las relaciones económicas de producción, distribución y consumo de bienes y servicios que se realizan entre particulares o de estos con el Estado, el denominado efecto resaca, nocivo para la sociedad en general. Podemos decir que el efecto resaca consiste en la necesidad que tienen otros individuos dentro de la sociedad, de realizar también la conducta desplegada por este tipo de delincuente a efecto de poder competir o mantenerse en el mercado. Es el caso del comerciante que evade el pago de sus impuestos, conducta que obliga a otros comerciantes a realizar la misma conducta para poder competir con el primero y ofrecer a sus clientes un precio similar.

Este efecto resaca es perjudicial para la sociedad en general, porque se va extendiendo hasta producir la idea de que no se está transgrediendo las normativas jurídicas con esa actuación.

2.2.11.- Difícil persecución de los delitos contra el orden público económico

La dificultad que existe en la persecución de los delitos contra el orden público económico, es fácilmente entendible al analizar las características referidas que distinguen a este tipo de delincuencia. La participación de un sujeto en la comisión de este tipo de delitos con los conocimientos técnicos, jurídicos y profesionales, así como en muchos casos, con la influencia requerida por el puesto que ejerce, evitan ser descubierto en su maniobra delictiva y hace difícil la persecución y depuración de responsabilidades para los delitos contra el orden público económico. Además, la utilización de un *modus operandi* complejo, basado en la utilización de instrumentos técnicos y jurídicos que permiten darle a la actuación una apariencia de licitud, hacen aún

más difícil la lucha contra este tipo de delincuencia. Hablamos de un *modus operandi* no sólo complejo sino de larga duración, que le permite al delincuente ir ocultando las actuaciones, unas con otras, de tal forma que los individuos involucrados no logran con facilidad percatarse que están siendo engañados y cuando logran enterarse de lo que acontece ya han resultado severamente perjudicados.

La apariencia de licitud de este tipo de delincuencia, es también una de las características que hacen más difícil su persecución, pues se desarrolla como si se tratará de una actuación lícita y permitida avalada por las regulaciones civiles y mercantiles, hasta que se descubre que esa era tan sólo la apariencia que daba, pero en realidad se trataba de una conducta delictiva.

3.- Principios generales de los delitos contra el orden público económico

Para Klaus Tiedemann y Martos Nuñez, los principios generales del Derecho Penal Económico son los siguientes:

1. El Principio de intervención penal económica mínima.
2. El Principio de ubicación de la norma penal económica en el Código Penal.
3. El Principio de la configuración del tipo penal en virtud del bien jurídico protegido.
4. El principio de inclusión de elementos normativos y cláusulas generales en la norma penal económica.
5. El Principio de simplificación de la prueba.
6. El Principio de previsión de fraudes a la norma penal económica.¹³⁰

Al tomar como base el enunciado de principios de este tipo de delincuencia dados por Tiedemann y Martos Nuñez, pasamos a desarrollarlos, por considerar que son estos principios los que dan al de Derecho Penal Económico una orientación y un tratamiento jurídico diferente del que se da a la delincuencia patrimonial, con lo cual la eficiente persecución y la justa punición de los delitos contra el orden público económico, se hace posible.

¹³⁰ MARTOS NUÑEZ, J, "Derecho Penal Económico", op. cit. p. 228-229. TIEDEMANN, K, "Poder Económico y Delito", p. 30—37.

3.1.- El principio de intervención penal mínima

El principio de Intervención penal mínima económica en relación con el sector de la delincuencia económica, significa que se recurrirá a la utilización del Derecho Penal Económico y a las sanciones o remedios que éste establezca, como la última solución¹³¹; únicamente para proteger aquellos derechos y libertades fundamentales en el campo económico, que son reconocidos en las Constituciones modernas, tales como la empresa, el mercado, el trabajo, etc; que sea imprescindible para proteger el orden público económico.

3.2.- El principio de ubicación de la norma penal económica en el código penal

El Derecho Penal Económico constituye una rama nueva del Derecho Económico, como ya se ha expuesto y por esa razón, así como por la dinámica evolutiva de la vida económica, no existe acuerdo sobre el concepto, contenido y características de los delitos contra el orden público económico; ha existido la tendencia entonces de establecer tipos penales económicos en leyes especiales. Así, por ejemplo, si se refiere a la Salud Pública, se establece en la Ley General de Salud y no en el Código Penal.

Por esta razón se origina una gran dispersión de los delitos contra el orden público económico; que se exponen en esas normativas especiales por los principios generales que rigen la materia concreta dejando en ocasiones de lado, los principios generales que indica el Derecho Penal que siempre deben aplicarse a este tipo de delincuencia.

Al ser en el campo de Derecho Penal donde el poder punitivo del Estado se manifiesta mediante severos remedios, como la pena de prisión; es que los principios generales y las garantías de los individuos deben tenerse presentes y respetarse. Al estar dispersos los tipos penales económicos en diferentes leyes especiales, se pueden olvidar esos principios rectores del Derecho Penal General, pero también los principios generales del Derecho Penal Económico¹³².

¹³¹ SÁINZ CANTERO, J. A., Lecciones de Derecho Penal. Parte General. Barcelona, BOSCH Casa Editorial S.A., 3a edición, 1990, p.37. " Que el Derecho Penal es la última ratio significa que sólo debe intervenir en la protección de los bienes jurídicos cuando se revelen como inservibles para ese cometido todos los demás medios de reacción y tutela con que cuenta el ordenamiento jurídico."

¹³² TIEDEMANN, K, "Lecciones de Derecho Penal Económico", op. cit., 236. " Una ubicación de los tipos penales económicos en el Código Penal puede, finalmente, fortalecer también la dedicación de la Parte general a particularidades del Derecho penal económico".

Es por ello que puedo afirmar, con Tiedemann¹³³ y Martos Nuñez, que en relación con la delincuencia económica se requiere su ubicación en el Código Penal¹³⁴. Únicamente se podrían dejar para la regulación de leyes especiales, aquellas infracciones de poca importancia y los delitos que por su naturaleza económica requieran de una conexión particular con la normativa del Derecho Económico y así lo estime el legislador.¹³⁵

Algunos aducen que dado el carácter coyuntural del Derecho Penal Económico, el establecimiento de tipos penales económicos tiene mejor asidero en leyes especiales. Sin embargo, autores como Martos Nuñez¹³⁶, Tiedemann y Viladas Jene, entre otros, consideran que es posible establecer fragmentos de antijuridicidad penalmente relevantes en el ámbito socioeconómico, que requieran ser regulados en el Código Penal, con carácter permanente, conforme con las necesidades de tutela penal que demande la sociedad¹³⁷.

Por las razones expuestas, la necesidad y justificación de que los tipos penales económicos se incluyan en el Código Penal, se erige como uno de los principios propios de este tipo de delincuencia.

¹³³ TIEDEMANN (K), "Poder Económico y Delito", *op cit.* p. 32 y 33, "Tiedemann opina al respecto: **“La inclusión de las normas penales económicas en el Código Penal sirve, por regla general, no sólo a la mayor transparencia de la ley, sino también para acercar la materia, de modo particularmente eficaz, a la conciencia pública; y según muestra la experiencia, hace que dichas normas sean examinadas con mayor detenimiento y profundidad tanto en las Facultades de Derecho como en la práctica forense penal y en la bibliografía jurídico-económica”**

¹³⁴ TIEDEMANN, K, "Lecciones de Derecho Penal Económico", *o cit.* p."

¹³⁵ HARTOS NUÑEZ, J.A., "Derecho Penal Económico", *op cit.* p.239. "El Derecho penal económico debe regularse, en la medida de lo posible, dentro del Código Penal, y no como Derecho Penal especial, fuera de aquél. En la legislación penal especial sólo deben incluirse las infracciones leves y los delitos respecto de los cuales la técnica legislativa presupone una conexión particularmente estrecha e inseparable con la normativa del Derecho económico."

¹³⁶ MARTOS NUÑEZ, (J.A.), "Derecho Penal Económico", *op cit.* p. 241 "Martos Nuñez opina que **así como lo reconoce la doctrina dominante, la problemática básica del Derecho penal económico, en el ámbito legislativo, se produce como consecuencia de nuevas formas de criminalidad y de la insuficiencia de los tipos penales tradicionales para combatirla ; parece legítimo, por tanto, que en virtud del proceso de tipificación penal esta rama del Ordenamiento valore, de acuerdo con las necesidades reales de tutela que demanda la sociedad, aquellos fragmentos de antijuridicidad penalmente relevantes en el ámbito socio— económico.”**

¹³⁷ MARTOS NUÑEZ, J.A., "Derecho Penal Económico", *op cit.* p. 241. TIEDEHANN, K, "Poder Económico y Delito", *op cit.* 32-33.

3.3.- El principio de configuración del tipo penal en virtud del bien jurídico tutelado

En la delincuencia económica, la configuración de los tipos penales se han establecido como delitos de peligro abstracto¹³⁸. El legislador alemán ha sido en su legislación partícipe de este criterio¹³⁹. Sin embargo, existe gran reticencia por parte de algunos¹⁴⁰ en cuanto a la aceptación de los delitos de peligro abstracto, pues constituye -según su criterio- una limitación a la libertad de acción empresarial, debido a que la sola puesta en peligro sería suficiente para la configuración de los tipos penales económicos. Pese a lo expuesto, los delitos de peligrosidad abstracta, han sido utilizados en leyes especiales desde hace mucho años, por ejemplo, en la legislación alemana sin que haya resultado abusiva o desproporcionada.

En España , la utilización de los delitos de peligrosidad abstracta ha sido dejada de lado y se ha optado un criterio más conservador, o sea el de peligrosidad concreta¹⁴¹.

Tomando en cuenta la naturaleza supraindividual o colectiva de los bienes jurídicos protegidos en los delitos contra el orden público Económico, casi sólo es posible pensar en la configuración del bien jurídico como de peligro sea abstracto o concreto, para otorgarle una verdadera tutela penal a este tipo de delincuencia.¹⁴²

De ahí, que para la delincuencia económica, su efectiva tutela penal y justa punición de la conducta delictivas se hace indispensable recurrir a este tipo de configuración del bien jurídico tutelado, sea como delitos de peligro abstracto o en su defecto de peligro concreto, pero siempre dentro de la esfera del peligro, lo cual implica que la sola posibilidad de que el bien jurídico tutelado pueda ser lesionado o

¹³⁸HARTOS NUÑEZ, J.A., "Derecho Penal Económico. o cit. p. 242. "El principio de la configuración del tipo penal en virtud del bien jurídico protegido, supone la utilización de tipos delictivos de peligro abstracto, como instrumentos jurídico— penales de lucha contra la delincuencia socio—económica."

¹³⁹TIEDEMANN, K, "Poder Económico y Delito", op. cit. 33."

¹⁴⁰ TIEDEHANN, K, "Poder Económico y Delito", op cit p. 33.

¹⁴¹ ARROYO ZAPATERO, L, "Actualidad Político Criminal del Derecho Penal Económico en España", Estudios de Derecho Penal Económico. Castilla de la Mancha, Editorial Servicio de Publicaciones de la Universidad de Castilla- La Mancha, 1994. p 22- 23. "

TIEDEHANN, K, "Lecciones de Derecho Penal Económico", op cit. p. 157. gro concreto)."

¹⁴² TIEDEMAN (k), " Poder Económico y Delito " op cit. p. 36. "Al respecto Tiedemann expresa: "**el peligro parece abstracto únicamente si es referido a intereses patrimoniales individuales, mientras que, si se toman en consideración los aspectos supraindividuales (sociales) del bien jurídico y los aspectos de la información (por ejemplo, como interés tutelado en el caso de los balances), estos intereses son lesionados (y no únicamente puestos en peligro), por el delito**". Nos habla también de la necesidad de proteger intereses jurídicos supraindividuales en relación con los cuales y para cuya efectiva tutela no resulta imaginable otra configuración típica."

evidentemente lo sea, por *tratarse* de un bien jurídico supraindividual, como el que Tiedemann da en el ejemplo citado, permite que se tenga por cometida la conducta delictiva económica.

3.4.- El principio de inclusión de los elementos normativos y cláusulas generales en la norma penal económica

La inclusión de elementos normativos¹⁴³ y cláusulas generales en la norma penal económica se vuelve imprescindible, debido a la compleja y dinámica evolución de la vida económica.¹⁴⁴

Pensar en la elaboración de la norma penal económica con la utilización de un mayor número de elementos descriptivos que normativos¹⁴⁵, como quizá sería posible en otros tipos de delitos se torna imposible en la delincuencia económica, debido a que este tipo de delincuencia, por su propia naturaleza, se encuentra conformada por una serie de conceptos específicos de la vida económica, que no son percibibles por los sentidos o del diario vivir¹⁴⁶, sino que su creación responde a la evolución dinámica de la vida económica.

¹⁴³ LANDECHO VELASCO, C.M, Derecho Penal Español. Parte General. Madrid, Editorial Tecnos S.A., 5a edición, 1996. “ Los tipos penales están redactados con palabras o frases del lenguaje, que son lo que se denominan elementos del tipo. Estos suelen dividirse en descriptivos o normativos y objetivos o subjetivos.”

¹⁴⁴TIEDEMANN, K, “Poder Económico y Delito”, Op cit. p. 34.

¹⁴⁵HEINRICH JESCHECK, H, Tratado de Derecho Penal, Barcelona, BOSCH, Casa Editorial, S.A., 1981. “En la teoría del tipo que inauguró Beling el sentido del tipo se agotaba en la descripción de la imagen externa de una acción determinada. El tipo no expresaba nada acerca de la antijuridicidad, sino que no era más que el objeto de un juicio de valor jurídico, formulado mediante elementos conceptuales, que debía desprenderse en su totalidad de las normas jurídicas. No se abandonó el punto de vista formal de Beling hasta la teoría teleológica del tipo (Hegler, Sauer y Mezger), que dejó de ver en las descripciones de delito la plasmación no valorativa de un hecho, para descubrir la expresión de los elementos típicos de una determinada clase de delito. El tipo se convirtió, de este modo, en “materia de prohibición de las disposiciones jurídico—penales”, en “descripción objetiva del comportamiento prohibido”. Por el contrario, la comprobación de la presencia de causas de justificación corresponde a otro apartado distinto al de la comprobación de la antijuridicidad típica”.

¹⁴⁶ LANDECHO VELASCO, C.M, “Derecho Penal Español, Parte General”, ~ p. 251. “Se llaman elementos descriptivos los que utilizan palabras del lenguaje común. Por tanto pueden ser entendidos sin recurrir a su significado jurídico. Tales son: hombre, mujer, cabeza de ganado, etc.

En la concepción primera de la codificación, los códigos deberían utilizar exclusivamente elementos descriptivos, porque se pretendía que pudieran ser entendidos por el hombre de la calle. Pero el Derecho necesita (como cualquier técnica) un lenguaje especializado, lo que paulatinamente ha llevado a que la mayoría de los elementos que componen una ley sean normativos.

Se entiende por elementos normativos (que también se llaman valorativos o conceptos jurídicos indeterminados) los que necesitan una valoración por parte del juez o del intérprete para conocer su significado jurídico exacto. En la actualidad son la mayoría de los que utilizan las leyes penales.”

La utilización de los elementos normativos¹⁴⁷ en la elaboración de la norma penal económica, responde a la necesidad de emplear un lenguaje técnico propio de esta rama del derecho. Por tal motivo, requiere la participación del juez para valorar esos conceptos que se pueden denominar “conceptos jurídicos indeterminados”. El juez, mediante una labor interpretativa le otorga el valor y contenido a esos elementos normativos. Esto ocasiona que de algún modo, la descripción del tipo penal no sea tan exacta como se quisiera. Al respecto, se ha dado la crítica sobre todo en Alemania¹⁴⁸, por la excesiva utilización de los elementos normativos en la normativa penal económica¹⁴⁹.

Por otra parte, en la descripción del tipo penal, deben describirse como elementos básicos el presupuesto de hecho y la consecuencia jurídica¹⁵⁰, con la finalidad de brindar la seguridad jurídica que el individuo merece y a su vez, previendo que a falta de esto se puedan lesionar sus derechos y libertades fundamentales. Se recurre así, al empleo de la técnica de normas “en blanco”¹⁵¹, por parte del legislador, mediante la cual se describen esos elementos esenciales en la norma penal incluida en el Código Penal y se hace referencia a otras leyes especiales o reglamentaciones administrativas¹⁵² para completar

¹⁴⁷ MAURACH, R, Derecho Penal. Parte General. Buenos Aires, Editorial Astrea, 7a edición, 1994, p. 365—366. “Es usual distinguir entre los elementos descriptivos y los normativos, sin que haya resultado posible diferenciarlos en forma precisa. Es tarea de los primeros describir un tipo en lo posible de manera concluyente, absoluta, con exclusión de la variable valoración judicial ; así ocurre, por ejemplo, cuando la ley se sirve de expresiones tan genéricas como “cosa”(242 y 303) , “sustraer” (242), “hombre” (211), “matar” (211). Al contrario, se habla de elementos normativos cuando al juez, de manera expresa o tácita, y para efectuar una valoración de los conceptos dados por los métodos de interpretación de que él dispone se lo remite a normas o patrones valorativos extrañas al tipo penal ... Así, expresamente, en el 226 a (buenas costumbres) y fuera del StGB, en el 12 UWG (comportamiento desleal) y , tácitamente , en casi todos los tipos del StGB, acciones sexuales en 176, maltrato en el 223, publicidad en numerosos tipos, crueldad en 211, el mismo asunto judicial e infracción del deber en 356 (BGH 15, 338), etcétera.”

¹⁴⁸ TIEDEMANN (K) “Poder Económico y Delito”, op. cit. p 34. “Al respecto Tiedemann, opina que esta objeción, empero, parece fuera de lugar si — conforme a un criterio reiterado por el Tribunal Supremo Alemán y dominante en la doctrina— se admite que únicamente procede una declaración de responsabilidad penal , a base de elementos normativos o cláusulas generales, cuando y en la medida en que éstos constituyan valoraciones reconocidas y seguras.”

¹⁴⁹ TIEDEMANN, K. “Poder Económico y Delito”, op. cit. p. 34

¹⁵⁰ LANDECO VELASCO, C.M, “Derecho Penal Español, Parte General”, op. cit. p. 133.

¹⁵¹ LANDECO VELASCO C. M., “Derecho Penal Español Parte General”, op. cit. p. 134.

¹⁵² LANDECO VELASCO , e.!.., “Derecho Penal Español, Parte General”, Op. Cit., p- 134. “Las leyes penales en blanco presentan una seria dificultad desde el punto de vista del principio de legalidad. La objeción no existe en los dos primeros casos, ya que remite a una ley, a lo más se les presentará la dificultad a los defensores de la “reserva de ley orgánica “ si la ley ala que remite el CP es ordinaria.

Pero en el tercer caso se concede a la Administración un poder que es difícilmente conciliable con el entendimiento estricto del principio de legalidad. Sin embargo, es imposible pretender introducir en el OP todas las reglamentaciones sobre riesgos laborales, sobre sustancias nocivas, sobre productos farmacéuticos, etc. Por ello todos los penalistas conviene en la necesidad ineludible de admitir aun esta tercera clase de leyes penales en blanco, lo que es una de las causas de la vigencia incompleta del principio de legalidad.”.

la norma, de manera más amplia y clara. Ocurre por ejemplo, en los tipos delictivos contra el medio ambiente, la salud pública, etc.

Por la naturaleza misma de la delincuencia económica es que a pesar de la reticencia de algunos en aceptar la técnica de las “normas en blanco”, se hace imprescindible su utilización en este tipo de delincuencia.

3.5.- El principio de simplificación de la prueba

Por las características especiales que presentan los delitos contra el orden público económico y por la dinámica constante y compleja evolución de la vida económica, es que en la elaboración de los tipos penales económicos, debe buscarse una conformación más sencilla y simplificada de la prueba¹⁵³. Claro está, sin olvidar los principios y garantías que inspiran un Estado social y democrático de derecho, como lo son el principio de inocencia, el principio de no inversión de la carga de la prueba, el principio de culpabilidad, etcétera.

Este principio de simplificación de la carga de la prueba se logra en gran medida mediante la creación de delitos de peligro abstracto¹⁵⁴ y tratando de no incluir elementos subjetivos en la descripción de los tipos penales.

La elaboración de delitos de peligro abstracto¹⁵⁵ permite una configuración más sencilla de la prueba, debido a que en este tipo de delitos no es necesario la demostración de un daño efectivamente causado, sino que es suficiente para su consumación la puesta en peligro del bien jurídico tutelado. Esto supone una ampliación de la punibilidad, que facilita a los tribunales la aplicación de los tipos penales económicos. Y es que por tratarse de delitos cuyo bien jurídico tutelado es

¹⁵³ MARTOS NUÑEZ, J.A, “Derecho Penal Económico”, **Op cit.** p. 245.

¹⁵⁴ MENDEZ RODRIGUEZ, O, “Los Delitos de Peligro y sus técnicas de Tipificación”, Madrid, Gráficas Arias Montano S.A., 1993, p.

¹⁵⁵ RODRIGUEZ MONTAÑEZ, T, Delitos de Peligro. Dolo e Imprudencia . Madrid, Gráficas Arias Montano, S.A, 1994, p. 13—15. “En la práctica totalidad de los manuales de Derecho penal se hace referencia a la distinción entre delitos de lesión y delitos de peligro, en atención a la forma de ataque al bien jurídico protegido: en los primeros el tipo requiere la efectiva destrucción o menoscabo del bien jurídico para su consumación; en los segundos, es suficiente con el peligro para el bien jurídico protegido , con la amenaza del mismo. También es clásica la distinción de dos clases de delitos de peligro: los delitos de peligro concreto y los de peligro abstracto. En los primeros, el tipo requiere la concreta puesta en peligro del bien jurídico, el peligro concreto es el resultado típico. En los de peligro abstracto, por el contrario, se castiga una acción “típicamente peligrosa” o peligrosa “en abstracto” en su peligrosidad típica, sin exigir que en el caso concreto se haya puesto efectivamente en peligro el bien jurídico protegido . El criterio diferenciador clave es, pues, la perspectiva ex ante (peligrosidad de la acción) o ex post (resultado de peligro) adoptada para evaluar el peligro .“

supraindividual o colectivo, se torna prácticamente imposible optar por otra configuración que no sea a través de los delitos de peligro, pues de otro modo, la aplicación del tipo penal económico no sería posible¹⁵⁶.

Otro de los mecanismos empleados para lograr esta sencillez en la elaboración de los tipos penales económicos, es mediante la exclusión de los elementos subjetivos en su configuración. Los elementos subjetivos¹⁵⁷, tienen que ver con la intención que tiene el sujeto activo al cometer el delito. Como es obvio, la demostración de esa intención en la comisión de los delitos contra el orden público económico, tornaría en prácticamente imposible la aplicación de los tipos penales económicos¹⁵⁸.

Una de las críticas que se hace a los códigos penales latinoamericanos es precisamente la utilización constante de elementos subjetivos¹⁵⁹ en los tipos penales, en especial al referirse a esta forma de delincuencia¹⁶⁰.

Tanto la utilización de la configuración de delitos como de peligro, como la exclusión del uso de elementos subjetivos en el tipo penal económico, amplía la posibilidad de una justa punición de éstos y permite su aplicación por parte de los Tribunales de justicia; que de otra forma sería prácticamente imposible.

3.6.- El principio de previsión de fraudes a la norma penal económica

Para aplicar con eficacia la norma penal económica, se hace indispensable la previsión del denominado fraude a ley. Se trata de establecer en la formulación de cláusulas generales supuestos que puedan constituir fraude a la norma penal económica;

¹⁵⁶ TIEDEMAN (k), "Poder Económico y Delito", op.cit. p 36. "De ahí, que mantengamos con Tiedemann, que **"Con todo, no es sólo la facilidad para la prueba lo que ha conducido al empleo del peligro abstracto, sino, fundamentalmente, la necesidad de proteger intereses jurídicos supraindividuales en relación con los cuales y para cuya efectiva tutela no resulta imaginable otra configuración típica"**.

¹⁵⁷ LANDECHO VELASCO, C.M, "Derecho Penal Español, Parte General", op.cit. p. 252."

¹⁵⁸ TIEDEMAN (k), "Poder Económico y Delito " , op.cit. pp. 36 y 37 "Al respecto Tiedemann ofrece como ejemplo la figura del "acaparamiento", manifestando que **"si se exige demostrar que el agente pretendía lograr el alza de precios o provocar la escasez de un bien, las experiencias italiana y francesa nos muestran, con preceptos parecidos en el ámbito de la regulación de precios y monopolios, que la implantación de dicho requisito conduce a la imposibilidad de aplicar la norma."**

¹⁵⁹ TIEDEMANN, K, "Poder Económico y Delito", op.cit. p. 49. " De eliminarse estos ingredientes subjetivos, no se alteraría el alcance de esas disposiciones, pues siempre queda la posibilidad de eximir de responsabilidad penal a las conductas irrelevantes por vía de la ausencia de culpabilidad y, en cambio, sí se contribuiría enormemente a la agilidad en su aplicación y a su eficacia."

¹⁶⁰ TIEDEMANN, K, "Poder Económico y Delito", op.cit. p. 49.

es decir, que permitan eludir la aplicación de ésta. De no existir dicha formulación en virtud del principio de legalidad, por reprochable que sea el comportamiento de quien defrauda o elude lo prescrito en la norma penal económica, no podrá ser sancionado.

Además, la falta de cláusulas generales claras y precisas que establezcan el fraude a la norma penal económica, hace necesario recurrir a cláusulas extrapenales elaboradas para el fraude a la ley existente en otros campos del derecho. Sin embargo, las cláusulas extrapenales tienen el inconveniente de que su aplicación, también en virtud del principio de legalidad debe ser de manera restrictiva¹⁶¹. Por ello, lo óptimo sería incluir este tipo de cláusulas en la parte general de las regulaciones referentes a los delitos contra el orden público económico.

Esta posibilidad la ha aceptado el Tribunal Supremo alemán, únicamente para el caso de los elementos normativos del tipo y no así para los descriptivos¹⁶².

Otro mecanismo de lucha, para prever el mencionado fraude a la Ley, consiste en la formulación de la norma penal económica, de manera clara y precisa, por parte del legislador, quien debe cuidarse de no dejar lagunas que permitan eludir la aplicación del tipo penal económico¹⁶³.

Para subsanar las lagunas que se presentan en la norma penal económica, se emplea la analogía¹⁶⁴ según normas extrapenales, para establecer las responsabilidades del caso. Sin embargo, se ha argumentado en contra de esta posibilidad que, para efectos de salvaguardar la seguridad jurídica de los individuos, igual resultado perjudicial tendría para el inculpado la aplicación de la analogía en relación con la norma penal económica de manera directa que por vía indirecta, sea a través de una norma extrapenal, referida al fraude a la ley¹⁶⁵. De ahí que su empleo no sea recomendable.

¹⁶¹ TIEDEMANN, K, "Lecciones de Derecho Penal Económico", op. cit. p. 163. " A veces las leyes extrapenales contienen cláusulas expresas sobre abuso o fraude de ley ... La regulación extrapenal tiene relevancia también para la valoración penal y posibilita el castigo. Pero como las cláusulas generales a nuestro juicio y a consecuencia del mencionado principio de legalidad tienen que aplicarse de manera restrictiva, los casos límites de tales cláusulas extrapenales no tienen relevancia penal".

¹⁶² TIEDEMANN, K, "Lecciones de Derecho Penal Económico", op. cit. p. 163

¹⁶³ TIEDEMANN, K, "Poder Económico y Delito", op. cit. p. 37.

¹⁶⁴ TIEDEMANN, K, "Poder Económico y Delito", op. cit. p. 37.

¹⁶⁵ TIEDEMANN, K, "Poder Económico y Delito", op. cit. p. 37.

3.7.- El orden público económico: bien jurídico tutelado en los delitos contra el orden público económico

Para Pedrazzi, la determinación del bien jurídico tutelado en el campo de los delitos contra el orden público económico, es sumamente difícil; ya que se trata de un concepto arduo y problemático al ser los bienes objeto de protección más difíciles de diferenciar; pues el problema económico afecta una serie de intereses de diferente índole, entre los que se alternan intereses individuales y grupales¹⁶⁶.

A pesar de ello, la doctrina mayoritaria es coincidente en señalar que el bien jurídico a proteger en este tipo de delincuencia, es el “orden público económico”¹⁶⁷. Por ello, define el delito económico como toda lesión al orden público económico¹⁶⁸.

Claro está que esta afirmación no resuelve el problema de señalar concretamente cuáles son los bienes jurídicos integrantes de ese bien jurídico general, como lo es el “orden público económico”; que evidentemente es muy amplio y ambiguo.

Dar una definición de orden público no es tarea fácil; pues implicaría acotar en general a una serie de bienes jurídicos que se encuentran contemplados en éste y se refieren, como ya se ha expuesto, a las relaciones económicas que se desarrollan en la producción, distribución y consumo de bienes y servicios dentro de la economía de una

¹⁶⁶ PEDRAZZI, (C), “ El Bien Jurídico en los delitos económicos”, La Reforma Penal , Delitos socioeconómicos, op cit. p. 283.

“El Derecho penal económico constituye quizá uno de los sectores de la parte especial en que la utilización del concepto del bien jurídico es más ardua y problemática: en el que los objetos merecedores de tutela son más difíciles de aislar y recortar. En su extrema complejidad, el fenómeno económico afecta una serie de intereses de distinta naturaleza, entre los cuales existe una relación dialéctica que oscila entre la convergencia y el antagonismo, intereses individuales y de grupo intereses “difusos” e intereses referidos a la comunidad considerada de forma unitaria”

¹⁶⁷ MUÑOZ CONDE, F, “Derecho Penal. Parte Especial”, Valencia, Editorial Tirant lo blanch, Loma edición, 1995, p. “El orden económico es un concepto más amplio que el de orden patrimonial que es el que preponderantemente se ha venido protegiendo por las normas penales tradicionales. La diferencia fundamental entre el orden económico y el patrimonial descansa en la distinta forma de intervención del Estado en las relaciones económicas de manera activa y protagonista , imponiendo determinadas obligaciones a los ciudadanos y relacionándose directamente con ellos, se habla de orden económico en sentido estricto , que también es objeto de protección específica por el Derecho Penal. Esta intervención del Estado en la vida económica se va consolidando en los últimos años y la regulación jurídica de la misma no constituye ya ninguna excepcionalidad en el Ordenamiento jurídico... En un sector de la doctrina española se va extendiendo una concepción más amplia del delito económico, incluyéndose bajo esta denominación un extenso grupo de delitos que van desde los delitos contra el orden económico en sentido estricto, hasta los delitos contra el sistema crediticio, relativos al medio ambiente, a la libre y limpia competencia y a los medios de pago.”

¹⁶⁸ MIRANDA GALLINO, R, Op cit. p. 24.

NOVOA MONRREAL, E, “Reflexiones para la determinación y delimitación del Delito Económico”, op. cit. p. 128.

HEREDERO J.L., Los Delitos Financieros en la Jurisprudencia Española. Barcelona, BOSCH casa editorial, 1969, p. 5 “La materia de los delitos sociales no se encuentra en el hombre sino en la sociedad. La naturaleza del interés social que tienden a desordenar distingue los diversos delitos sociales. El orden público económico es interés social. “

Ver., TERRADILLO J, Delitos Societarios. Madrid, Ediciones Akal s.a.1987, p. 18.

sociedad¹⁶⁹. Por lo abstracto del término orden económico, es que según sea el delito que se estudia habrá que hacer referencia al bien jurídico que estando contemplado dentro de esta noción de orden público económico, sea de fundamental importancia, para requerir la tutela penal.¹⁷⁰

El orden público económico, precisamente por su ambigüedad y abstracción, es incapaz de servir como bien jurídico a proteger en el tipo penal de manera mediata y concreta. De ahí que para establecer el elenco de hechos o conductas que deban ser consideradas como delitos contra el orden público económico, se hace necesario dilucidar los bienes jurídicos que lo integran, entre los cuales podemos citar: la confianza en el tráfico comercial, el derecho de crédito, las reglas de la competencia que rigen el mercado; etc.

Novoa en su afán de ir aclarando el concepto de “orden público económico” nos da algunas de las características que considera importantes, en relación con éste, que son:

- a.- Ese orden público económico corresponde a un determinado sistema de organización general de la economía que está implantado en un país.
- b.- Ese orden público económico se establece por razones de interés general.
- c.- Ese orden público económico domina imperativamente sobre toda la organización económica del país y obliga a todos los ciudadanos, tanto administradores (autoridades), como administrados (particulares), pese a tener como destinatarios preferidos a estos últimos; pues son quienes más frecuentemente pueden menoscabarlo, distorcionarlo o desconocerlo”.¹⁷¹

De esta forma, para el profesor Novoa, una figura delictiva que proteja como bien jurídico el orden público económico y se ajuste a las características citadas, será un genuino y auténtico delito económico¹⁷².

¹⁶⁹ NOVOA MONRREAL, E, “Reflexiones para la determinación y delimitación del Delito Económico”, ~ p.

¹⁷⁰ MIRANDA GALLINO, (R), P. 24. “Para Miranda Gallino, el “Orden Público Económico, expresa, representa o integra la entidad penalmente tutelada mediante la tipificación, o mejor aún, codificación de los delitos económicos, y constituye a su vez la base del criterio de clasificación en función del cual se ubica el delito económico en el marco general de los hechos punibles que suelen aparecer en la parte especial de los códigos penales.”

¹⁷¹ VILLADAS JENES, (Carlos), La Delincuencia Económica. El pensamiento criminológico II, Barcelona, Península, 1983, v.2, p. 230—231.

¹⁷² NOVOA MONTREAL, op.cit. p. 129-130. MARTOS NUÑEZ, (Juan Antonio), Derecho Penal Económico. Madrid, Editorial Montecorvo, S.A., 1987, p.122. “El concepto de orden público económico constituye el fundamento teórico del

Bajo Fernández por su parte, nos habla de dos formas de manifestación del orden económico: una estricta, donde el orden económico debe comprenderse como regulación jurídica de la participación del Estado en la economía y en sentido amplio, la regulación de la producción, distribución y consumo de bienes y servicios¹⁷³.

Tal y como lo mencionó al exponer el tema del contenido de los delitos contra el orden público económico, vuelvo aquí, sobre las dos dimensiones o campos en los cuales podemos según refiere Bajo dividir o clasificar este tipo de delincuencia y asimismo el bien jurídico tutelado ósea el orden público económico, también posee esas dos dimensiones: una estricta en la cual nos estaríamos refiriendo a la actividad interventora del Estado en la economía y en la amplia, a un elenco mayor de supuestos que tienen que ver con el desenvolvimiento y desarrollo de las relaciones económicas de producción, distribución y consumo de bienes y servicios.

Para concluir este aparte tenemos que manifestar que el orden público económico constituye el bien jurídico genérico que se protege en relación con la delincuencia económica; pero es insuficiente para constituirse en bien jurídico directo e inmediato descrito en el tipo penal; precisamente debido a su amplitud y ambigüedad. Serán los bienes jurídicos concretos que lo componen o integran los que constituirán los objetos directos e inmediatos de protección penal¹⁷⁴.

derecho económico, ya que permite concretar el bien jurídico peculiar que organiza teleológicamente a esta nueva rama del Derecho y que le da apoyo material “.

¹⁷³ BAJO FERNANDEZ, M, “Derecho Penal Económico”: Concepto, Contenido y cuestiones comunes”, op. cit. p. 565.

¹⁷⁴ FARALDO OABANA, P. op. cit. p. 58. “Y ello se debe a que, como ha señalado en repetidas ocasiones la doctrina penal, el orden económico entendido en sentido amplio “ es incapaz de servir de bien jurídico común y de criterio rector en la interpretación de los concretos tipos penales. Se configura como un bien demasiado alejado de la conducta delictiva como para que ésta cobre verdadera capacidad ofensiva. La tipificación de una lesión o de una concreta puesta en peligro del orden económico es difícilmente imaginable, ya que el menoscabo de un bien de carácter supraindividual como el orden económico se produce, más que por un acto individual concreto, por la reiteración generalizada de conductas que no respeten las reglas básicas que aseguran el sistema y su funcionamiento. Y debido precisamente a la dificultad de determinar el grado de lesividad exigible a la conducta individual de determinar el grado de lesividad exigible a la conducta individual en relación con el orden económico, la técnica que habitualmente parece más adecuada al legislador es la de los tipos de peligro abstracto”.

III.- CAPÍTULO SEGUNDO: FRAUDES COLECTIVOS EN COSTA RICA

INTRODUCCIÓN

Al igual que en otras partes del mundo contemporáneo, Costa Rica no ha escapado del desarrollo tecnológico que a su vez ha motivado mayores y mejores medios de comunicación, vía para llegar a un número considerable de personas, transmitiéndoles diferentes informaciones relativas a noticias propuestas, etc. De tal manera nace el sujeto masa, muy atractivo en el campo de los negocios, para empresas que desean conquistar esa agrupación y obtener beneficios económicos cuantiosos así como éxito en su actividad. Sin embargo, al igual que en otros países del mundo, esto no solo ocurre en el desarrollo normal y lícito de los negocios, sino también se utiliza por el delincuente, para defraudar a otras personas y se desarrolla esencialmente en el campo patrimonial.

Es así como en Costa Rica, aproximadamente a partir de los años ochenta del siglo pasado, se presentan los fraudes colectivos; los cuales han requerido una respuesta para lograr una justa punición de esa conducta. En este aparte de mi investigación, pretendo hacer un estudio de la evolución histórica, tanto normativa como jurisprudencial, del delito continuado como un antecedente que permite ir delimitando la figura del fraude colectivo y, pese a que aún no se cuenta con una regulación expresa de este tipo penal, los esfuerzos se orientan en esa dirección.

A.- ASPECTOS GENERALES

1.- Fraude colectivo y delito continuado en Costa Rica

A partir de la definición del fraude colectivo: el delito que comete el sujeto activo a través de una sola acción o una pluralidad de acciones, unidas por vínculos generales de intereses comunes, pero completamente individualizables entre sí, a tal grado que cada una de éstas sería constitutiva de un delito o falta en sí misma, en ejecución de un propósito o designio común único orientado a defraudar a una colectividad o masa amorfa y sin personalidad jurídica de individuos y obtener con ello un beneficio económico global cuantioso, lesionando así un mismo precepto jurídico penal. Este concepto de fraude colectivo, permite establecer sus elementos constitutivos y no resulta

extraño que se haya utilizado la figura del delito continuado por parte de nuestros Tribunales, para sancionar este tipo de delitos; ya que tienen grandes similitudes, importantes de estudiar a través del desarrollo histórico, tanto de la normativa como de la jurisprudencia del delito continuado, en relación con los fraudes colectivos en nuestro país.

1.1.- Delito continuado en Costa Rica

1.1.1.- Desarrollo normativo del delito continuado en Costa Rica

El delito continuado en Costa Rica, ha tenido un desarrollo normativo importante en los diferentes códigos penales promulgados y forman parte de nuestro ordenamiento jurídico desde el inicio con el Código de 1841 y ha ido evolucionando en las diferentes normativas hasta el Código Penal actual de 1970, en su artículo 77. Con el análisis normativo, encontramos en el Código de Procedimientos Penales de 1673 en su artículo 17 que hace referencia a la competencia pero solo a una acción delictiva continuada, regulándolo de la siguiente forma: “Será competente el tribunal del lugar en que el hecho se hubiere cometido. En caso de tentativa, el del lugar en que se cometió el último acto de ejecución; en caso de delito continuado o permanente el de aquel donde cesó la continuidad o permanencia”¹⁷⁵. Sin embargo, existe en ese momento confusión entre el delito continuado y el permanente.

Luego tenemos que en el Código General de 1841 se regula el delito continuado de la siguiente forma en su artículo 43: “Por regla general, salvo disposición especial de ley, cuando algún reo haya de ser sentenciado por dos o más delitos que merezcan pena corporal, sufrirá solamente el máximo de la pena mayor”¹⁷⁶. Esta elaboración del delito continuado responde al criterio pietista, que inspiró en sus inicios la creación de la figura del delito continuado, ya que busca beneficiar al delincuente con una pena más favorable que la correspondiente de ser juzgado por los delitos de manera independiente.

Por otra parte, al no hacer referencia a un bien jurídico en específico, podría aplicarse esta figura en el caso de delitos patrimoniales, así como en otros supuestos,

¹⁷⁵ Código de Procedimientos Penales, Ley 5377 del 19 de octubre de 1973, San José, Lehmann Editores, 3ra Edición, 1978-1981, art, 17.

¹⁷⁶ Código General de la República de Costa Rica de 1841, Ley del 30 de julio de 1841, art. 43

aspecto muy general. Posteriormente con el Código de 1880, viene a regular el delito continuado en su artículo 475 estableciendo: “En los casos de reiteración de hurtos a una misma persona o en una misma casa a distintas personas, el tribunal hará la regulación de la pena tomando por base el importe total de los objetos sustraídos, y la impondrá al delincuente en su grado superior (...)”¹⁷⁷. En este código no se hace referencia expresa al delito continuado, pero se habla de una reiteración de hurtos, aplicando la teoría de la continuidad y, específicamente, a un delito patrimonial como lo es el hurto. Otro aspecto distintivo es el elemento de varios sujetos afectados con el hurto en la misma casa, aceptando de esa forma que sea más de uno el sujeto pasivo. También se hace referencia en el artículo de cita, como elemento importante para la determinación de la pena, el importe total de los objetos sustraídos; es decir, la totalidad del perjuicio causado, el cual permitiría al juzgador aplicar una pena más grave.

Luego en el proyecto de Código Penal de 1910, en su artículo 332 se establece “La reiteración de hurtos a una misma persona o a una misma casa a distintas personas, cuando entre los hechos punibles de la serie no medien más de tres meses, será inculpada con un solo hurto que recayera de una vez sobre la totalidad de las cosas hurtadas”¹⁷⁸.

En este proyecto de código se regula con mayor claridad la figura del delito continuado que en el artículo mencionado del Código anterior, pero siempre refiriéndose específicamente al hurto y supeditado a un aspecto temporal, de los tres meses que fija, para la aplicación de la teoría de la continuidad.

Luego en el Código Penal de 1924 en su artículo 363 se regula siguiendo el criterio de elemento temporal, para aplicar la figura de la continuidad, pero fijándolo en un mes de la siguiente forma: “La reiteración de hurtos a una misma persona o en una misma casa particular a distintas personas, cuando entre los hechos punibles de la serie acumulada no medie más de un mes, será inculpada como un solo hurto que recayera de una vez sobre la totalidad de las cosas hurtadas”¹⁷⁹. En lo demás se conserva el texto del

¹⁷⁷ Código Penal de 1880, Ley del 27 de abril de 1880, art. 475.

¹⁷⁸ Proyecto Código Penal de 1910, San José, Tipografía Nacional, redactado por el Lic. José Astúa Aguilar, 1910, art. 332.

¹⁷⁹ Código Penal de 1924, Ley N° 11 del 23 de abril de 1924, San José, Trejos Hernández Editores, 1924, art. 363.

proyecto de 1910, refiriéndose siempre a la figura del hurto y aceptando la existencia de más de un sujeto pasivo.

En el análisis normativo histórico, encontramos que a partir del Código Penal de 1941 se regula el delito continuado pero no circunscribiéndolo al delito de hurto y se consignan otros elementos del mismo. Específicamente en su artículo 50 regula: “Se considerará también como un solo delito la infracción repetida de la misma ley penal, y tal repetición podrá ser apreciada como circunstancia agravante”¹⁸⁰. Con este artículo se introduce el elemento de la unidad de precepto penal violado, pero se dejan fuera otros elementos importantes de dicha figura; omitiéndose en su regulación.

Un aspecto importante de la normativa de este Código, lo encontramos en el artículo 175 que se refiere a la prescripción según infracciones continuadas, estableciendo que: “La prescripción comienza a correr, para las infracciones consumadas, desde el día de la consumación, para las tentativas, desde el día en que se perpetró el último acto de ejecución, y para las infracciones continuas, desde el día en que se efectuó el último acto”¹⁸¹.

Por último, llegando en este análisis al Código Penal actualmente vigente, sea el de 1970 regula en su artículo 77, el delito continuado de la siguiente forma: “Cuando los delitos en concurso fueren de la misma especie y afecten bienes jurídicos patrimoniales, siempre que el agente persiga una misma finalidad, se aplicará la pena prevista para el más grave, aumentada hasta en otro tanto”¹⁸². En primer término, se refiere a delitos de la misma especie, para que se aplique la continuidad. También exige que afecten bienes jurídicos patrimoniales, abandonando de esta forma, la referencia exclusiva del Hurto que se realizaba en otras codificaciones y ampliándolo a un concepto más general; al patrimonial, el cual incluye un mayor número de figuras delictivas. Además, exige la finalidad única que debe perseguir el sujeto activo del delito, para que pueda aplicarse el delito continuado.

Así se regula de manera más perfeccionada la figura del delito continuado en nuestro ordenamiento jurídico, con la ventaja de ser bastante amplios los términos

¹⁵⁷ Código Penal de 1941, Ley N° 368 del 21 de agosto de 1941, San José. Librería Las Americas”, Edición preparada por el Lic. Atilio Vicenzi, 1957, art. 50

¹⁵⁸ Ibid. Art. 175.

¹⁵⁹ Código Penal de 1970, Ley 4573 del 4 de mayo de 1970, San José, Lehmann Editores, 3ra. Edición, 1982-1983, art. 77.

empleados en su constitución que facilitan su adecuación, a diferentes supuestos, que se puedan presentar al respecto y es el juzgador, quien se encarga de aplicarlos al caso concreto delimitando en sus fallos, elementos diferenciadores de esta figura que me interesa analizar en esta investigación.

1.1.2.- Desarrollo jurisprudencial del delito continuado en Costa Rica

1.1.2.1.- Elementos configurativos del delito continuado

En primer término se dan varios fallos que vienen a analizar los elementos constitutivos del delito continuado en Costa Rica, y entre los fallos que considero exponen mejor este aspecto, analizo los siguientes:

1.1.2.1.1.- Sentencia de la Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia Voto N° 270-F-90 de las diez horas treinta y cinco minutos del catorce de setiembre de mil novecientos noventa.

Al respecto expresa: "(...) los elementos del delito continuado son: a) *Unidad de la resolución criminal*; b) *Pluralidad de acciones homogéneas* y c) *Unidad de Lesión Jurídica*. En el caso en estudio el primer requisito mencionado o designio único, no se comprueba, ya que si bien es cierto que la empresa ofendida es la misma, los cheques fueron presentados en diferentes sucursales y en diverso tiempo, por lo que el imputado (...) cometió cinco delitos independientes de Estafa mediante cheque. Las resoluciones pueden ser idénticas, sin por eso determinar continuación, para lo cual esa doctrina requiere que la determinación sea "La Misma", según ese criterio, una cosa es cometer un delito continuado y otra continuar cometiendo delitos; para lo primero se requiere una "única conciencia del delito" (Sebastián Soler, *Derecho Penal Argentino*, edición 1973, Tomo II, página 304). Por lo expuesto, no es aplicable el artículo 77 del Código Penal, tanto porque no hubo unidad de lesión jurídica, ya que se trata de cinco delitos independientes, donde las infracciones repetidas de las leyes que sancionan esas acciones punibles no revelan ser ejecución de un designio único. En esta Jurisprudencia se establecen los elementos esenciales del delito Continuo, que son : a) *Unidad de la*

resolución criminal; b) Pluralidad de acciones homogéneas y c) Unidad de Lesión Jurídica”.

En este caso, la Sala establece, que para que se pueda aplicar el delito continuado, por falta de concurrencia de uno de los elementos esenciales sea la unidad de designio, no se da en el caso de marras.

1.1.2.1.2.- Sentencia Nº:440 de la Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia del 23 de agosto de mil novecientos noventa y uno, de las ocho horas cuarenta minutos

Que en lo que interesa expone: *"Según consta en la relación de hechos probados del fallo impugnado, el imputado [...], valiéndose del cargo y funciones que ejercía en el Instituto [Acueductos y Alcantarillados] como controlar [sic] y dispensador del trámite en los casos morosos, cobró recibos ficticios a trece ofendidos abonados de tal servicio público y recibió de ellos el dinero que éstos le daban bajo la errónea creencia de que hacían buen pago para la cancelación de sus recibos”.*

“Estima esta Sala que tales hechos no constituyen trece delitos de estafa en concurso material sino un delito continuado, toda vez que los mismos guardan entre sí una triple unidad, a saber, la unidad del ilícito objetivo de las acciones (homogeneidad del modo de comisión); unidad del resultado típico (pues los trece delitos lesionan el mismo bien jurídico patrimonial y son incluso de idéntica especie) y, por último, unidad del ilícito personal de la acción (pues el imputado persiguió una misma finalidad con las trece estafas que se le atribuyen)”. En este caso se dan los tres elementos constitutivos que señala nuestra legislación para que concurra el delito continuado y así lo establece la Sala en este fallo.

1.1.2.1.3.- Sentencia Sala Tercera Corte Suprema de Justicia. N787-F de las nueve horas cincuenta minutos del 13 de diciembre de 1996

“A lo anterior debe agregarse que, objetivamente, la penalidad del delito continuado solamente resulta aplicable cuando los delitos en concurso sean de la misma especie y afecten bienes jurídicos patrimoniales, razón por la cual se afirma que no puede haber continuación (...) en los delitos que afecten bienes jurídicos distintos de los

patrimoniales, aunque el agente persiga, en todos los delitos, una misma finalidad» (CASTILLO, Francisco: El concurso de Delitos en el Derecho Penal Costarricense, San José, Litografía Lil S.A., 1981, pág. 91), así como que la persecución "de una misma finalidad" debe distinguirse de la mera resolución de cometer una cadena de hechos homogéneos, pues tal resolución no basta para fundamentar el elemento subjetivo del delito continuado, si falta en ellos un mismo "para qué" y un total programa, del cual los actos sean la ejecución» (Ibídem, pág. 104). Lo anterior resulta claro si se considera que el delito continuado debe ser necesariamente doloso, ya que el autor debe tener conocimiento y voluntad de realizar una pluralidad de delitos de la misma especie, que afecten bienes jurídicos patrimoniales y que persigan una misma finalidad, de tal manera que los actos individuales se expliquen sólo como una realización sucesiva del todo querido unitariamente» (BACIGALUPO, Enrique: Principios de Derecho Penal, 2ª edición, Ediciones Akal, Madrid, 1990, págs. 282 a 283). Hechas estas consideraciones generales, se puede afirmar que en la especie no resulta aplicable la figura del delito continuado. En primer lugar, porque cada una de las cinco Estafas consumadas o tentadas concursa idealmente con un delito de Uso de Documento Falso, que no tutela bienes jurídicos patrimoniales. En segundo lugar, porque en este caso la diversidad de sujetos ofendidos (a saber, una asociación solidarista, tres negocios mercantiles, un banco y la Fe Pública) no es compatible con una vinculación objetiva de los hechos a una misma finalidad o designio. En tercer lugar, porque no se acreditó la existencia -mucho menos el contenido concreto- de una misma finalidad perseguida por el imputado, condición necesaria para esta figura. Nótese que los dos delitos continuados se fundaron simplemente en "que se afectaron bienes de la misma naturaleza en una unidad de acción por parte del mismo acusado" (cfr. folio 321, líneas 1 a 6), resultando evidente que en el presente caso ni siquiera hay unidad de acción entre las cinco Estafas consumadas o tentadas, siendo que el delito continuado supone necesariamente un mínimo de dos acciones para poderse aplicar.- En este fallo, la Sala recalca los elementos del Delito Continuo, haciendo ver que deben concurrir los tres elementos referidos para que surja".

La resolución enfatiza que el delito continuado, se circunscribe al campo de los delitos patrimoniales y define lo que debe entenderse por designio único, el cual persiga

el sujeto activo y lo distingue de acciones simplemente homogéneas, que no permitan establecer esa finalidad única que persigue el agente.

1.1.2.1.4.- Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia No 437 del veintiséis de noviembre de mil novecientos noventa y cuatro de las nueve horas veinticinco minutos.

En esta resolución la Sala hace énfasis en la conexidad temporal manifestando: *"(...) debe considerarse que el delito continuado está colocado, precisamente, con relación al tiempo, en un justo medio. Así como la falta de separación y la falta de discontinuidad entre las acciones excluye el delito continuado, porque no se puede diferenciar la continuación del delito único, así también una enorme separación de las acciones en el tiempo hacen poco probable la existencia de la misma finalidad". (Castillo González, Francisco, "El Concurso de Delitos en el Derecho Penal Costarricense", Publicaciones de la Facultad de Derecho de la Universidad de Costa Rica, 1981, página 97, nota 287").*

Aunque el numeral 77 del Código Penal actual no fija un límite o parámetro temporal para establecer la concurrencia del delito continuado, lo cierto, es que según esta jurisprudencia, sí debe existir un nexo temporal razonable entre las acciones que permita establecer ese designio único en su autor, en la comisión del mismo. Aunque este aspecto no viene a ser uno de los elementos que se señala en el artículo de cita, sí es importante para comprobar ese designio único del autor del delito continuado.

1.1.2.1.5.- Sentencia de la Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia 319 de las once horas cuarenta minutos del nueve de agosto de mil novecientos noventa y uno

"(...) en presencia de un delito continuado, en tanto se trata de acciones de idéntica especie, violatorios del mismo bien jurídico, ejecutados homogéneamente y, como derivación de ello, presumiblemente con igual finalidad".

En esta sentencia se vuelve a recalcar los elementos básicos del delito continuado.

1.1.2.1.6.- Sentencia de la Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia N°: 787 del trece de diciembre de mil novecientos noventa y seis de las nueve horas cincuenta minutos.13/12/1996 09h 50m.

Esta sentencia está referida a la finalidad del delito continuado, de la siguiente forma. *“Pero todos esos hurtos pueden ser dependientes entre sí, pasando a integrar un delito continuado, si el autor forma el taller apoderándose de varias herramientas, en distintas oportunidades, en la fábrica donde trabaja, o en el plantel de cría lo forma con hacienda que va sacando poco a poco de un mismo sujeto pasivo)”* [Derecho Penal Parte General, Editorial Astrea, Buenos Aires, 1988, págs. 241 a 242]. A lo anterior debe agregarse que, objetivamente, la persecución “de una misma finalidad” debe distinguirse de la mera resolución de cometer una cadena de hechos homogéneos, pues «tal resolución no basta para fundamentar el elemento subjetivo del delito continuado, si falta en ellos un mismo “para qué” y un total programa, del cual los actos sean la ejecución» (Ibídem, pág. 104). Lo anterior resulta claro si se considera que el delito continuado debe ser necesariamente doloso, ya que el autor debe tener conocimiento y voluntad de realizar una pluralidad de delitos de la misma especie, que persigan una misma finalidad, «de tal manera que los actos individuales se expliquen solo como una realización sucesiva del todo querido unitariamente» (BACIGALUPO, Enrique: Principios de Derecho Penal, 2ª edición, Ediciones Akal, Madrid, 1990, págs. 282 a 283. En este sentido véase la resolución de esta Sala V-796-F de las 10:30 horas del 6 de diciembre de 1996). Hechas estas consideraciones generales, se puede afirmar que en la especie no resulta aplicable la figura del delito continuado, pues los delitos atribuidos al encartado exceden esa hipótesis, porque se evidenció que sus conductas obedecen a una habitualidad delictiva, a un modus vivendi -como lo aseveró el a quo-, cuyo único denominador común es el afán del encartado por enriquecerse ilegítimamente mediante la estafa indiscriminada de personas.

“El hecho de que los delitos en concurso siguieran un patrón o modo común (modus operandi) en cuanto a la simulación de hechos falsos mediante los cuales se quiso inducir a error a las víctimas para obtener un beneficio patrimonial antijurídico, no implica por sí solo que se esté en presencia de un delito continuado.

“De los criterios enunciados por el Tribunal de mérito para descartar la existencia de un delito continuado, cabe destacar el que alude a la pluralidad de ofendidos, a efecto de aclarar que un delito continuado eventualmente podría afectar a uno o varios sujetos, siempre y cuando los delitos en concurso sean la ejecución de un plan preconcebido, condición que no se presenta en la especie”.

Esta resolución centra su atención en la distinción entre el designio único; es decir, esa finalidad que persigue el sujeto pasivo, que no puede confundirse con la realización por parte de esta de una serie de acciones homogéneas, que serían reiteración delictiva y corresponderían a un concurso material y no a un delito continuado. Además, ese designio único se establece por ser la ejecución de un plan preconcebido, lo cual no sucede en el caso de marras.

1.1.2.1.8.- Sentencia del Tribunal de Casación penal No. 544, del treinta y uno de julio de mil novecientos noventa y ocho, de las diez horas treinta minutos

En esta resolución el Tribunal de Casación Penal, establece la configuración del delito continuado de la siguiente forma. *“Hay que señalar primeramente que el juzgador decide que los hechos no configuran un delito continuado, no simplemente por la jurisprudencia de la Sala Tercera es en ese sentido, sino porque él concuerda con el criterio expuesto por la misma en relación al contenido del artículo 77 del Código Penal, por lo que no es cierto que el análisis no está referido a dicha disposición. Tampoco la exclusión de la aplicación del delito continuado, se da por la sola circunstancia de que fueran varios los ofendidos, sujetos pasivos diferentes, sino que a ello se une la inexistencia de una misma finalidad que cobijara a los diversos hechos realizados por la acusada, sea la vinculación a un mismo plan delictivo, que para este Tribunal es lo fundamental en este caso, para la exclusión del delito continuado. Ciertamente no existe criterio uniforme respecto al delito continuado, pero conforme a lo dispuesto por el artículo 77 del Código Penal, que limita el mismo a los delitos patrimoniales, de la misma especie, (en consecuencia no está referido a aquellos que tutelan bienes personalismos, en los que necesariamente debe existir la identidad del titular, porque sólo pueden ser lesionados en su persona, de manera que los diversos actos sólo podrían eventualmente continuar con respecto al mismo sujeto, y no puede ser homogénea la conducta en*

relación a distintos sujetos), no hay razón para exigir que los diversos hechos que configuran el delito continuado afecten al mismo titular, pues una cosa es que se afecte bienes jurídicos de la misma especie, patrimoniales, que es la exigencia del artículo, y otra, diferente, que el acto se dirija contra la misma persona, siendo aceptable en estos casos, no exigir tal unidad de sujeto, sino sólo la igualdad del bien jurídico. (En este sentido CASTILLO GONZÁLEZ, Francisco. *El Concurso de delitos en el Derecho Penal Costarricense*. Litografía e Imprenta LIL, S.A., San José, Costa Rica, 1981). Pero no basta con que los diversos delitos tengan en común la afectación de un mismo bien jurídico, para que estemos ante el delito continuado, sino que para ello es esencial que "el agente persiga una misma finalidad", lo que no puede ser entendido como la finalidad de cometer varias estafas, con un mismo modus operandi, sin enlace alguno entre las mismas, que establezca su pertenencia a un único plan o designio delictivo, que es lo que ocurre en el caso en examen, donde se tuvo por probado: que la encartada se presentó en diferentes momentos en las instalaciones de la Caja Costarricense de Seguro Social, y en el Departamento de Riesgos Profesionales del Instituto Nacional de Seguros, y a diferentes personas, que estaban en esos lugares para el pago de incapacidades o indemnizaciones, les hizo creer que era trabajadora social, a algunos, y a otros, que era abogada, y que les podía ayudar porque les habían pagado menos de lo que les correspondía, procediendo la acusada a hacer llamadas a supuestos funcionarios, a hacer sacar fotocopias de los documentos que portaban sus víctimas, las que introducían en un sobre, junto con el dinero recibido en ese momento, a efecto de realizar el falso trámite del reclamo, tomando el dinero la acusada, sin que las personas afectadas se dieran cuenta de ello en ese momento, sino hasta luego, al abrir el sobre, (ante la espera infructuosa a la imputada), se percataban de que en el mismo sólo se encontraban las fotocopias, no el dinero recibido. De esta manera se tuvo por demostrado que la imputada cometió seis estafas, en perjuicio de seis personas distintas, en diferentes momentos (29 de abril, 6 de mayo, 21 de mayo, 27 de mayo y 21 de junio, de 1996). Como se puede observar, entre dichas estafas no existe ninguna relación, que indique que responden a un plan único, destinado a la consecución de una misma finalidad, sino que se trata de hechos completamente independientes entre sí, realizados por la misma persona con el mismo modus operandi, que solo indican la decisión de

realizar una serie de hechos homogéneos. (En el mismo sentido, CASTILLO GONZÁLEZ, Francisco, op, cit., p 104). Por lo expuesto, las conductas acreditadas no configuran un delito continuado”.

En esta sentencia, el Tribunal de Casación Penal hace una aclaración en cuanto al punto del sujeto pasivo, pues no necesariamente deba afectar a un solo sujeto, se requiere que afecte bienes patrimoniales, independientemente de que afecte a un sujeto o a varios, lo importante está en el plan preconcebido como designio único del autor para cometer el delito y para que pueda entenderse que se trata de un delito continuado, lo cual como se analiza en el fallo, no sucede en este caso.

1.1.2.1.9.- Sentencia de la Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia No. 2000-0117, de las nueve horas diez minutos del trece de octubre del dos mil

Relativa a la naturaleza del delito continuado, expreso la Sala en este caso. “Se trata de hechos que, individualmente apreciados, constituyen por sí mismos delitos de peculado, reiterados, homogéneos y con una misma finalidad: la sustracción de los fondos asignados a la Comisión Nacional de Emergencia, lesionando de ese modo el patrimonio de la Administración Pública. Ya en 1991 esta Sala señaló que se está “(...) en presencia de un delito continuado, en tanto se trata de acciones de idéntica especie, violatorios del mismo bien jurídico, ejecutados homogéneamente y, como derivación de ello, presumiblemente con igual finalidad. Sobre este punto, la doctrina es consistente en aseverar que, ante la dificultad que implica la averiguación de la finalidad del sujeto activo, pues esta muchas veces permanece en reserva, la forma homogénea de realización de las acciones es revelatoria de una misma finalidad. Ahondando aún más en la aplicación de este principio y haciendo una interpretación extensiva de la noción de delito continuado, recurso viable en el Derecho Penal, según la doctrina, en tanto favorable al reo procesalmente y reductora del grado de la pena que en caso contrario le correspondería en virtud de la configuración de un concurso real (visto que la pena impuesta por un delito continuado no puede ser mayor que la que correspondería por concurso real, lo que iría contra la voluntad del legislador), la doctrina alemana ha planteado que también se configura el delito continuado cuando se utiliza o aprovecha idéntica oportunidad, puesto que, como se apunta arriba, ello constituye un indicador no

despreciable de una posible "misma finalidad" en la comisión de los actos del sujeto" (resolución de la Sala Tercera N° 319-A de las 11:40 del 9 de agosto de 1991). Considerando que los razonamientos expuestos en la resolución transcrita resultan aplicables al presente asunto, puesto que se tuvo por probado que los encartados efectuaron sustracciones reiteradas de los citados fondos, valiéndose de la misma mecánica y ocasión, se reiteran esos argumentos. Efectivamente, si se repara que las acciones tenidas por probadas son ilícitas aún individualmente apreciadas (cada una de las sustracciones constituía un peculado), que fueron independientes (tuvieron cierta separación temporal), se realizaron en detrimento de bienes jurídicos patrimoniales (los fondos de la Comisión) y se aprovechó una ocasión equivalente (el acceso a los recursos tenido por los encartados en razón de su trabajo), se concluye que se está frente a un delito continuado de peculado". En la especie, concurren asimismo todos los rasgos definitorios propios del delito continuado, pues el justiciable se prevaleció de sus atribuciones como funcionario público y de su acceso a la confección de planillas para sustraer bienes de la entidad en que prestaba servicios. El hecho de que cada uno de los actos constitutivos de por sí del delito de peculado, se reiterase en el tiempo, es una característica común a todo delito continuado y las aseveraciones del a quo (en referencia a la habitualidad) solo serían atendibles si, por ejemplo, las acciones hubiesen sido ejecutadas en daño de distintos titulares de los bienes, o se desprendiese de algún dato objetivo o subjetivo la inexistencia de una sola finalidad, nada de lo cual ocurre en este caso."

Esta jurisprudencia hace referencia al criterio inicial que se tenía del delito continuado, como una forma de beneficiar al delincuente, con la imposición de una pena menor a la que le correspondería si se juzgaran sus acciones de manera separada a través del concurso material. Otro aspecto novedoso que introduce esta jurisprudencia, es la referencia a idéntica oportunidad, como una forma también de valorar el designio único del autor del delito.

1.1.2.2.- Sentencias de delito continuado referidas a la penalidad del delito

1.1.2.2.1.- Sentencia de la Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia No.171 de dieciocho de abril de mil novecientos noventa y seis de las catorce horas cuarenta minutos

"Según dispone el artículo 77 del Código Penal: "Cuando los delitos en concurso fueren de la misma especie y afecten bienes jurídicos patrimoniales, siempre que el agente persiga una misma finalidad, se aplicará la pena prevista para el más grave, aumentada hasta en otro tanto." El delito continuado, en consecuencia, se integra con una pluralidad de acciones en concurso, que reciben tratamiento unitario solamente para efectos de determinar el cuántum de la respectiva sanción. Esto significa que, antes de dictarse una sentencia condenatoria, cada uno de los hechos conserva su individualidad."

En este fallo, se hace referencia a otro aspecto importante: el delito continuado es aplicable esencialmente en relación con la determinación de la pena.

1.1.2.2.2.- Sentencia de la Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia No 911 del veintinueve de setiembre de mil novecientos noventa y ocho

"Sobre la penalidad del delito continuado. El artículo 77 del Código Penal dispone que: «Cuando los delitos en concurso fueren de la misma especie y afecten bienes jurídicos patrimoniales, siempre que el agente persiga una misma finalidad, se aplicará la pena prevista para el más grave, aumentándola hasta en otro tanto». Como se puede apreciar esta figura supone una pluralidad de acciones temporalmente discontinuas pero dependientes entre sí (en tanto persiguen una misma finalidad), pero que impide en la práctica la aplicación de las consecuencias previstas para el concurso real o material (ya sea heterogéneo u homogéneo), sin perjuicio de que una pluralidad de delitos continuados concursen materialmente. ¿Cuál es el criterio que permite diferenciar entre un delito continuado y un concurso material de delitos? Considera esta Sala que debe consistir en que la finalidad que persigue el autor, en relación a los bienes jurídicos que está afectando con sus acciones, sea incompatible con la naturaleza del concurso material. De otra manera, se llegaría al absurdo de que el autor habitual de robos, por ejemplo, tendría la oportunidad de unir con su "finalidad" (la decidida habitualidad en el

robo) hechos sin ninguna otra relación entre sí, a los que corresponde la pena del concurso real o material de delitos y no la de un solo delito continuado: sería absurdo porque se favorecería injustamente a quien mayor desprecio manifiesta de hecho hacia los bienes jurídicos patrimoniales, dada su habitualidad o reincidencia, siendo que la figura del delito continuado es una excepción sui géneris a las reglas del concurso material, tanto así que la ley dispone que solo es aplicable si se afectan bienes jurídicos patrimoniales. De ahí que la doctrina señale que la aplicación del delito continuado está sujeta a criterios subjetivos y objetivos. En este sentido señala Carlos Creus que: «Inicialmente se parte de un criterio subjetivo: la unidad de designios del autor (el cajero del banco que, decidido a reunir una determinada cantidad de dinero, lo procura sustrayendo sumas menores de la caja en distintas oportunidades). Pero, si nos conformásemos con ese criterio para determinar la dependencia, otorgaríamos al autor la injusta oportunidad de unir con su designio los hechos más dispares, merecedores de la pena del concurso, y no de la de un solo delito, por lo cual tenemos que completarlo con criterios objetivos; precisamente, en torno -como resultado- del requisito de homogeneidad desde el punto de vista de la acción, se habla de la vinculación de los distintos hechos a una misma “empresa delictiva”, lo cual no depende exclusivamente del designio del autor, sino también de circunstancias objetivas que condicionan la adecuación de los distintos hechos dentro de aquel concepto, como es la unidad de bien jurídico atacado, para lo cual no bastará la analogía de los bienes afectados por los distintos hechos, sino la identidad del titular (no puede haber continuación entre el hurto perpetrado hoy contra Juan y el perpetrado mañana contra Pedro, por más que su autor los haya unido con su designio común) y, por lo menos, que los objetos materiales de los distintos hechos pueden considerarse componentes de una “universalidad natural” (el hurto por el empleado de la máquina de la oficina no se puede continuar con el hurto de la cartera que un compañero de trabajo ha dejado en su escritorio). Pero ambos criterios de dependencia tienen que presentarse reunidos para que se pueda hablar de continuación (la circunstancia de que el autor haya actuado con el designio de equipar un taller, no hace dependientes el hurto de llaves a Juan, de una fresadora a Pedro y de una morza a Esteban, aunque todos esos objetos vayan a parar a la “universalidad del taller”; la circunstancia de que el autor haya actuado con el designio de formar un plantel de

*cincuenta vacas de cría no hace dependientes los hurtos de diez cabezas a Simón, veinte a Timoteo y veinte a Facundo. Pero todos esos hurtos pueden ser dependientes entre sí, pasando a integrar un delito continuado, si el autor forma el taller apoderándose de varias herramientas, en distintas oportunidades, en la fábrica donde trabaja, o en el plantel de cría lo forma con hacienda que va sacando poco a poco de un mismo sujeto pasivo)» [Derecho Penal Parte General, Editorial Astrea, Buenos Aires, 1988, págs. 241 a 242]. A lo anterior debe agregarse que, objetivamente, la penalidad del delito continuado solamente resulta aplicable cuando los delitos en concurso sean de la misma especie y afecten bienes jurídicos patrimoniales, razón por la cual se afirma que «no puede haber continuación (...) en los delitos que afecten bienes jurídicos distintos de los patrimoniales, aunque el agente persiga, en todos los delitos, una misma finalidad» (CASTILLO, Francisco: *El concurso de Delitos en el Derecho Penal Costarricense*, San José, Litografía Lil S.A., 1981, pág. 91), así como que la persecución “de una misma finalidad” debe distinguirse de la mera resolución de cometer una cadena de hechos homogéneos, pues «tal resolución no basta para fundamentar el elemento subjetivo del delito continuado, si falta en ellos un mismo “para qué” y un total programa, del cual los actos sean la ejecución» (Ibídem, pág. 104). Lo anterior resulta claro si se considera que el delito continuado debe ser necesariamente doloso, ya que el autor debe tener conocimiento y voluntad de realizar una pluralidad de delitos de la misma especie, que afecten bienes jurídicos patrimoniales y que persigan una misma finalidad, «de tal manera que los actos individuales se expliquen sólo como una realización sucesiva del todo querido unitariamente» (BACIGALUPO, Enrique: *Principios de Derecho Penal*, 2ª edición, Ediciones Akal, Madrid, 1990, págs. 282 a 283). Hechas estas consideraciones generales, se puede afirmar que en la especie no resulta aplicable la figura del delito continuado. En primer lugar, porque cada una de las cinco Estafas consumadas o tentadas concursa idealmente con un delito de Uso de Documento Falso, que no tutela bienes jurídicos patrimoniales. En segundo lugar, porque en este caso la diversidad de sujetos ofendidos (a saber, una asociación solidarista, tres negocios mercantiles, un banco y la Fe Pública) no es compatible con una vinculación objetiva de los hechos a una misma finalidad o designio. En tercer lugar, porque no se acreditó la existencia -mucho menos el contenido concreto- de una misma finalidad perseguida por el imputado,*

condición necesaria para esta figura. Nótese que los dos delitos continuados se fundaron simplemente en “que se afectaron bienes de la misma naturaleza en una unidad de necesariamente un mínimo de dos acciones para poderse aplicar acción por parte del mismo acusado” (cfr. folio 321, líneas 1 a 6), resultando evidente que en el presente caso ni siquiera hay unidad de acción entre las cinco que se puedan considerar estas como continuadas;; pero esa finalidad, no es”.

En esta sentencia queda aún más claro la importancia que tiene el elemento relativo al designio único o la finalidad del autor en la comisión de las acciones, para que no deba valorarse desde la perspectiva del sujeto que comete la actividad delictiva, sino según aspectos o circunstancias objetivas que permitan acreditar ese designio único. En este fallo se ve que nuestra jurisprudencia, sigue entendiendo el delito continuado como una forma de beneficio al imputado, en la imposición de una pena menos severa que la correspondiente en caso de entender su actor como acciones independientes a las que deba aplicarse el concurso material.

Como expondré al desarrollar el delito continuado en España, el cual también tuvo un desarrollo jurisprudencial, se denota que en ese país se dio un matiz favorable y pietista del delito continuado, que motivó reformas, para aplicarlo también en supuestos que permitieran imponer al imputado una pena más severa y fue precisamente para contemplar dentro de éste el fraude colectivo y de esa forma lograr una más justa punición de esa conducta.

Vemos que en Costa Rica eso no sucede así; porque se sigue entendiendo la figura del delito continuado, solo para aquellos supuestos de beneficiar al imputado con una pena mas leve; por ello resulta insuficiente la figura en nuestra legislación y a la luz de nuestra jurisprudencia actual, para lograr una justa punición del fraude colectivo en nuestro medio.

1.1.2.2.3.- Sentencia de la Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia, de las dieciséis horas quince minutos del doce de diciembre de mil novecientos noventa y cuatro

En este fallo se expresó "(...) la doctrina ha insistido en que la diferencia básica entre el delito continuado y el concurso material consiste en que, en aquella hipótesis, la

conducta que despliega el agente obedece a un plan común o, dicho de otro modo, se requiere que cada uno de los delitos sean de algún modo dependientes entre sí, es decir, que se esté frente a una pluralidad de hechos que apunten hacia la realización de una única figura: "(...) Con respecto a este tema, si bien existe, o por lo menos es exigible por la doctrina mayoritaria, la unidad de resolución final para que pueda corporizarse el delito continuado, creemos que la identidad y autosuficiencia propias de cada uno de los actos realizados por sí mismos autoriza, en función de los tipos llamados a concurrir, a afirmar que hay más de un hecho, por cuanto cada uno de los que integran el delito continuado son individualmente delitos autónomos (...), en tal sentido la esencia del delito continuado no radica en la comisión de un único hecho y su encuadre típico correspondiente, sino en la concreción de varios hechos y encuadres que son, a tenor de circunstancias especiales, dependientes entre sí (...) la otra condición exigible -correspondiente al dolo único- estaría haciendo referencia a la unidad de resolución final receptada por el mismo dolo, el que, como elemento central del tipo subjetivo, explicaría claramente la." imposibilidad de multiplicar los tipos llamados a concurrir ante la evidencia de una única voluntad realizadora del tipo objetivo (...)", Arce Aggeo (Miguel Angel), "Concurso de delitos en materia penal", Editorial Universidad, Buenos Aires. 1ª edición, 1996, pág. 193. Según lo anterior, tendríamos que los elementos que convertirían un concurso material en un delito continuado, son de dos tipos: a) Objetivamente se tratará de varios delitos homogéneos en concurso material, es decir, que no son independientes o autónomos entre sí por tener cierta conexión espacial y temporal; y b) subjetivamente se debe dar una unidad de resolución final en el agente activo, es decir, que el dolo debe consistir en una única voluntad dirigida a la lesión del mismo bien jurídico. Debemos entender, entonces, que en el delito continuado, según una valoración global o integral de lo acaecido, sólo existe una única conducta delictiva, aunque cometida en distintos momentos o etapas a través de la realización de distintas acciones perfectamente separables y distinguibles unas de otras: "(...) el delito continuado se caracteriza porque cada una de las acciones que lo constituyen representa ya de por sí un delito consumado o tentado, pero todas ellas se valoran juntas como un solo delito (...)". Muñoz Conde (Francisco), "Teoría general del delito", editorial Tirant lo Blanch, Valencia. 2ª edición, 1989, página 198. La jurisprudencia de esta Sala ha entendido que los elementos antes

citados necesariamente deben estar presentes para que se puedan aplicar las reglas sustanciales del delito continuado: "(...) esta figura supone una pluralidad de acciones temporalmente discontinuas pero dependientes entre sí (en tanto persiguen una misma finalidad), pero que impide en la práctica la aplicación de las consecuencias previstas para el concurso real o material (ya sea heterogéneo u homogéneo), sin perjuicio de que una pluralidad de delitos continuados concursen materialmente. ¿Cuál es el criterio que permite diferenciar entre un delito continuado y un concurso material de delitos? Considera esta Sala que debe consistir en que la finalidad que persigue el autor, en relación a los bienes jurídicos que está afectando con sus acciones, sea incompatible con la naturaleza del concurso material (...) la figura del delito continuado es una excepción sui géneris a las reglas del concurso material. De ahí que la doctrina señale que la aplicación del delito continuado está sujeta a criterios subjetivos y objetivos (...) A lo anterior debe agregarse que, objetivamente, la persecución "de una misma finalidad" debe distinguirse de la mera resolución de cometer una cadena de hechos homogéneos, pues «tal resolución no basta para fundamentar el elemento subjetivo del delito continuado, si falta en ellos un mismo "para qué" y un total programa, del cual los actos sean la ejecución» (Ibídem, pág. 104). Lo anterior resulta claro si se considera que el delito continuado debe ser necesariamente doloso, ya que el autor debe tener conocimiento y voluntad de realizar una pluralidad de delitos de la misma especie, que persigan una misma finalidad, «de tal manera que los actos individuales se expliquen sólo como una realización sucesiva del todo querido unitariamente» (BACIGALUPO, Enrique: Principios de Derecho Penal, 2ª edición, Ediciones Akal, Madrid, 1990, págs. 282 a 283. En este sentido véase la resolución de esta Sala V-796-F de las 10:30 horas del 6 de diciembre de 1996 (...)" Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia, voto N° 787-F-96, de las 9:50 hrs. del trece de diciembre de 1996 (...)", Sala Tercera de la Corte, voto N° 551-98, de las 9:35 hrs. del 12 de junio de 1998. Una vez expuestas estas consideraciones, al analizar el caso que nos ocupa tenemos que los dos elementos básicos que se han desarrollado no se encuentran presentes en las conductas individuales en las que -en un corto período- incurrieron los acusados. Si bien es cierto existe un mismo modus operandi en las delincuencias (el despojo de automóviles mediante el empleo de un arma de fuego con la cual se amenazó a cada uno de los

ofendidos), ello no resulta suficiente para estimar que se esté en presencia de un conjunto de acciones homogéneas dependientes entre sí, pues lo cierto es que las conductas que desplegaron los agentes activos no tienen la mínima conexión interna, de donde deba concluirse que se trata más bien de la comisión separada de varios delitos, resultando aplicables -según se explicó- las reglas del concurso material. (Ver resoluciones de la misma Sala, N° 796 de 10,30 hrs. de 6 de diciembre y N° 787 de 9,50 hrs. de 13 de diciembre, ambas de 1996).”

En esta sentencia se enfatiza sobre la importancia del elemento subjetivo, relativo al designio único, pero también a aspectos objetivos para establecer la concurrencia de ese designio único, para evitar confusiones con acciones homogéneas pero que no pueden ser entendidas como continuadas. Otro aspecto importante en este fallo, es la individualidad que conservan las diferentes acciones que concurren y se entienden dependientes únicamente en cuanto a la determinación de la pena.

1.1.2.2.4.- Sentencia de la Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia voto N° 440-F de las ocho horas cuarenta minutos del veintitrés de agosto de mil novecientos noventa y uno

“Estima esta sala que tales hechos no constituyen trece delitos de estafa en concurso material sino un delito continuado, toda vez que los mismo guardan entre sí una triple unidad, a saber, la unidad del ilícito objetivo de las acciones (homogeneidad del modo de comisión); unidad del resultado típico (pues los trece delitos lesionan el mismo bien jurídico patrimonial y son incluso de idéntica especie) y, por último, unidad del ilícito personal de la acción (pues el imputado persiguió a una misma finalidad con las trece estafas que se le atribuyen). Ahora bien debe hacerse notar que el artículo 77 del Código Penal fija la penalidad del delito continuado y señala que en tal hipótesis “se aplicará la pena prevista para el más grave, aumentada hasta en otro tanto”, haciendo referencia a la pena establecida por la ley y no a la pena aplicada en concreto, como lo pretende el recurrente en su alegato. Tal posición es avalada por la doctrina: “Mientras los artículos 75 y 76 Cód. Pen. Hablan, respectivamente, de que el juez “aplicará la pena correspondiente al delito más grave” y de que se aplicarán las penas correspondientes a todos los delitos cometidos”, el artículo 77 ibid. Dice que “se aplicará la pena prevista

*para el más grave, aumentada hasta en otro tanto". Ahora bien, pena "prevista" para un delito no es aquella aplicada en concreto, como es el caso del concurso real, sino penal establecida por la ley. La pena prevista para el hurto simple (Art. 210, Cód. Pen.) es "prisión de un mes a tres años". Así, si hay continuación entre un hurto simple y cuatro hurtos de necesidad (Art. 210, "prisión de un mes a un año o de 10 a 60 días multa), la pena para la total continuación es de dos meses a seis años de prisión" (Cfr. Francisco Castillo González, *El Concurso de Delitos en el Derecho Penal Costarricense*, Publicaciones de la Facultad de Derecho, Universidad de Costa Rica, 1981, Pág. 104). Lo anterior tiene su explicación en que "Para nosotros, el delito continuado no es una pura cuestión de penalidad, que haría de ella una ficción sin base legal cierta, aplicable únicamente cuando favorece al procesado, pero que no podría aplicarse cuando le perjudica, porque configuraría un ataque a la legalidad penal" (Cfr. Eugenio Raúl Zaffaroni, *Tratado de Derecho Penal, Parte General*, tomo IV, Ediar, 1982, página 543). En el presente caso, la pena señalada para el delito continuado de estafa es de un año a veinte años de prisión (sea la pena ordinaria aumentada en otro tanto), límites dentro de los cuales debe determinarse la pena a imponer, tomando en cuenta para ello todas las circunstancias del artículo 71 del Código Penal)".*

Aquí vuelve nuevamente la jurisprudencia a recalcar los elementos constitutivos del delito continuado y hace referencia al criterio de beneficio del delito continuado, que se aplica solo en este supuesto, citando al respecto a Zaffaroni.

1.1.2.2.5.- Sentencia del Tribunal de Casación Penal No. 666 del seis de octubre de mil novecientos noventa y ocho, de las dieciséis horas quince minutos

"Como sanción se le impone la pena de UN AÑO DE PRISIÓN por cada uno de los CATORCE DELITOS que perfeccionó, pero que en aplicación del numeral 77 del Código Penal se aplicará la pena prevista para el más grave aumentada hasta en otro tanto. Como el extremo mayor de la sanción prevista para la estafa menor es de tres años aumentada hasta en otro tanto serían seis años de prisión que es la pena que debe descontar el aquí imputado (...)" (considerando III, folio 368 vuelto). Con lo que tenemos una interpretación de la pena aplicable, contraria a los principios que informan el delito

continuado que contempla el numeral 77 del Código Penal, que expresa que: "Cuando los delitos en concurso fueren de la misma especie y afecten bienes jurídicos patrimoniales, siempre que el agente persiga una misma finalidad, se aplicará la pena prevista para el más grave, aumentada hasta en otro tanto". Conforme al cual, el delito continuado no deja de ser un concurso de delitos, que, si no tuvieran una misma finalidad para el agente, y no afectaran bienes jurídicos patrimoniales, simplemente configurarían un concurso real. Y es precisamente la finalidad única, y la afectación de bienes patrimoniales, los factores que el legislador toma en cuenta para acordar una menor penalidad, que la que podría corresponder a la suma de las penas correspondientes a las diversas acciones. Ciertamente que dicho artículo dice que la sanción prevista para el delito más grave, se aumenta hasta en otro tanto, pero ello no significa, como lo interpretó la a quo, que la pena aplicable al caso, en el delito continuado, automáticamente pasa a ser el doble de la pena prevista como extremo mayor del tipo que se trate, sino más bien lo que implica es que ambos extremos de la sanción prevista en la figura, o sea, el extremo menor y el extremo mayor, de la pena, se aumentan hasta en otro tanto. Así, si al tipo de la estafa menor se le acuerda una sanción privativa de libertad de dos meses a tres años, tratándose de un delito continuado, el juzgador cuenta con los extremos de pena de cuatro meses a seis años de prisión. Extremos entre los que debe establecer la sanción aplicable al caso concreto. Siendo la intención del legislador la de restringir la pena, en los casos de reiteración del delito que persigue una misma finalidad, favoreciendo al autor con una pena menor que la que le correspondería a todos los hechos realizados, no es razonable la imposición de una pena mayor, por un delito continuado, que la correspondería al concurso real de delitos. (En este sentido: CASTILLO, Francisco. El Concurso de Delitos en el Derecho Penal Costarricense. Litografía e Imprenta LIL, S.A., San José, 1981, p. 105). Así, en este caso, pese a la interpretación que hace la juzgadora, de que corresponde la pena de seis años de prisión por el delito continuado de estafa, se expresa que se impone la sanción de un año por cada delito cometido, sea, por cada una de las catorce estafas, de modo que, conforme a las reglas del concurso real de delitos, la pena a cumplir en tal supuesto sería de tres años de prisión (artículo 76 del Código Penal). Término al que debe restringirse la

sanción en este caso, por resultar más beneficioso al imputado la aplicación de la sanción correspondiente al concurso real de delitos”.

En esta resolución del Tribunal de Casación Penal, sí establece de manera clara que se sigue con el criterio de favorecer al imputado, mediante la aplicación de la continuidad delictiva, para imponerle una pena menor a la que le correspondería en caso de juzgarse por separado las diferentes acciones. Nuestra jurisprudencia no evoluciona en ese sentido dándole, como en otras legislaciones por ejemplo la española que expondré más adelante, cuando me refiera a la jurisprudencia emitida en España, una connotación más amplia al delito continuado, que bajo ciertos parámetros permitiera también aplicarlo para imponer al sujeto activo del delito una pena más severa, diferente a la que le correspondería de juzgarse por separados las acciones en un concurso material.

1.1.2.2.6.- Sentencia de la Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia No. 542 del siete de mayo de mil novecientos noventa y nueve, de las diez horas veinticinco minutos

Relativa al bien jurídico tutelado en el delito continuado: *"Conforme lo establece el artículo 77 citado, y según lo ha resuelto reiteradamente esta Sala, la penalidad del delito continuado sólo resulta aplicable, entre otros aspectos, cuando los delitos en concurso, que se vienen acusando, afectan bienes jurídicos patrimoniales; no así cuando la afectación recae sobre bienes jurídicos distintos a los patrimoniales, aunque el agente persiga, en todos ellos, la misma finalidad (ver, CASTILLO, Francisco: "El concurso de Delitos en el Derecho Penal Costarricense", San José, Litografía Lil S.A., 1981, p. 91), cual sería el caso, por ejemplo, de los bienes personalísimos, tal y como se aprecia en esta oportunidad. En este sentido, la penalidad del delito continuado no procede en la especie, pues las acciones realizadas por el gestionante afectaron bienes jurídicos personalísimos y no patrimoniales, ya que éste, de acuerdo con lo acreditado en sentencia, con la finalidad de corromper, no sólo abusó y violó sexualmente a J. G. (en distintas ocasiones), sino que también cometió un abuso deshonesto en perjuicio de M. V. G. H., lo cual descarta la aplicación de lo solicitado, al afectarse con dicha conducta la reserva, el decoro, la honestidad o el pudor sexual (abusos deshonestos), la libertad o*

autodeterminación sexual(Violación) y la integridad psicológica sexual del desarrollo espontáneo, natural y sano de las personas menores de diecisiete años (Corrupción)."

En esta resolución se establece como bien jurídico tutelado el patrimonio, de manera exclusiva, estableciendo que solo en relación con ese tipo de bien jurídico, puede entenderse una acción delictiva continuada. Esto, como analicé al hacer referencia a la normativa legal existente del delito continuado, se incorpora en el Código Penal actual, ya que en codificaciones anteriores, el delito continuado se refería esencialmente al hurto y así expresamente lo regulaba.

1.1.3.- Delito continuado y fraude colectivo en Costa Rica toma de postura

He considerado importante desarrollar la figura del delito continuado, a través del estudio de la normativa que se ha dado así como la jurisprudencia, emitida en los últimos años sobre el tema, para acreditar la gran similitud que hay entre ambas figuras; pero el problema se presenta en el aspecto relativo a su penalidad, pues no resulta proporcional y acorde con la gravedad que representan los fraudes colectivos.

Otro aspecto delicado de la aplicación de los parámetros del delito continuado al fraude colectivo está en, como bien se establece en la jurisprudencia, no hay uniformidad en la aplicación de criterios de continuidad; ya que deberá valorarse caso por caso por parte del juez, para apreciar si se dan los tres elementos que los integran, siendo que de acuerdo con esta postura, quedará a la valoración del juez la determinación de si la acción es continuado y, por ello, la aplicación de una pena. De acuerdo con nuestra legislación y el desarrollo de nuestra jurisprudencia, el fraude colectivo, que presenta de por sí diferencia con el delito continuado, esencialmente en el punto del sujeto pasivo; en el fraude colectivo es pluriofensivo o masa y, en el caso del delito continuado, no es así, quedaría al arbitrio del juez, el determinar en qué casos es un delito continuado y en qué supuestos, para saber si estamos en presencia de un fraude colectivo, que requiere un mayor reproche y una sanción mayor, con el fin de lograr una justa punición de esa conducta.

Esta situación hace incierta y poco uniforme la imposición de responsabilidades en el caso de los fraudes colectivos en nuestro ordenamiento jurídico penal, con lo cual se requiere como ya lo he puntualizado desde la introducción de esta investigación, la

inclusión de un tipo penal específico para esta delincuencia dentro del Código Penal, como una causa de agravación del delito de estafa para lograr una más justa punición de la conducta.

En otros sistemas jurídicos penales como por ejemplo el Español que estudiaré más adelante, se aplica el delito continuado cambiando un poco su percepción de beneficio o favorecedor del imputado, para aplicarle una pena menor, sino más bien para responsabilizarlo con una pena mayor y evitar, de esa manera, que ciertos supuestos de fraude quedaran incluidos bajo esta óptica del delito continuado, favoreciéndolos con una pena que no es proporcional a la magnitud de la lesión que el sujeto activo causa con su actuar delictivo en una sociedad; ya que perjudica a un gran número de personas. Esto ha hecho que la figura del delito continuado haya sido utilizada para la sanción de este tipo de delincuencia dando respuesta adecuada al problema, lo cual por lo ya expuesto, no se da en nuestro medio.

B.- DESARROLLO NORMATIVO Y JURISPRUDENCIAL DEL FRAUDE COLECTIVO EN COSTA RICA

1.- Desarrollo normativo de la estafa en relación con el fraude colectivo en nuestra legislación penal

Tal y como lo he expuesto en el aparte anterior de esta investigación, el delito continuado se vuelve inadecuado para valorar con la justicia qué se requiere e imponer la sanción correspondiente a los fraudes colectivos; pese a que vemos en las codificaciones anteriores de 1841, 1880, 1924 que hacían referencia a la continuidad en el caso del delito de hurto, para llegar a la concepción actual del Código Penal de 1970, donde se hace referencia al bien jurídico, sea delitos contra el patrimonio.

De esta forma, estas codificaciones van estableciendo esa característica de la infracción a un bien jurídico patrimonial, que de algún modo, puede servir también como antecedente a los fraudes colectivos, considerando siempre los aspectos de la penalidad. Por lo dicho, es que el desarrollo normativo de los fraudes colectivos se debe buscar en la estafa el antecedente del mismo, aunque puede establecerse que su antecedente está

en el delito continuado, pero es insuficiente para lograr una justa punición de esas conductas, por las razones esbozadas en esta investigación.

La estafa, según nuestro análisis con el Código General de 1841, se puede establecer que en el artículo 637, se incluía en la conducta engañosa la referencia a cualquier artificio, engaño, superchería, práctica supersticiosa u otro embuste semejante. En la conducta engañosa, incluye el legislador de aquel entonces, una serie de supuestos más, que podrían darse según su criterio, para la comisión de la estafa. Se refiere también el artículo al perjuicio patrimonial que se le causa a la víctima, mediante esa conducta engañosa, siendo amplio al regularse que “hubiere sonsacado a otro, dineros, efectos o escrituras o le hubiese perjudicado de otra manera en sus bienes, sin que sea ladrón, falsario o reo de otro delito especial”.

En esa referencia al perjuicio que se causa con el delito de estafa, vemos una confusión entre otros delitos contra la propiedad y la estafa propiamente, tratando de distinguirla pero muy tímidamente. No se da en este artículo una clara diferenciación de la estafa con otras figuras penales contra la propiedad¹⁸³.

El análisis sigue con el Código Penal de 1880, en donde se regulaba el delito de estafa, en el artículo 492, pero definiéndola como defraudación que se causaba a otro en relación con la sustancia, cantidad o calidad de las cosas que le entregara en virtud de un título obligatorio y se establecía la pena de conformidad con la cuantía del importe defraudado. Asimismo en el artículo 493, hacía referencia a la defraudación con nombre fingido atribuyéndose poder, influencia o crédito; aparentando bienes, crédito, comisión, empresa o negociación imaginarios, o valiéndose de cualquier otro engaño semejante. Aquí se empieza a delimitar un poco mejor la figura de la estafa, pero siempre de manera muy incipiente existiendo cierta confusión y utilizando el método de enunciación de formas de engaño, como lo es la utilización del nombre fingido, para llevar a cabo el engaño mediante la apariencia, técnica que se ha abandonado en la actualidad, para

¹⁶⁰ **Código General de 1841:Art. 637:** “Cualquiera que con cualquier artificio, engaño, superchería, práctica supersticiosa ú otro embuste semejante, hubiere sonsacado á otro, dineros efectos o escrituras, ó le hubiese perjudicado de otra manera en sus bienes, sin alguna circunstancia que lo constituya verdadero ladron, falsario o reo de otro delito especial, sufrirá la pena de reclusión por el tiempo de un mes a dos años y una multa de diez a cien pesos, sin perjuicio de la mayor pena que merezca como ladrón, falsario o reo de otro delito, si justamente lo fuere. Si no tuviere bienes con que pagar la multa, la pena será de tres meses a tres años de obras públicas”.

establecer un criterio general de estafa; el cual permita acuñar las nuevas modalidades de fraudes que pueda idear el estafador¹⁸⁴.

Esta tendencia de enunciación de las formas engañosas de manera taxativa en el Código, se hacen también presentes en el Código Penal de 1924 en su artículo 382, que además distinguía entre estafa mayor y menor de acuerdo con la cuantía del perjuicio causado, denominándola ya como estafa, y estableciéndola como una forma de defraudación, por medio del nombre supuesto, calidad simulada, falsos títulos, influencia mentira o abuso de confianza, o aparentando bienes, crédito, comisión, empresa o negociación, o valiéndose de cualquier otro ardid o engaño, sin embargo, es más amplio este artículo porque deja abierta la posibilidad de la existencia de otro tipo de ardid o engaño, no incluida en la lista referida, lo cual constituye un avance en la formulación del tipo penal de la estafa¹⁸⁵.

En el artículo 383 incluye otras formas de defraudación del mismo cuerpo legal y las sanciona con pena similar a la Estafa¹⁸⁶.

¹⁶¹ **Art. 492:** “El que defraudare a otro en la sustancia, cantidad o calidad de las cosas que le entregare en virtud de un título obligatorio, será penado:

1. Con presidio de interior, reclusión o confinamiento menores en sus grados máximos, si la defraudación excediere de quinientos colones.
2. Con presidio interior, reclusión o confinamiento menores en sus grados medios, cuando excediere de cincuenta y no pasare de quinientos colones.
3. Con presidio interior, reclusión o confinamiento menores en sus grados mínimos, si el valor de la defraudación no excediere de cincuenta colones ni bajare de diez”¹.

Art. 493: “Incurrirá en las penas del artículo anterior el que defraudare a otro usando de nombre fingido, atribuyéndose poder, influencia o crédito; aparentando bienes, crédito, comisión, empresa o negociación imaginarios, o valiéndose de cualquier otro engaño semejante”.

¹⁶² **Art. 382:** “Será castigado por estafa mayor, con prisión en sus grados primero a tercero, el que defraudare a otro con nombre supuesto, calidad simulada, falsos títulos, influencia mentida o abusa de confianza, o aparentando bienes, crédito, comisión, empresa o negociación, o valiéndose de cualquier otro ardid o engaño, cuando la especie no tenga señalada otra pena en el presente Capítulo y el perjuicio respectivo sea de más de veinticinco colones.

La estafa menor del reincidente, haya sido condenado antes por una de tal categoría o por estafa mayor, será sancionada en prisión en su grado primero”¹.

¹⁶³ **Art. 383:** “Están comprendidos en el artículo anterior y se aplicará a ellos la pena allí establecida:

- El que defraudare a otro en la sustancia, calidad o cantidad de las cosas que le entregue en virtud de contrato o de un título obligatorio.
- El que con perjuicio de otro negare haber recibido o se negare a sustituir o no restituyere a su debido tiempo, no estando en este último caso físicamente impedido para hacerlo, dineros, efectos o cualquier otra cosa mueble que se le haya dado en depósito, comisión, administración u otro título que produzca obligación de entregar o devolver.
- El que defraudare haciendo con engaño suscribir a otro un documento que le imponga alguna obligación o signifique renuncia total o parcial de un derecho.
- El que se sirva de una firma en blanco dada o puesta con otro objeto o con ninguno, para extender sobre ella algún documento en perjuicio del firmante o de un tercero.

En el Código de 1941, en los artículos 281 y 282 se continúa definiendo a la estafa como aquella defraudación realizada por nombre supuesto, calidad simulada, falsos títulos profesionales, influencia mentida o abuso de confianza, o atribuyéndose poder o aparentando bienes, crédito, comisión, empresa o negociación, o valiéndose de cualquier otro ardid, engaño o timo, siguiendo con la tendencia de enunciar los tipos de engaños o timos pero con la amplitud de aceptar que pueda tratarse de algún otro, que no este taxativamente incluido¹⁸⁷.

-
- 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.
 - El que en perjuicio de otro otorgare un contrato simulado o falsos recibos.
 - El comisionista, porteador o mandatario que cometiere defraudación, alterando en sus cuentas los precios o condiciones de los contratos por él efectuados, o suponiendo gastos o exagerando los que hubiere hecho.
 - El que causare perjuicio pecuniario sustituyendo, ocultando o mutilando algún proceso, expediente, documento u otro papel con efectos jurídicos.
 - El que a sabiendas vendiere o gravare como bienes libres, los que fueron litigiosos o estuvieren embargados o gravados, y el que vendiere a diversas personas una misma cosa suya.
 - El que abusare de las necesidades, pasiones o inexperiencia de un menor o incapaz, declarado o no declarado por tal, para hacerlo firmar un documento que importe algún efecto jurídico en daño de él o de otro, aunque el acto sea civilmente nulo.
 - El que defraude a otro usando pesas o medidas falsas.

El empresario o constructor de una casa, puente, muelle, nave u otra obra cualquiera, que al ejecutarla cometiere engaño, ya en el plan o sistema, ya en la calidad de los materiales convenidos, y el vendedor de elementos o materiales de construcción que cometa fraude en el suministro contratado. Si en uno u otro caso se produjere peligro para las personas o riesgo para sus bienes, la pena se infringirá en el máximum¹⁸⁸.

¹⁸⁴ **Código Penal de 1941.**

Art. 281: “El que defraudare a otro con nombre supuesto, calidad simulada, falsos títulos profesionales, influencia mentida o abuso de confianza, o atribuyéndose poder o aparentando bienes, crédito, comisión, empresa o negociación, o valiéndose de cualquier otro ardid, engaño o timo, será reprimido:

- Con prisión de nueve meses a tres años, si la defraudación excede de cien colones y no pasa de quinientos.
- Con prisión de un año y medio a cinco años, si excede de quinientos colones y o es mayor de cinco mil.
- Con prisión de tres a siete años, si es superior de cinco mil colones¹⁸⁹.

Art. 282: “Está comprendido en el artículo anterior e incurrirá en las penas ahí establecidas.

- El que defraudare a otro en la sustancia, calidad o cantidad de las cosas que entregue en virtud de un contrato o título obligatorio.
- El que con perjuicio de otro negare haber recibido o se negare a restituir o no restituyera a su debido tiempo, no estando en este último caso físicamente impedido para hacerlo, dineros efectos o cualquier otra cosa mueble que se le haya dado en depósito, comisión o administración u otro título que produzca obligación de entregar o devolver.
- El que defraudare haciendo suscribir a otro con engaño un documento que le imponga alguna obligación o signifique renuncia total o parcial de un derecho.
- El que se sirva de una firma en blanco dada o puesta con otro objeto o con ninguno, para extender sobre ella algún documento en perjuicio del firmante o de un tercero.
- 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.
- El que en perjuicio de otro otorgare un contrato simulado o falsos recibos o hiciere cualquier acto o gestión judicial simulados.

Es así como se llega al Código Penal de 1970 aún vigente el cual inicialmente establecía la figura de la estafa, presentando un verdadero cambio al incluir en el tipo penal la figura general de la estafa, es decir; abandonando la referencia taxativa que se hacía en los códigos anteriores, en relación con los tipos de estafa. Sin embargo, dicho artículo requería que el ardid se diera a través de artificios y engaños, entrando aquí ya en el problema de la entidad del engaño, según triplicación requería de un engaño suficiente que debía ir más allá de la simple mentira. Luego se reforma dicho artículo en

-
- El comisionista, porteador o cualquier otro mandatario que cometiere defraudación, alterando en sus cuentas los precios o condiciones de los contratos por él efectuados, o suponiendo gastos o exagerando los que hubiere hecho.
 - El que cometiere defraudación sustituyendo, ocultando o mutilando algún proceso, expediente, documento u otro papel importante.
 - El que a sabiendas vendiere o gravare como bienes libres, los que fueron litigiosos o estuvieren embargados o gravados; el que vendiere, gravare o arrendare, como propios, bienes ajenos, y el que vendiere a diversas personas una misma cosa suya.
 - El que abusare de las necesidades, pasiones o inexperiencia de un menor o incapaz, declarado o no declarado por tal, para hacerlo firmar un documento que importe algún efecto jurídico en daño de él o de otro, aunque el acto sea civilmente nulo.
 - El que defraude a otro usando pesas o medidas falsas.
 - El empresario o constructor de una casa, puente, muelle, nave u otra obra cualquiera, que al ejecutarla cometiere engaño, ya en el plan o sistema, ya en la calidad de los materiales convenidos, y el vendedor de elementos o materiales de construcción que cometa fraude en el suministro contratado. Si en uno u otro caso se produjere peligro para las personas o riesgo para sus bienes, la pena podrá aumentarse en un tercio.
 - El que defraudare a otro, con pretexto de supuesta remuneración a los jueces u otros funcionarios o empleados públicos.
 - El que directamente o por intermediario ofreciere a otra persona, aunque tenga apariencia de negocio legítimo, participación en fingidos tesoros o depósitos, a cambio de dinero o cualquier otra recompensa.
 - El que con perjuicio de otro ejercitare un derecho de cualquier clase, a sabiendas de que ha sido privado del mismo por sentencia ejecutoria.
 - El que con el fin de obtener para sí o para un tercero el precio de un seguro o algún otro provecho ilícito, destruyere, ocultare o deteriorare una cosa de su propiedad, o se infiriere o se hiciere inferir una lesión personal o agravare voluntariamente las consecuencias de las que sin su intención o culpa le hubieren sobrevenido, sin perjuicio de las otras penas en que pueda incurrir, si el hecho está reprimido en otro lugar del presente código.
 - El que girare un cheque en cualquiera de las siguientes circunstancias:
 - a) En descubierto;
 - b) Con provisión de fondos insuficientes;
 - c) Sin autorización del librado;
 - d) Contra cuenta o depósitos inexistentes;
 - e) Contra cuenta cerrada;
 - f) El librador de un cheque, que sin justa causa, diera al librado orden de no pagarlo; y
 - g) A plazo o con fecha de pago simulada, si al presentarse el cheque para su pago no hubiere fondos suficientes para recibirlo. Sin embargo, si la expedición del cheque en descubierto o con fondos insuficientes obedeciere a un simple error, no habrá delito si el girador paga el cheque dentro de los tres días siguientes a aquél en que fuere requerido al efecto por un notario o por una autoridad judicial.

El fiador de haz que se desprendiere de modo voluntario o de modo forzoso por él procurado, de los bienes inmuebles que tenía cuando dirigió la garantía, dejando esta en descubierto, si previamente no diere cuenta de ello al tribunal, presentándole al mismo tiempo a su fiado”

1988, siguiendo la tendencia del Derecho alemán, de incluir en el tipo penal de manera expresa que la conducta engañosa que motivaba el error en que incurría la víctima y la convención de realizar la disposición patrimonial, debía darse mediante la deformación de hechos falsos, o la deformación u ocultamiento de hechos verdaderos; es decir, que el engaño debía ser sobre hechos¹⁸⁸.

Pese a la crítica que se hace a estos conceptos por ser contradictorios y reiterativos, constituyen según lo estima el doctor Castillo, un indicador que aclara las modalidades que puede asumir una misma acción¹⁸⁹.

A mi parecer, puede constituir más bien un retroceso en la dirección de crear un tipo genérico de estafa¹⁹⁰.

Con el análisis efectuado, en relación con la figura penal de la estafa, en la normativa penal costarricense, el interés se orientó a determinar si se ha dado algún tipo de regulación que sirva de antecedente a la figura delictiva que nos ocupa, sea el fraude colectivo. De los artículos citados, es posible concluir que no se ha dado en nuestra legislación penal ninguna referencia o conceptualización del fraude colectivo. En las primeras legislaciones estudiadas, las de 1841, 1880, 1924 y 1941 esto es comprensible, ya que los fraudes colectivos, surgen en Europa a mediados del siglo pasado, en los años cincuenta y se presentan en nuestro medio mucho tiempo después, ubicando los principales en los años ochenta.

Sin embargo, se da el dato curioso que en los Códigos Penales de 1880, 1924 y 1941 legislación con influencia en la normativa penal española, en sus artículos 493, 382 y 281 respectivamente, hace referencia a un tipo de delincuente diferente del común: aquel que defraudare a otro atribuyéndose poder, influencia o crédito; aparentando bienes, crédito, comisión, empresa o negociación imaginarios, o valiéndose de cualquier otro engaño semejante; de esta forma hace referencia, aunque modesta, a características que presenta el fraude colectivo, existentes en el sujeto que lleva a cabo

¹⁸⁵ CODIGO PENAL, art. 216.

¹⁸⁶ CASTILLO GONZALEZ, (F), "El delito de Estafa", *op cit.* p. 87.

¹⁸⁷ CASTILLO GONZALEZ (F), *Ibidem* p. 47. " En los Códigos Penales costarricenses de 1841, 1880, 1924 y 1941, se mantuvo siempre un mismo patrón, proveniente, directa e indirectamente, del Derecho Penal Español. El Código Penal de 1970 , antes de la reforma de 1988, siguió el modelo italiano. A pesar de esta diversidad de legislaciones, si hubo en nuestro derecho un desarrollo jurisprudencial , que marca etapas en el desarrollo de concepto de estafa.

la conducta engañosa, como alguien que puede hacer creer que posee poder, influencia etc; o que su empresa es lícita, sólida económicamente y confiable la inversión.

A parte de lo dicho, no hay ningún otro dato o regulación que me permita encontrar un antecedente directo del fraude colectivo y es que hasta la fecha no se encuentra regulada esta figura delictiva. En el Código de 1970, cuya elaboración sigue el sistema penal italiano, se conceptualiza a la estafa de manera general, incluyendo en el tipo objetivo, los elementos generales de la estafa, sean engaño, error, disposición patrimonial y perjuicio patrimonial; así como el tipo subjetivo del dolo y el animo de lucro, como intención del autor del delito de enriquecerse obteniendo con su actuación ilícita un provecho patrimonial injusto. Pero no se hace referencia al fraude colectivo como forma agravada de ésta, en atención al sujeto pasivo masa que afecta el autor o autores del delito, con su conducta engañosa que los induce a error o los mantiene en él y los motiva a realizar una disposición patrimonial que le proporciona un provecho patrimonial injusto al delincuente y correlativamente un perjuicio patrimonial a la víctima.

La circunstancia que se presenta con este tipo de delincuencia, es que al afectar a una generalidad de personas, reviste notoria gravedad; se lesiona el patrimonio de cada uno pero la finalidad del autor del delito es obtener un beneficio económico cuantioso a partir de la suma acumulada de los bienes dados por éstos.

Por último, en la reforma al artículo 216 del Código Penal vigente, que se realizó en 1988, se sigue la influencia del Código alemán, en cuanto a que la conducta engañosa debe ser sobre hechos, haciendo referencia a que puede darse mediante la deformación de hechos falsos o la deformación u ocultamiento de hechos verdaderos; sin embargo, tampoco se hace indicación como agravante de la figura de los fraudes colectivos, pese a que para esa fecha, ya se habían presentado algunos de éstos. Únicamente en el párrafo que incluye la figura agravada de la estafa relativa a que las penas previstas para la estafa se elevaran en un tercio “cuando los hechos señalados los realice quien sea apoderado o administrador de una empresa que obtenga, total o parcialmente, sus recursos del ahorro público, o por quien, personalmente o por medio de una entidad inscrita o no inscrita, de cualquier naturaleza, haya obtenido sus recursos, total o parcialmente del ahorro público¹⁹¹”.

168 CODIGO PENAL DE COSTA RICA, art. 216 párrafo segundo.

En estos supuestos de agravación de la estafa, podría ubicarse un antecedente por contemplar la figura de los fraudes colectivos, ya que como lo he expuesto, estos se llevan a cabo por medio de la utilización de una empresa o entidad, en apariencia lícita y eficiente; o bien el autor del delito se vale de su puesto, su conocimiento o de ambos, para realizar la conducta engañosa. Esta reforma se da precisamente con motivo de la quiebra de una serie de financieras que se dio en los años ochenta en adelante e iban dirigidas a la generalidad de individuos para captar recursos de estos, que eran precisamente sus ahorros, y luego resultaban estafados ya; pues todo era un engaño, ejemplos de fraude colectivo que más adelante analizaré.

Sin embargo, este es un esfuerzo mínimo por dar respuesta al problema que representan los fraudes colectivos en nuestra sociedad, que surge por reacción al fenómeno coyuntural de la quiebra de varias financieras, pero que no viene a resolver ni a clarificar en el tipo penal aludido agravado, la figura de los fraudes colectivos.

Para concluir baste decir que hasta la fecha no cuenta nuestra legislación con una adecuada regulación de los fraudes colectivos, que como conducta delictiva se ha presentado en nuestro medio y requiere de esa formulación legal, en la categoría de agravante, para poder dar una más justa punición y uniforme sanción a este tipo de delincuencia.

2.-Desarrollo jurisprudencial del fraude colectivo en Costa Rica

En cuanto a los antecedentes jurisprudenciales del fraude colectivo, el interés en su estudio está en determinar si existen en los fallos de nuestros tribunales alguna elaboración jurisprudencial, que haya delimitado la figura del fraude colectivo en nuestro medio y a ello dedicamos este análisis.

De acuerdo con los casos de mayor relevancia que han sido de conocimiento de nuestros tribunales, donde es evidente la existencia de un sujeto pasivo masa estafado, por medio de la conducta engañosa seguida por el autor o autores del delito, los cuales surgen en nuestro medio a partir de los años ochenta y siguen presentándose aún en la actualidad, sin que se cuente con una figura jurídico penal que permita sancionar con justicia y uniformidad su comisión; ya que de considerar cada acción que realiza el autor

del delito de manera independiente, serían estafas menores, debido a que el importe estafado es de bajo monto; con una pena baja.

En el supuesto de aplicar el delito continuado, como ya lo exprese líneas atrás, tendría que variarse la naturaleza del delito continuado, que fue ideado para favorecer al reo y entonces habría que aplicarlo para perjudicarlo imponiéndole una pena más severa. Pero es que analizada la figura del fraude colectivo, éste no es una acción continuada en sentido estricto, sino que se trata de una conducta engañosa con un sujeto pasivo masa, lo cual lo hace diferente y especial, al lado de otro tipo de fraudes; ya que por tratarse de un delito patrimonial, su tipificación debe buscarse en la figura de la estafa, pero no como una forma común de esta, sino agravada; pues el reproche hacia el autor del delito debe ser mayor, puesto que su propósito desde el inicio de la actividad delictiva es obtener un provecho patrimonial cuantioso, suma de los bienes e importes dados por sus víctimas.

Para el doctor Francisco Castillo, el desarrollo jurisprudencial de la Estafa, se puede establecer en nuestro medio en tres etapas que van, la primera de 1988 a 1926, la segunda de 1926 a 1946 y la tercera de 1946 a 1988. En la primera etapa la jurisprudencia establece la distinción entre dolo civil del dolo penal y que el ardid debe ser grave para lograr inducir a error a un hombre medio. En la segunda etapa se continúa perfeccionando el criterio del ardid grave; es decir, idóneo, ya que la función del derecho penal, no está en proteger a los imprudentes ni a los tontos. Se habla del ardid en abstracto, con fundamento en lo cual la simple mentira no era constitutiva de estafa y, para darse el engaño, debían concurrir elementos exteriores que la avalen. En la tercera etapa se desarrolla el criterio del ardid en concreto; es decir, valorando la idoneidad del engaño de acuerdo con la situación concreta del ofendido; su educación, personalidad, etc; dicho criterio se sigue aún en nuestra jurisprudencia¹⁹². En este análisis histórico de la estafa, en las etapas que puntualiza el doctor Castillo, no se establece ningún antecedente con el fraude colectivo.

Los fraudes colectivos se han dado en nuestro medio a través de empresas que venden clubes de viajes, viviendas, planes y fondos de inversión, etc; y es en relación con el tratamiento que nuestra jurisprudencia le ha dado a estos casos, que se desarrolla este aparte de la investigación. Como ejemplo se analizan algunos casos que se han

¹⁶⁹ CASTILLO GONZALEZ, (F), "El delito de Estafa " op.cit. P. 47 a 59.

dado en esas tres esferas, de venta de vivienda, venta de clubes de viajes y planes de inversión o financieras.

2.1.- Fraude colectivo en relación con la venta de viviendas

La venta de viviendas en nuestro medio, para el año ,1993 se promociona por parte de la empresa Invercasa- Procasa la venta de viviendas por medio de una serie de beneficios y facilidades para su adquisición; además de incentivos y premios por participar en el sistema. Esta propuesta atractiva se dirige al público por medio de anuncios publicitarios, en la radio y la prensa, para atraer a los posibles suscriptores de dicho plan. De esta forma los imputados llegan a con la propuesta un grupo considerable de personas, presentándoles una empresa, aparentemente bien organizada , con solidez económica y eficiencia administrativa. Demostraba confianza empezando por sus instalaciones, siguiendo con los folletos de información, así como por cartas remitidas a los clientes, personal encargado de la distribución de las ventas, presentación física del lugar y planeamiento del proyecto, todo lo cual les hacia creer que se trataba de un plan confiable, mediante el cual podían adquirir sus viviendas. Por eso se decidían a invertir su dinero en el proyecto; resultando estafados, ya que todo constituía una mera apariencia, para inducirlos a error.

En este proceso se condenó a F.A.J.G y C.M.C.S., por los delitos de trescientas cincuenta y ocho estafas en modalidad de delito continuado, en perjuicio de C. M. N. F. y otros.

Vemos que la solución que el Tribunal le da a este caso, es según la figura del delito continuado.

Esta sentencia fue confirmada por la Sala Tercera Penal mediante resolución de las catorce horas del 18 de abril de mil novecientos noventa y seis.

En cuanto a dicha resolución, manifestó la Sala: “ (...) *La inconformidad de la defensa radica en que el fallo sostiene que las empresas fueron creadas como un mecanismo para estafar a los clientes, pero a la vez se dictó absolutoria respecto a algunos afectados. Sin embargo, esto no implica ningún contrasentido, pues lo primero se refiere en general al modus operandi de los justiciables F.A.J.G y C.M.C.S., mientras que lo segundo está relacionado propiamente con casos concretos, en los cuales, ante la*

falta de material probatorio, se decidió absolver a los imputados de toda responsabilidad (ver folios 1106 y 1107, Tomo II de la sentencia). Que la empresa se haya creado para estafar - según estimaron los juzgadores- no significa tener por demostrado automáticamente que todos los denunciados fueron víctimas de un engaño o sufrieron un perjuicio efectivo, lo cual fue sometido a análisis caso por caso, de modo que la absolutoria de los encartados respecto a algunas personas que en principio se consideraron ofendidas no produce ningún vicio lógico, ya que el Tribunal señaló razones fundadas en la prueba para sustentar ese criterio. Se trata de juicios que no son antitéticos, pues su razón de ser deriva válidamente de las circunstancias probatorias señaladas en el fallo, motivo suficiente para que este extremo sea declarado sin lugar (...). El fallo indica claramente, con base en la prueba introducida al debate, la forma cómo se manejaron los dineros de la empresa Invercasa y la responsabilidad que le cabe al imputado Jara Guzmán en esas acciones (ver folios 1051, 1052, 1060 a 1063 del tomo segundo de la sentencia) (...) Además, se establecen abundantes razones para sostener que las llamadas "subastas" eran objeto de manipulación por parte de los encartados F.A.J.G y C.M.C.S., lo cual se relaciona también con las "cartas de avalúo" y con el resultado de las supuestas adjudicaciones, señalándose en detalle los elementos de juicio que permitieron derivar esas conclusiones (ver folios 1051 a 1060 del tomo segundo del fallo). Asimismo, se consignan los motivos enteramente razonables que sirvieron para determinar que los agentes vendedores de la empresa fueron instruidos por los acusados F.A.J.G y C.M.C.S. para engañar a los clientes, ocultándoles las verdaderas condiciones del contrato o bien ofreciéndoles documentos en que se acreditaría el pago de cuotas adelantadas para facilitar la obtención del préstamo (ver folios 1050 a 1051 del tomo segundo del fallo). Del mismo modo, el análisis que se hace de la propaganda a través de los medios de prensa y de las cláusulas de los contratos es razonable y coherente con el resto de la prueba, por lo que en cuanto a ese extremo, no se observa tampoco ninguna arbitrariedad (ver folios 1050 y 1051; 1055 a 1057 del tomo segundo de la sentencia). Lo que ocurre es que las acciones de los sentenciados deben ser vistas en el contexto total del fallo y relacionadas con los resultados específicos que produjeron, lo cual permite comprender el modus operandi y el perjuicio que se causó a las personas que se detallan en la resolución recurrida. Por lo demás, la responsabilidad

del encartado F.A.J.G en los hechos relacionados con la empresa "Procasa" está claramente determinada en el pronunciamiento que interesa, con base en inferencias lógicas, derivadas válidamente de la prueba (ver folios 1095 y 1096 del tomo segundo del fallo) (...) Añade que en este caso, según el acta de debate, fueron resueltas treinta excepciones de prescripción y respecto a esos hechos su patrocinado fue sobreseído, por lo que, tratándose de un único delito, existe cosa juzgada en su totalidad, ya que los sobreseimientos se dieron por los mismos hechos descritos en la sentencia, en los cuales el sujeto pasivo no es elemento esencial. El alegato no es atendible. Según dispone el artículo 77 del Código Penal: "Cuando los delitos en concurso fueren de la misma especie y afecten bienes jurídicos patrimoniales, siempre que el agente persiga una misma finalidad, se aplicará la pena prevista para el más grave, aumentada hasta en otro tanto." El delito continuado, en consecuencia, se integra con una pluralidad de acciones en concurso, que reciben tratamiento unitario solamente para efectos de determinar el quantum de la respectiva sanción. Esto significa que, antes de dictarse una sentencia condenatoria, cada uno de los hechos conserva su individualidad. Lo anterior cobra importancia a la luz de lo dispuesto por el último párrafo del artículo 83 del Código Penal, en el cual se indica que: "En el caso de juzgamiento conjunto de varios delitos, las respectivas acciones penales que de ellos resulten, prescribirán separadamente en el término señalado a cada uno." Por ende, no lleva razón la defensa cuando sostiene que la declaratoria de prescripción de la acción penal respecto a ciertas acciones que eventualmente hubieran integrado el delito continuado, debe extenderse a la totalidad de los hechos sujetos a investigación. El error de la recurrente consiste en analizar la figura que interesa como "una realidad", esto es como un todo inescindible, sin tomar en cuenta que el delito continuado se integra más bien con una pluralidad de acciones típicas e independientes, que se unifican desde el punto de vista jurídico al momento de dictarse sentencia condenatoria, con el objeto de fijar adecuadamente la pena a imponer. Por ende, aunque los juzgadores dictaron sentencia de sobreseimiento por prescripción de la acción penal respecto a algunas acciones acusadas (ver folios 29 a 44 del Tomo XII del expediente), lo cierto es que se trata de hechos individuales, claramente diferenciables de los que motivaron la sentencia condenatoria, de manera que resulta inadmisibles la tesis de que en este caso existe cosa juzgada respecto a la totalidad de los hechos

objeto del proceso, según reclama por error la defensa. En consecuencia, lo procedente es rechazar el alegato (...). Ahora bien, desde el punto de vista lógico-jurídico nada impide que un mismo agente lleve a cabo distintas acciones que, por su naturaleza intrínseca, integren dos o más delitos continuados, como ocurriría, verbigracia, si alguien -aprovechándose de su cargo- cometiera una serie de delitos de Peculado en perjuicio del patrimonio de la Administración Pública y posteriormente llevara a cabo varios delitos de Estafa en daño de diferentes empresas privadas. En esta hipótesis, los delitos del primer grupo no son de la misma especie que los del segundo grupo y debido a que corresponden a ocasiones o situaciones totalmente diversas, no podría sostenerse la existencia de una misma finalidad o designio criminal. Sin embargo, la Sala estima que los argumentos anteriores, utilizados para resolver este ejemplo, no son aplicables al caso que nos ocupa. Para afirmar la existencia de dos delitos continuados independientes (en concurso material), los juzgadores argumentaron que los encartados no habían actuado con un mismo designio criminal, puesto que: "(...) INVERCASA terminó sus operaciones en abril o mayo de mil novecientos ochenta y siete, ante la investigación de que era objeto por las autoridades, que entendió el Tribunal, clausuraron sus oficinas, de manera que con esta actividad policial, el capítulo de estas defraudaciones concluyó. Aproximadamente seis meses después, en noviembre de mil novecientos ochenta y siete, al amparo de una nueva sociedad anónima, modificando en parte el modus operandi de la defraudación (...) y colocando en forma engañosa a un tercero para que los sustituyera física y jurídicamente, los imputados F.A.J.G y C.M.C.S., iniciaron la ejecución de una nueva ilicitud, en este caso de PROCASA, que si bien se parece a la anterior, no puede ser continuación de la otra (...)" (ver folio 1109, líneas 1 a 14, Tomo Segundo de la sentencia). Tal argumentación no es acertada ya que, en primer lugar, el cierre de INVERCASA se debió a una causa fuera del control de los acusados F.A.J.G y C.M.C.S., esto es, la intervención de las autoridades policiales y la investigación judicial subsiguiente, de manera que ese hecho no puede tomarse como evidencia de la finalización del propósito delictivo, al punto que sólo sirvió para contener a los imputados por un lapso más o menos de seis meses, que fue utilizado precisamente para echar a andar la otra sociedad y continuar con el mismo designio que los animó desde un principio, o sea, defraudar a tantas personas cuantas fuera posible, a través del

supuesto sistema de financiamiento. Ese período de tiempo, transcurrido desde el cierre de INVERCASA y hasta la entrada en funcionamiento de PROCASA, no es suficiente por sí mismo para romper la continuidad de las acciones, máxime que, como ya se dijo, el cierre de la primera de esas compañías responde exclusivamente a una actuación judicial, ajena a la voluntad de los sujetos activos, sin desconocer que el lapso comprendido entre el cierre de una empresa y la apertura de la otra, fue usado por los inculcados para organizar y preparar el mecanismo que les permitiría continuar su actividad delictiva. Por lo demás, aunque al iniciar operaciones la segunda sociedad se produjeron algunos cambios en el "modus operandi", lo cierto es que esas modificaciones parciales lejos de evidenciar un cese de la actividad delictiva, más bien representan una técnica más depurada y una mejor expresión del mismo designio criminal. Tanto es así que, respecto a la empresa PROCASA, en el hecho probado número 2), la sentencia indica expresamente que: "Habiendo sido denunciados los imputados F.A.J.G y C.M.C.S., ante las autoridades judiciales a partir del mes de abril de mil novecientos ochenta y siete, por infinidad de personas perjudicadas en la operación fraudulenta de la firma Invercasa Sociedad Anónima, que les pertenecía y cuya actividad ilícita cesó por esa circunstancia; con la finalidad de explotar nuevamente la buena fe y la necesidad de personas de escasos recursos económicos (...), estando constituida legalmente la firma PROCASA DE COSTA RICA SOCIEDAD ANONIMA, los encartados F.A.J.G y C.M.C.S. en el mes de octubre de mil novecientos ochenta y siete, acordaron poner en actividad esta persona jurídica..." (folio 611, líneas 15 a 28, la negrita es suplida). Además, en el análisis probatorio de la situación de PROCASA, los juzgadores sostienen que: "Con su ejercicio en el medio comercial, se puso en práctica el plan defraudatorio en términos similares al usado en Invercasa, promovido por F.A.J.G y C.M.C.S (...)" de tal forma que: "(...) la oferta dirigida a una parte de la población costarricense, reviste las mismas características que el Tribunal comentó en el capítulo relacionado con la defraudación de Invercasa". (Ver folio 1087 del Tomo Segundo de la Sentencia). En resumen, si analizamos la totalidad de los hechos que el a quo tuvo por ciertos, los cuales abarcan la pluralidad de acciones ejecutadas mediante ambas empresas (INVERCASA y PROCASA), nos damos cuenta que estamos en presencia de un solo delito continuado, en tanto se trata de acciones de idéntica especie, violatorias del mismo bien jurídico y

*ejecutadas homogéneamente por las mismas personas, de donde debe deducirse que los encartados Jara y Cascante actuaron en todo momento impulsados por una misma finalidad o propósito delictivo. Por ende, llevan razón los recurrentes al señalar que la calificación jurídica asignada a los hechos, así como la pena impuesta a los encartados no se ajusta a lo dispuesto por el artículo 77 del Código Penal*¹⁹³.

2.2- Fraude colectivo mediante venta de clubes de viaje

En este caso, al igual que en el de vivienda, desde el inicio los delincuentes organizan una empresa, que en apariencia es lícita, opera de manera ordenada, eficiente y utilizando recursos de infraestructura, como instalaciones adecuadas, folletos de información, grupo de personas encargadas de la contabilidad, las ventas etc, hacen pensar a las personas que se el proyecto es organizado, que el mismo es confiable y seguro, y por ello invierten resultando estafados.

En este caso el Tribunal tubo por acreditados los siguientes hechos:

Que A.V.D., L.A.F.M. y J.C.A., en el período comprendido entre los años 1980 a 1984, laboraron para la empresa LACSA, desempeñando funciones relacionadas con la promoción y venta de clubes de viajes, surgiendo entre ellos una relación de compañerismo y amistad, por cuyo motivo al dejar de laborar para LACSA, se pusieron de acuerdo y adquirieron la sociedad de Viajes Receptivos Virsa S.A., para dedicarse a la venta de tiquetes aéreos, concedores de la productividad del negocio. Posteriormente en ese mismo año de 1984, los ajusticiados, convencidos de que el negocio de venta de tiquetes aéreos era rentable y con el propósito de consolidar económicamente a la Agencia de Viajes constituyen otra empresa, para el financiamiento de tiquetes aéreos o electrodomésticos por medio de clubes de viajes, denominada Sistemas de Clubes Virsa S.A., fungiendo en su Junta Directiva A.V.D., como Presidente, L.A.F.M. como Secretario y J.C.A. como Tesorero, correspondiéndole a los tres la representación judicial y extrajudicial de la misma, con facultades de apoderados generalísimos. Esta empresa que inició funciones sin ningún tipo de aporte de capital por parte de los socios. De esta

¹⁷⁰ SALA TERCERA DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA.- San José, a las catorce horas con cuarenta minutos del dieciocho de abril de mil novecientos noventa y seis.-

forma, los ajusticiados, utilizaron las sociedades Agencia de Viajes Receptivos Virsa para promocionar la venta y financiación de tiquetes aéreos de viaje o la adquisición de electrodomésticos o muebles, siendo los tres socios en ambas empresas y fungiendo como gerente general el imputado J.M.C.A.

Para la promoción de los clubes de viajes, confeccionaron un contrato sumamente atractivo para el cliente, donde se establecía que al cancelar la cuota número 25 a 50, sin estar moroso, tenía derecho a utilizar los servicios de cualquiera de las compañías de aviación que prestaban servicios a Virsa, o bien comprar electrodomésticos o muebles, en cualquiera de las empresas autorizadas por la referida sociedad, siempre que rindiera la garantías satisfactoria del pago de las cuotas restantes, e igualmente el socio podía anticipar la cancelación del número de cuotas que le faltaban para ajustar la 50, después de haber transcurrido quince semanas del primer sorteo, con el propósito de poder utilizar el monto del contrato, siendo que también podía el cliente utilizar el mencionado contrato cuando resultaba favorecido con el sorteo semanal de la lotería nacional o con la cancelación de la totalidad de las cuotas en el plazo correspondiente.

Los ajusticiados, además para proyectar una apariencia de estabilidad y de honradez de la empresa Sistemas de Clubes Virsa S.A. ubicaron sus oficinas en esta ciudad, en el edificio Cristal, 100 mts. al norte y 50 mts. Al oeste del Hotel Costa Rica y contrataron indistintamente los servicios de secretarías y agentes vendedores, que laboraban vendiendo el contrato referido, en todo el territorio nacional utilizando además para la promoción de estos, los medios de comunicación colectiva, para influir en el público y lograr que muchas personas suscribieran dichos contratos, como efectivamente sucedió.

De esta forma, los agentes vendedores, contratos para la promoción de los contratos previamente confeccionados, se desplazaron por el territorio nacional, convenciendo a los clientes que suscribieran el referido club, destacando para ello los beneficios del mismo, en cuanto les permitía utilizarlo para viajar o adquirir un electrodoméstico con solo cancelar la cuota veinticinco, sin necesidad de pagar la totalidad del club, además existía la posibilidad de resultar favorecido con el sorteo de la lotería nacional, lo que automáticamente lo facultaba a utilizar el club. Razones ante las cuales, el cliente, procedía a suscribirlo, comprometiéndose a pagar el monto acorde con

el valor del tiquete de viaje que deseaba efectuar o el electrodoméstico que tenía interés en adquirir, cancelándolo en cuotas consecutivas, semanales, quincenales o mensuales.

Fue de esta manera, como a partir del año de 1984, la empresa Sistemas de Viajes Virsa S.A., se desarrolló, debido a la gran cantidad de personas que suscribieron el contrato por todo el territorio nacional, ante lo cual, los ajusticiados aprovechándose de esta situación de bonanza económica de la empresa procedieron a utilizar sin ningún tipo de control los fondos que ingresaban a la misma, en negocios y actividades ajenas a la empresa Sistemas de Viajes Virsa S.A. los cuales se reponían con los contratos que realizaban los nuevos suscriptores de dichos clubes, por ese motivo era posible que la empresa siguiera funcionando, a pesar de que en su condición de miembros de la Junta Directiva de Virsa los condenados, no llevaban actualizados los libros contables, ni ningún tipo de control financiero, y así se valieron de esa libertad de actuación dentro de la misma, para evadir la responsabilidad proveniente del incorrecto manejo de los fondos que ingresaron a ésta y de la obtención de beneficios económicos captados del dinero que cancelaban los clientes en sus cuotas, siendo parte del dinero depositado en la cuenta corriente personal del ajusticiado A.V.D.

Debido a la actuación irresponsable de los enjuiciados, en la utilización de los fondos de la empresa, provenientes de las cuotas que cancelaban los clientes, se produjo un déficit económico a partir del año 1985, que era sostenido por el manejo revolutivo de las sumas de dinero que ingresaban a la empresa, por motivo de nuevos suscriptores, ya que a pesar de la situación económica mencionada continuaban vendiendo los clubes de viajes, y captando el dinero de los clientes, siendo consistentes los tres, que por la deplorable situación económica que existía en la empresa no podían cumplir con el contrato. A pesar de ello, continuaron con la venta de dichos clubes, proyectando una apariencia de estabilidad manteniendo sus oficinas en esta ciudad capital, el servicio de agentes vendedores y secretarias, por cuyo motivo, los clientes también influenciados por los medios publicitarios y creyendo que la empresa funcionaba normalmente continuaban suscribiendo los mencionados contratos.

Por los hechos referidos, y directamente como consecuencia de la actuación descrita despegada por los ajusticiados, sucedió que cuando los ofendidos, cancelaban el importe total del club, o se acogían al pago adelantado de las cuotas para completar

las cincuenta o en su defecto resultaban favorecidos con el sorteo de la lotería nacional y podían disfrutar de los beneficios del contrato, sea viajando o adquiriendo un electrodoméstico, según lo convenido, se presentaban a las oficinas de la empresa en mención para realizar los trámites correspondientes, se les refería una serie de excusas y evasivas para atrasar dichos trámites y los citaban en fechas variadas, en algunos casos para que firmaran un pagaré o cancelaran algunas cuotas a sabiendas de que no podían cumplir con el contrato referido. Logrando de esta forma su único objetivo, que era seguir captando dinero del cliente, para obtener beneficios económicos, frustrando de esa manera que disfrutara del contrato aludido, causándoles un perjuicio económico, equivalente al monto del contrato que suscribieron.

En otros casos, los aquí imputados, también para evadir la responsabilidad con los clientes, aproximadamente a finales del año de 1986 y en el año de 1987, en que se agravó la situación económica de la empresa Sistemas de Viajes Virsa S.A por las razones indicadas, despidieron a varios cobradores y agentes vendedores, de donde muchos clientes dejaron de cancelar sus cuotas, debido a que no se les cobraban tal y como se había convenido inicialmente, luego cuando llegaban a la empresa a reclamar esa situación, se les refería que no podían disfrutar de los beneficios del contrato por haber incumplido con el pago de las cuotas, aplicándoles la cláusula número cinco incisos a y b, del mencionado contrato, según fuera el caso, de esta manera justificaban el no otorgamiento del club, a pesar de ser responsables de esa situación, producto de su incorrecta manera de administrar los fondos de la empresa que motivó el despido de los cobradores, para perjudicar a los clientes que suscribieron dichos contratos.

Posteriormente, mediante Asamblea General del 4 de setiembre de 1986, los enjuiciados decidieron limitar la actuación de cada uno de los socios, a la suma de veinticinco mil colones, y establecieron la posibilidad de negociar por montos mayores, solo en caso de que intervinieran dos socios, para tal efecto, sin embargo, siempre se mantuvieron los tres como personeros de la sociedad Sistemas de Viajes Virsa S.A y continuaron con el negocio de la venta de los clubes, y beneficiándose económicamente con el mismo, a pesar de existir problemas personales entre ellos motivados por la difícil situación económica de la empresa. Fueron tan graves las desavenencias presentadas entre los socios, que a finales del año de 1986, A.V.D. informó a la Municipalidad de San

José, que se constituía en el único socio de la empresa Sistemas de Viajes Virsa S.A, haciéndose cargo de la empresa y siguió negociando con la empresa de viajes Ovni los tiquetes aéreos y no con la agencia de viajes Virsa que era administrada por los coimputados L.A.F.M. y J.C.A., utilizando A.V.D para cancelar las deudas de la empresa Sistemas de Viajes Virsa S.A, una serie de pagarés firmados por los clientes de la misma.

En este caso el Tribunal tuvo a los acusados como “autores del delito continuado de estafa, al darse el resultado material concreto del perjuicio económico sufrido por los trescientos veintiséis ofendidos y el enriquecimiento de los tres autores del ilícito valiéndose del engaño; por lo que con su proceder sus conductas se subsumen en lo previsto y sancionado por el artículo 216 inciso 1 del Código Penal, con pena de dos meses a tres años de prisión, como delito continuo, pues se trata de hechos de la misma naturaleza, existe homogeneidad en su ejecución, se da el carácter unitario del bien jurídico violado, existe conexidad temporal y utilización de las mismas relaciones respecto a los afectados. En consecuencia los justiciables se han hechos acreedores a las sanciones penales correspondientes a esos ilícitos, todo en relación a lo dispuesto por el artículo 77 del Código citado, que literalmente indica “cuando los delitos en concurso fueren de la misma especie y afecten bienes jurídicos patrimoniales, siempre que el agente persiga una misma finalidad, se aplicará la pena prevista para el más grave, aumentada hasta en otro tanto”. Ahora bien, tomando en consideración la gravedad de los hechos, porque los acusados tenían dominio de toda la maniobra (latu sensu) y su mecanismo simulado o artificioso (strito sensu), para toda su maquinación que consistió en la asechanza oculta, oculta disimulada, astuta y cautelosa para ocasionar el perjuicio patrimonial a los ofendidos y con ello su enriquecimiento; que se está en presencia de sujetos activos de edad madura y sobre el análisis que de la personalidad de los acusados nos formamos durante el tiempo en que se desarrolló el debate, se estima que el encarcelamiento con la pena a imponer debe guardar la debida relación con la magnitud del delito debiendo considerarse la inanidad y la insensibilidad de los acusados, en quienes no ha habido acto alguno de atrición (...) Así las cosas y aún sin contar con el informe a que se refiere el artículo 71 de la Ley Sustantiva Penal, se

acordó imponer a cada uno de los acusados citados, el tanto de SEIS AÑOS DE PRISIÓN, como autores responsables del delito continuado de Estafa.

La resolución fue confirmada por la Sala Tercera Penal mediante resolución No. 678 de las nueve horas cuarenta minutos del ocho de noviembre de mil novecientos noventa y seis. *“Como bien lo analizó el a quo a partir de los folios 608 y siguientes, las fronteras entre el delito de estafa y el fraude civil son muy cercanas, a veces difícil de precisar. Sin embargo, de acuerdo con todas las pruebas evacuadas en el presente caso, se pudo determinar la existencia del dolo de parte de los tres coautores. El hecho de que algunos de los contratos se hubieran cumplido no desplaza el dolo como pretende el recurrente, sino por el contrario, afirma el modus operandi de los tres imputados. Precisamente al cumplirse algunos de ellos daba la apariencia de un funcionamiento normal, cuando en realidad desde 1984, casi desde el comienzo de las actividades comerciales, ya se manifestaban los síntomas de una administración ciertamente desordenada; no obstante esto y el conocimiento de tal situación los acusados continuaron operando y ofreciendo la venta de clubes, a sabiendas de que no podían cumplir todos los compromisos. Ese conocimiento de la situación económica y financiera de las sociedades denotaba que los tres estaban plenamente conscientes de lo que sucedía y que había unidad de propósito, lo que finalmente se tradujo en una defraudación de millones de colones en perjuicio de trescientos veintiséis clientes. La manera como operaban y el desorden, es lo que permitía utilizar los dineros provenientes de las ventas de clubes, independientemente de que uno de ellos sacara más provecho que los otros. Los tres actuaron con voluntad de propósito. “Cuando un ser humano posee un conocimiento de la causalidad y puede prever las consecuencias de su conducta, puede por tanto, orientar su acción, asignarle direcciones determinadas basándose en el conocimiento que del suceder de las cosas, es decir que de la causalidad tiene” (HENRY ISSA EL KHOURY JACOB y ALFREDO CHIRINO S., “Metodología de Resolución de Conflictos Jurídicos en Materia Penal”, San José, Costa Rica, 1991, p.74). En otras palabras, los inculpados al tener conocimiento del estado de las sociedades y continuar con la venta de clubes como si todo estuviese normal, anticiparon los resultados y por ello se hicieron acreedores a las sanciones penales impuestas. Los tres actuaron con pleno conocimiento del hecho al decidir*

voluntariamente llevar a cabo una finalidad consciente. Los tres son “titulares de la decisión, constituyendo al actividad de cada uno , junto con la de los demás, en virtud de la conexión de sentido dada por la decisión común de acción, un todo unitario” (sic) (ENRIQUE GIMBERNAT, “Autor y Cómplice de Derecho Penal”, Universidad de Madrid, 1966, p. 128) (...)En el cuarto aspecto del motivo se alega el problema de la identificación de la víctima. Según el impugnante es necesario que los trescientos veintiséis ofendidos estuvieran plena y precisamente identificados por sus victimarios desde el momento mismo en que firmaron los contratos. La sala considera que no leva razón el impugnante. Tal identificación es necesaria en delitos simples en donde la relación se establece directamente entre el autor y la víctima, que son la mayoría de los casos. Sin embargo la presente causa es más compleja no solo por el modo de operar los inculpados (sociedades, ventas de clubes, tipo de administración, etc.) sino por la cantidad de ofendidos. Las características de este ilícito excluyen la necesidad de que tal relación sea directa, pues el modus operandi y el tipo de engaño el que hace que las víctimas sean inducidas a error al comprar clubes a los agentes, contratados por las sociedades. Además, desde el momento mismo en que cada uno de los ofendidos suscribió el respectivo contrato nació la relación con los justiciables, hechos que han quedado plenamente determinados en autos. En consecuencia sí se configuró plenamente el delito en todos sus elementos, razón por la cual debe declararse sin lugar este motivo”¹⁹⁴.

2.3.- Fraude colectivo mediante financieras y bancos

En el caso de fraudes colectivos cometidos mediante financieras y bancos, voy a analizar tres procesos, Escalante y Asociados, así como el del Banco Germano y Valorinsa.

Primero analizaré el caso de Escalante y Asociados, el cual se siguió contra J.M.E.S. Y G.S.CH. por los delitos de quiebra fraudulenta y delito continuado de estafa, cometidos en perjuicio de la buena fe en los negocios y el patrimonio de los ofendidos. En este caso el Tribunal, se basó en los siguientes hechos:

¹⁹⁴ 171 SALA TERCERA DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA.- San José, a las nueve horas con cuarenta minutos del ocho de noviembre de mil novecientos noventa y seis, número 678.-

La Sociedad Anónima ESCALANTE Y ASOCIADOS S. A. se encontraba inscrita en el registro Público sección Mercantil, cuyo representante legal era J.M.E.S., quien tenía la representación legal y extrajudicial con facultades de apoderado generalísimo sin limite de suma. El domicilio de la Sociedad era la ciudad de San José, específicamente la empresa tenía su sede en el sétimo piso del Centro Colón; el objeto de la sociedad era emprender actividades comerciales, industriales y financieras. La coimputada G.S.CH. se desempeñaba como Gerente General de la misma y así se acreditaba con las respectivas tarjetas de presentación; con facultades de mando, persuasión y disposición dentro de la misma, y así se presentaba ante los clientes, empleados y ante la prensa, ocupando ese cargo de “hecho” hasta la quiebra de la Sociedad, era administradora, y no una simple empleada, trabajadora o dependiente, ya que a ella no se le encargaba la ejecución de determinadas operaciones de sus actividad comercial, sino por el contrario tenía potestades de mando, ejecución y disposición y gozaba de privilegios dentro de la misma.

La empresa utilizaba diversas cuentas corrientes para cancelar la adquisición de materiales de construcción, gastos por planillas tanto administrativa como mano de obra de los diversos proyectos de construcción, pagos parciales a los inversionistas y la cancelación de intereses sobre dichas obligaciones y el pago de cualquier gasto de tipo general, cuentas corrientes que utilizaba G.S.CH. y que se encontraban a su nombre.

La empresa se dedicaba, entre otros, al diseño y construcción de viviendas, así como al financiamiento de las mismas, de igual manera se dedicaba a la captación de dineros privados de ahorrantes particulares, ofreciendo atractivos intereses a sabiendas de que no podrían cumplir con dichos pagos ya que ofrecían pagar en el año mil novecientos ochenta y seis y mil novecientos ochenta y siete hasta el 38% anual, cuando las tasas de los Bancos Estatales eran inferiores; y para atraer inversionistas gastaban hasta siete millones cuatrocientos mil colones en un período fiscal, en efusiva y colorida propaganda en diferentes medios de comunicación, radio, televisión y periódicos, al punto de que decidieron hacer suya la propia agencia de publicidad, con la proyección de hacer producciones de televisión en su propio estudio; contaban con diez cuentas de publicidad por medio de la cual hacían creer que era una sociedad solvente, estable, fructífera y consolidada administrativa y financieramente, que se dedicaba con

profesionalidad a múltiples proyectos que garantizaban una inversión segura con altos intereses, por ejemplo la publicación que salió en la Nación el Lunes dos de Febrero de mil novecientos ochenta y siete en la página 13C "24 horas, con nosotros su dinero nunca descansa"...Si usted tiene certificados a plazo o depósito a bajo interés. No pierda Más!!! Hoy mismo Se lo actualizamos al 38% anual" Escalante Y Asociados S.A.(ver folio 106, tomo I), situación que reafirmaba personalmente tanto la imputada G.S.CH. como el co-imputado J.M.E.S.

Ambos imputados se encargaban de atender a los clientes que se hacían presentes a las instalaciones de la empresa, le explicaban los proyectos de la misma y les decían que todos esos proyectos eran financiados por inversionistas. Una vez que el cliente entregaba su dinero, la empresa le extendía una letra de cambio a nombre del mismo cliente, a cancelar por Escalante y Asociados a un año plazo y con un interés anual del 38%.

Entre las personas que fueron víctimas de las estafas cometidas por la empresa Escalante y Asociados tenemos a A.S.A. quien depositó la suma de cien mil colones en efectivo, A.M.A.S. quien depositó la suma de veintidós mil colones, V.P.R. depositó la suma de trescientos mil colones en efectivo, J.E.R.T. quien depositó la suma de un millón trescientos mil colones. Posteriormente acuden ante Juzgado Sexto Civil de esta ciudad, tanto el señor G.A.L., como L.P.F., contra la representada por el aquí imputado J.M.E.S., el primero en base a la letra de cambio #1583 de fecha 12 de Marzo de 1986, por la suma de un millón de colones y el segundo en base a la letra de cambio #1860 por la suma de dos millones de colones, por cuanto dicha sociedad no les canceló al vencimiento del título su importe total ni parte de sus intereses.

En base a lo anterior el Juzgado Sexto Civil conforme a la resolución de las siete horas cincuenta minutos del veintiocho de Mayo de mil novecientos ochenta y siete, declaró en estado de quiebra a "Escalante y Asociados S.A.". Dicha Sociedad cesó en sus pagos en forma general y no particular no sólo por las dos solicitudes que ahí se tramitan sino ante otros despachos Judiciales se efectuaron iguales solicitudes, por lo que se fijó el estado de quiebra del veintiocho de Febrero de mil novecientos ochenta y seis.

Según estudio contable realizado por la sección de Contables del O.I.J., de acuerdo con los libros legales de la fallida, del 30 de setiembre de 1986 en adelante no hay anotaciones que indiquen que la empresa operó hasta la fecha en que se decretó la quiebra de Escalante Y Asociados. La contabilidad no se ajustó a los principios aceptados en esta materia, observándose irregularidades en los libros, diferencias entre las que presenta el balance de situación y lo reportado a tributación directa, aparecen deudores de la empresa mediante emisión de 32 letras de cambio, empresas públicas que a su vez se hallaban ligadas a Escalante y Asociados S. A., desconociéndose si tales letras fueron contabilizadas, así como que las cuentas corrientes utilizadas por la empresa fallida se encontraban a nombre de terceros. El perjuicio sufrido por los inversionistas, supera los DOSCIENTOS MILLONES DE COLONES. En Escalante y Asociados no se cumplió debidamente con lo exigido por el Código de Comercio, en cuanto a los libros contables; siendo indispensable que al efecto los comerciantes están obligados a llevar como un libro de Balances e Inventarios, un Diario y un Mayor en los que no deben existir raspaduras ni entrerreglonaduras, y donde cualquier equivocación u omisión debe salvarse por medio de un nuevo asiento; siendo que en los libros de la citada empresa se observan irregularidades tan graves, como que el libro de Inventario y Balances presenta dos Balances de Situación y dos Estados de Resultados del período 1986, el primero lo anulan para dejar vigente el segundo, y ambos presentan resultados totalmente distintos, por ejemplo el folio 24 del primero muestra una pérdida de cuarenta y cinco millones setecientos cuarenta y ocho mil trescientos treinta y ocho colones con cincuenta y cinco céntimos, y el segundo una pérdida de cuarenta y ocho mil trescientos treinta y ocho colones con sesenta y tres céntimos, o se da una variante millonaria por la suma de cuarenta y cinco mil seiscientos noventa y nueve mil novecientos noventa y nueve colones con noventa y dos céntimos, en el segundo Estado de Resultado se consigna la cuenta "OTROS PROYECTOS" con un monto de cuarenta y cinco millones setecientos mil colones exactos, y según anotaciones del Libro Diario se comprueba que "OTROS PROYECTOS L.P." no registró otros movimientos en el período, la anotación que se corrió con asiento primero de folio 39 del Libro Diario se sustenta en el "TRASPASO DE ACTIVOS". Los libros presentan tachaduras, raspaduras, borrones y números remarcados, sumas con diferencia entra cargo y crédito. De los libros de Diario,

Mayor y de Balances se desprende que se trabajó sin apego a los principios generalmente aceptados en contabilidad, que establecen la delimitación e identificación del ente económico, las bases de cuantificación de sus operaciones y la presentación de la información financiera cuantitativa por medio de los estados financieros. Las declaraciones Juradas del Impuesto Sobre La Renta para efectos de la Auditoría sólo reflejan que los asientos de contabilidad no están hechos de Buena Fe, porque todo incide en forma directa en la obtención y presentación de Estados Financieros parcializados e Irreales, ya que existe una diferencia neta entre Balances al 30 de Setiembre de 1986 de la misma empresa en la suma de noventa y nueve millones ochocientos noventa y cinco mil quinientos ochenta y cuatro colones, y en el comparativo muestra un incremento y variante que se hizo a cada partida. En el Libro de Inventario y balances de folio 24 y 28 y Estados de Resultados de Escalante y Asociados con la declaración jurada del impuesto sobre la renta período de octubre de 1985 al 30 de Setiembre de 1986 se obtiene una pérdida millonaria de setecientos cuarenta y cinco millones setecientos cuarenta y ocho mil trescientos treinta y ocho colones con cincuenta y cinco céntimos pero luego aparecen ante Tributación Directa con una utilidad de quinientos cincuenta y tres mil trescientos ochenta y seis colones con quince céntimos.

Escalante y asociados captaba dineros de los inversionistas de un 33% a un 43% anual, dineros que trasladaba posteriormente a otras Sociedades donde J.M.E.S. era el dueño del 100% de la acciones de esas empresas subsidiarias y tenía la representación Judicial y extrajudicial de la serie de empresas tales como Inversiones Karla Patricia S.A., Corporación Carta Vieja Occidental S.A., Agroexportaciones Escalante S.A., Calzado y Componentes S.A., Remodelaciones R.C.A S.A. y Constructora Colón S.A., todas ellas es lo que se llama "Holdings", o sea, un grupo de interés económico, toda vez que captaba dineros del público y lo inyectaba en otras sociedades subsidiarias a la empresa matriz que era Escalante y Asociados S.A.; del sustento de lo dicho se localizaron treinta y dos letras de cambio en las que éstas personas jurídicas aparecen como deudoras, y garantizan deudas a favor de Escalante y Asociados S.A.

Con fundamento en los hechos acreditados así como en la prueba existente, el Tribunal condeno a los imputados J. M. E. S. y G. S.CH. por los delitos de QUIEBRA FRAUDULENTE Y DELITO CONTINUADO DE ESTAFA, cometidos en perjuicio de La

Buena Fe en los Negocios y el patrimonio de los ofendidos, en Concurso Material y por tal razón se les impuso a cada uno de ellos la pena de veinte años de prisión por el delito Continuo de Estafa y seis años por el delito de Quiebra Fraudulenta, para un total de VEINTISEIS AÑOS DE PRISION que en razón de la penalidad del concurso material se les adecua a VEINTICINCO AÑOS de prisión.

La sentencia fue confirmada por la Sala Tercera Penal, mediante resolución de las nueve horas quince minutos del tres de marzo del dos mil¹⁹⁵. Entre las consideraciones mas importantes que tuvo la Sala para confirman la resolución del Tribunal, tenemos “(...) que la defensora sostiene que el Tribunal de instancia aplicó de manera equívoca las reglas del concurso material de delitos, cuando procedía aplicar el principio de especialidad del concurso aparente de normas, pues en ambos casos se trata – en su criterio - de engaños en perjuicio del patrimonio. Considera, que la quiebra fraudulenta absorbe a la estafa. Solicita a la Sala que así lo declare e imponga a la imputada G.S.CH., pena de dos años de prisión y le conceda el beneficio de condena de ejecución condicional. Subsidiariamente, pretende se recalifique la conducta demostrada, de modo que en lugar de co-autora, se le declare cómplice (no indica de cuál delito), para que de acuerdo al artículo 74 del código sustantivo, se le disminuya discrecionalmente la pena impuesta. La inconformidad a criterio de la Sala no puede acogerse, toda vez que, la adecuación típica que realizó el Tribunal, cumple con las exigencias de fundamentación requeridas en el aspecto jurídico, no sólo en cuanto se refiere a elementos probatorios cognoscibles, sino porque las normas penales utilizadas, fueron las que se adecuaban a los hechos demostrados. No lleva razón el recurso en cuanto se pretende aplicar una relación de especialidad, pues los bienes jurídicos afectados fueron dos: el patrimonio (en el caso de la estafa) y la buena fe en los negocios (en el caso de la quiebra), de modo que el injusto de la estafa (que de por sí tiene una penalidad mayor) no puede abarcarse o subsumirse por la quiebra fraudulenta, pues esta última protege no sólo a quienes fueron defraudados en su patrimonio, sino a toda la masa de acreedores, que aún no siendo engañados, sí resultaron perjudicados por las maniobras indebidas que no

¹⁹⁵ ¹⁷² Res: 2000-00239.

*permitieron reconstruir el acervo patrimonial de la fallida. Luego, consideró la Sala que tampoco puede recalificarse la conducta de la encartada como una complicidad, pues se demostró que junto con el acusado J.M.E.S. realizó las acciones delictivas, no de manera accesoria o secundaria, sino con aportes causalmente relevantes para producir el resultado desaprobado*¹⁹⁶.

En el caso del Banco Germano, en este proceso el Tribunal tuvo por acreditados los siguientes hechos:

En abril de 1983 se constituye la Sociedad anónima denominada Financiera Germano Centroamericana S.A, con domicilio en San José. Dicha Empresa quedó inscrita en el Registro Público el día 3 de mayo de ese mismo año. Posteriormente se procedió a modificar el pacto constitutivo de Financiera Germano Centroamericana S.A, a fin de convertirla en una sociedad anónima con carácter eminentemente bancario, por lo cual se le denominó "Banco Germano Centroamericano Sociedad Anónima", manteniendo el mismo domicilio. El capital social se fijó en la suma de cien millones de colones, representado por diez mil acciones de diez mil colones cada una, de las cuales el imputado Rodríguez Rodríguez participó como socio capitalista con cuatro mil seiscientos cuarenta y nueve acciones, por un valor de cuarenta y seis millones cuatrocientos noventa mil colones.

Se estableció que la representación judicial y extrajudicial con facultades de apoderados generalísimo sin límite de suma del citado Banco, correspondía al Presidente y Vicepresidente de la Junta Directiva, en esa oportunidad se nombró como Presidenta de la sociedad de marras a la acriminada E.F.M., se nombró como Gerente General al justiciable J.A.R.R., quien contaba con las mismas facultades de representación con las que contaba la Presidenta de la Junta Directiva, y el cual detentaba formalmente la jefatura inmediata del personal y de las dependencias del banco, igualmente, se nombró como Sub- gerente al encartado J.V.K.F., como Secretario de la Junta Directiva del Banco Germano Centroamericano se nombró al imputado M.A.Q.S., quien en octubre de 1990 fue nombrado Presidente del citado Banco.

¹⁹⁶ Op cit.

En noviembre de 1987, se procedió por parte de la Junta Directiva del citado Banco Germano Centroamericano, a conferir poder generalísimo sin límite de suma al acusado G.V.K.F., sin limitarse dicho mandato en el tiempo.

Posteriormente, en Asamblea General Extraordinaria de socios se modificó el capital social de la empresa, aumentándose a la suma de DOSCIENTOS MILLONES DE COLONES, representado por veinte mil acciones comunes de diez mil colones cada una, e ingresando como socia capitalista la justiciable E.F.M., (para entonces Presidenta de la Junta Directiva), quien compareció y adquirió nueve mil doscientas noventa y ocho acciones por una valor total de noventa y dos millones ochenta mil colones, consolidando así su participación en las ganancias y dividendos de la sociedad BANCO GERMANO CENTROAMERICANO S.A., como socia capitalista a la par del acusado J.A.R.R.

Según acuerdo de la Junta Directiva de julio de 1988, se procedió a prorrogar por un año los nombramientos antes dichos de Gerente, dado a J.A.R.R., y de Sub-gerente, a J.V.K. Se le otorgó además a éste último, en su calidad de sub-gerente poder generalísimo sin límite de suma. Quedando de tal forma el período de nombramiento de dicho Gerente y Subgerente prorrogado del 1º de agosto de 1988 al 31 de julio 1989, y prorrogados nuevamente hasta el año de 1994, mediante Asamblea Extraordinaria de Socios, conformada por los ajusticiables E.F.M. y J.A.R.R. En febrero de 1989, según acuerdo de Junta Directiva del citado Banco, se aceptó la renuncia de G.V.K.F. al poder generalísimo que se le habla conferido por parte del Banco Germano Centroamericano.

En noviembre de 1989, mediante Asamblea General Extraordinaria de Socios, constituida por E.F.M. y J.A.R.R., se procedió aumentar el capital social a la suma de doscientos quince millones de colones, representado por veintiún mil quinientas acciones de diez mil colones cada una, procediendo el encartado J.A.R.R., a aumentar su aporte al capital social a la cantidad de ciento dos millones diez mil colones, representado por diez mil doscientas once acciones, para un total de 47.44 % del capital social. Entretanto, para mantener su proporción de participación accionaría, la socia y encartada E.F.M. aumentó su aporte a la suma de ciento dos millones ciento diez mil colones, representado por diez mil doscientas acciones, para un total del 47.44 % del capital social.

Es en el año de 1990, cuando los dos accionistas principales de Banco Germano E.F.M. y J.A.R.R. renuncian a sus cargos en la Sociaedad, sea Presidente de la Junta

Directiva y Gerente, respectivamente, conservando no obstante su calidad de accionistas, con lo que aseguraban su participación en el accionar de la empresa. Tanto así, que en octubre de ese año, mediante Asamblea Extraordinaria de Socios, los mencionados ajusticiados nombran como presidente de la Junta Directiva al también acusado M.Q.S., anterior secretario, al cual le sería prorrogado su nombramiento hasta el año de 1992. En enero del 91 según acuerdo de la Junta Directiva se nombra a J.V.K.F. como Gerente General de la empresa, hasta el 31 de agosto de 1994. ,

En fecha 31 de julio de 1991, el encartado M.Q.S., adquirió cien acciones en la sociedad "Banco Germano Centroamericano S.A", por un monto de un millón de colones en total, con el propósito de tener participación en la Asamblea de socios del Banco Germano Centroamericano y así unirse económicamente al grupo de interés económico de E.F.M. y J.A.R.R.

En fecha que no se precisa, a principios del año 1989, los aquí imputados J.V.K. y J.A.R.R. se asociaron con la finalidad de construir un banco perteneciente al mismo grupo de interés económico del Banco Germano Centroamericano, con domicilio situado fuera del territorio costarricense y fuera del control de la Auditoria General de Entidades Financieras, el cual estaba destinado a captar recursos provenientes del ahorro de los inversionistas en Costa Rica, así como recibir y remitir a terceros transferencias de recursos provenientes del Banco Germano Centroamericano. Fue así que, en el año de 1989 dichos justiciables J.V.K. y E.F.M. y J.A.R.R., bajo la denominación social "Germano Intemational Bank Limited" (GIB) solicitaron la inscripción de dicho ente ante las autoridades de la Isla Caribeña de Anguila.

Este nuevo banco de los V.K.F. y J.A.R.R. empezó a funcionar en Anguila y sus movimientos bancarios los realizaban con personas residentes fuera de la isla, dentro de la modalidad conocida como OFF SHORE BANKINW 186.

Siendo los accionistas y por partes iguales del capital social del Germano Intemational Bank Limited los acusados J.A.R.R. y J.V.K.F., actuando como dueños por mitades de la totalidad del capital social de la empresa, así como respectiva condición de Presidente y Vicepresidente de la misma, procedieron a conferir la representación legal de dicho Banco en Costa Rica, con carácter de apoderado generalísimo sin limite de suma, a la empresa de esta ciudad "Compañía Asesora de Inversiones

Centroamericanas S.A. (UCSA). Luego a mediados de 1990, sin que se precise fecha, el acriminado G.V.K. asumió tales funciones de gerencia en sustitución de aquel. No obstante, J.V.K. como E.F.M. y J.A.R.R., en su carácter común de socios capitalistas y de Vicepresidente y Presidente de la misma respectivamente, conservaron una gran injerencia en la toma de decisiones en el Germano Intemational Bank, junto a G.V.K., al dirigir y determinar con este no sólo la política financiera general de la empresa, sino también la ejecución de sus operaciones financieras específicas.

De esta manera, y como consecuencia de todo lo expuesto hasta el momento, el "Banco Germano Centroamericano S.A." a partir del año de 1987 y el "Germano Intemational Bank" a partir de 1989, iniciaron sus labores en Costa Rica como 187 entidades bancarias privadas pertenecientes al grupo de interés económico conformado y denominado por el acusado J.A.R.R., y la familia V.K.F (constituida a su vez por los ajusticiados E.F.M, J.V.K. y G.V.K.). También formaba parte del grupo de interés económico ya descrito la empresa PROYECCIONES FINANCIERAS K & R S.A, posteriormente denominada PROFIN, en dicha empresa el imputado J.A.R.R. figuraba como titular de 50% de su paquete accionario y E.F.M. se desempeñaba como Tesorera, en tanto que G.V.K., ostentaba el cargo de Presidente, con carácter de representante legal y apoderado generalísimo. En igual sentido la empresa Agropecuaria Rogoma Sociedad Anónima, cuya constitución data desde el 29 de agosto de 1984 se unió al referido grupo de interés económico, figurando como vicepresidente J.A.R.R.

Desde finales del año 1987 y hasta el 22 de octubre de 1991, el Banco Germano Centroamericano empezó a realizar una serie de actividades en el campo financiero. Dentro de estas funciones se destacaron la captación de inversiones mediante la oferta pública de certificados de inversión y de comisiones de confianza, la intermediación en los trámites de compra de divisas extranjeras ante el Banco Central de Costa Rica, la transferencia de dinero y valores al extranjero para pagar deudas en el exterior, así como el otorgamiento de créditos con fondos públicos dirigidos a estimular la exportación - denominados "fondos para el desarrollo" (FOPEX Y FODEIN)- que le eran proporcionados por el Banco Central de Costa Rica. Para estas actividades el Banco Germano Centroamericano contaba con autorización del Banco Central de Costa Rica.

Entre las personas contratadas entre 1987 y 1991 para que se desempeñaran laboralmente dentro de la estructura del Banco Germano Centroamericano, estaban en su mayoría personas muy jóvenes y sin experiencia en materia bancaria, los cuales estaban sujetos a las ordenes, instrucciones y directrices, emanadas por los personeros y propietarios del banco, los imputados J.A.R.R., J.V.K. y G.V.K..

Los problemas en el funcionamiento del Banco Germano se dieron desde su creación, no obstante no fueron graves, si arrastró, algunos problemas de liquidez originados fundamentalmente por un mal manejo administrativo, costosos salarios planillas, altos gastos de operatividad, desorden e inexactitud en los registros contables que incluso motivaron las llamadas de atención del Banco Central y de la AGEF, que fueron desacatados por sus personeros responsables del Banco, vale decir los imputados precitados. Todo lo anterior desembocó, con su iliquidez ya en los albores del año 1991. Esta iliquidez que afrontaba el banco se materializó en sus 1 RQ cuatro áreas de funcionamiento, a saber a) Con relación a los prestamos FOPEX y FODEIN, b) En las captaciones de ahorros y certificados de depósito, c) En comisiones de confianza y d) En las remesas o cobranzas que debían de ren-fitirse al exterior. Estando el banco en ese estado los acriminados en forma dolosa continuaron operando en las citadas cuatro áreas, a sabiendas de que no tenían liquidez para manejar y administrar, cuidar los recursos provenientes de los inversionistas y clientes en general (Personas físicas y jurídicas) que de buena fe los depositaron a su cargo, ocultándoles la verdadera situación del banco, reteniendo y empleando abusivamente los dineros que en virtud de aquella razón, les entregaron sus acreedores. En virtud de que no honraron sus obligaciones pues ya no tenían capacidad de pago, las mismas en muchos casos simulaban ser cumplidas mediante el giro de cheques que resultaron sin fondos y con cuentas cerradas.

Para llevar a cabo el funcionamiento del Banco Germano Centroamericano como se señaló supra, se creó el aludido grupo de interés económico. Así, a partir de enero de 1989 y hasta 1992 los aquí imputados J.V.K. y J.A.R.R. así como G.V.K., quien fungió como Gerente del Germano International Bank desde mediados de 1990 hasta enero de 1992, se dieron a la tarea de captar dinero directamente del público sin intermediación formal de "VICSA", presentándose como parte del denominado Grupo del "Banco Germano Centroamericano S.A" en los folletos informativos que dichos encartados

hacían distribuir indistintamente entre los clientes del Banco Germano Centroamericano y el Germano International Bank. Los aludidos imputados se dedicaron a la captación de dineros en dólares norteamericanos; ofreciendo al público inversionista la posibilidad de disfrutar de una cuenta corriente en esa moneda.

El día 12 de julio de 1990 se procedió a revocar la licencia bancaria que el "Germano International Bank, Ltd.", mantenía en la Isla de Anguila. Tal resolución fue tomada por parte del Ministro de Finanzas de la citada Isla, y la misma, que equivalía a la extinción de dicha empresa como entidad bancaria, fue notificada tanto al Germano International Bank en sus oficinas en la Isla Anguila, como a los imputados J.A.R.R. y J.V.K., a quienes se les remitió en ese mismo mes sendas copias oficiales a través de los apartados postales indicados por ellos mismos en San José, Costa Rica. Sin embargo, y a sabiendas que el Germano International Bank había dejado de existir como entidad legal en su lugar de origen, con motivo de la resolución antes citada, G.V.K., J.V.K y J.A.R.R callaron dicha circunstancia al público inversionista, quien ignorante de esa situación y manteniendo en error en cuanto a la existencia jurídica del Banco en mención continuó no solo depositando su dinero en las cuentas corrientes del Germano International Bank y manteniendo sus operaciones con este, sino también adquiriendo certificados de inversión del Germano International Bank. Posteriormente, mediante escritura pública otorgada por J.A.R.R y J.V.K. ante Notario Público el 8 de febrero de 1991, se procedió a dejar sin efecto la representación del "Germano International Bank, Ltd.", por parte de la empresa "VICSA".

Entretanto acaecían los hechos señalados, actuando de común acuerdo y aprovechándose de la situación premeditada calculada de que el Germano International Bank no estaba bajo supervisión de la Auditoria General de Entidades Financieras, ni bajo el control del Banco Central de- Costa Rica, entre mediados de 1990 y octubre de 1991, J.A.R.R., J.V.K. y G.V.K. procedieron a desviar parte del dinero captado a través del Germano International Bank hacia la empresa Proyecciones Financieras K & R S.A (PROFIN). Para ella, y durante el lapso antes señalado, J.A.R.R. y J.V.K. ordenaron y ejecutaron por si y a través de órdenes impartidas a los empleados del Banco Germano Centroamericano ya mencionados, el libramiento de gran cantidad de cheques de cuenta N' 839219025 que tenía el Banco Germano Centroamericano en el Germano International

Bank, por montos superiores a los saldos reales que en dicha cuenta mantenían, para luego depositarlos en las cuentas de PROFIN, siendo que por su parte, G.V.K., en su carácter de Gerente del Germano Intemational Bank, procedió a llenar el contenido económico faltante de los cheques librados por orden de J.V.K. y J.A.R.R. con el patrimonio del Germano Intemational Bank, mediante la emisión de varios cheques carentes de contenido económico a la susodicha cuenta, los que para el 31 de octubre de 1991 llegaron a contabilizar la suma total de novecientos setenta y nueve mil trescientos cincuenta y nueve dólares.- Del mismo modo, y durante el mismo periodo, una parte del dinero captado por el Germano International Bank fue destinado por G.V.K., J.V.K. y J.A.R.R para la compra de créditos en colones de la cartera crediticia de difícil recuperación del Banco Germano Centroamericano, la que luego G.V.K., en su calidad de Gerente del Germano International Bank, trasladó a PROFIN, entidad la cual presidía.- Con estas dos actividades, los encartados G.V.K., J.V.K. y J.A.R.R. lograron limpiar de deudas de difícil cobro los estados contables del Banco Germano Centroamericano a costa de la solvencia del Germano Intemational Bank.- Igualmente, mediante este traslado de deudas de difícil cobro, dichos imputados lograron que el Banco Germano Centroamericano disminuyera contablemente en los informes que semestralmente suministraba a la Auditoria General de Entidades Financieras la perceptibilidad de riesgo en la pérdida de su cartera crediticia, con lo que también G.V.K., J.V.K. y J.A.R.R. aseguraron a su vez el acceso del Banco Germano Centroamericano a una mayor autorización cantidad de préstamos del Banco Central de Costa Rica, así como de este ente emisor para que el Banco Germano Centroamericano llevara a cabo una mayor captación en certificados de inversión, de acuerdo a los parámetros de calificación insitos en los artículos 62 y 63 de la Ley Orgánica del Banco Central de Costa Rica N' 1552, entonces vigente.-

Para dar ese efecto, y durante el periodo en comentario, también J.A.R.R manipuló los estados financieros de PROFIN a efecto de que tanto los aludidos cheques dados por el Germano Intemational Bank al Banco Germano Centroamericano, así como las deudas provenientes del traslado de la cartera crediticia de difícil recuperación, aparecieron dentro de la contabilidad de PROFIN como parte de las cuentas por pagar al Germano Intemational Bank, cuentas las cuales contabilizaban al 20 de diciembre de

1991 el equivalente a doscientos ochenta y ocho millones cuatrocientos sesenta y nueve mil seiscientos cuarenta y un colones.- En tomo a la recuperabilidad de las deudas controladas por PROFIN en favor del Germano International Bank, el aquí imputado G.V.K., en su doble calidad de Gerente del Germano International Bank y de Presidente de PROFIN, era conocedor de que esta última empresa era incapaz de pagar por si sola esa deuda a favor del Germano International Bank, toda vez que PROFIN no realizaba actividad productiva alguna.

Estas transferencias de fondos efectuadas por los ajusticiados provocaron la descapitalización progresiva del Germano International Bank y el derrumbe de los estados financieros del Germano International Bank. Así, para diciembre de 1991 el Germano International Bank se encontraba en situación técnico-contable de quiebra, lo que implica que en caso de venderse o realizarse todos los activos del Germano International Bank solo se podrían cancelar un 46 % de las deudas contraídas por dicha empresa.

Así desde 1991 los aludidos imputados, actuando a través del Germano International Bank, dejaron de pagar los intereses y el capital adeudado a los inversionistas de esta empresa, no conformes con esto, en fecha 14 de enero de 1992 J.V.K. y J.A.R.R. cedieron sus acciones en el GERMANO INTERNATIONAL BANK a los señores R.B. y K.Q., pactando que estos "asumirían" dicha sociedad con efecto retroactivo a partir del 20 de diciembre de 1991. Este contrato se suscribió a pesar de que, el día dos de enero de 1992 la Caribbean Iuris Chambers de las Antillas Británicas había advertido, mediante nota remitida a G.V.K. que el traspaso de marras era subterfugio, por cuanto al Germano International Bank se le habla suspendido su licencia de funcionamiento en la Isla de Anguila.

En virtud de que a fines de 1991 el GERMANO INTERNATIONAL BANK era una empresa fantasma, sin personería jurídica ni representantes legales en Costa Rica, los acreedores de dicha empresa no pudieron recurrir a la vía civil para pedir la quiebra y el remate de bienes del GERMANO INTERNATIONAL BANK para recuperar así parte del dinero invertido en esa empresa, ello en razón del uso indebido y abusivo que hicieron de su dinero.

Con el propósito de ocultar la creciente descapitalización del Banco Germano Centroamericano, desde mediados de 1990 los ajusticiados dispusieron un traslado de créditos antiguos del Banco Germano Centroamericano hacia la empresa Proyecciones Financieras K&R S.A. (PROFIN). Para esto, J.V.K. y J.A.R.R. ordenaron el traspaso de la cartera crediticia antigua a PROFIN mediante movimientos contables en la cuenta que tenía el Banco Germano Centroamericano en el Germano International Bank,. Igualmente, y también a los efectos de disminuir ficticiamente la cuenta de créditos por cobrar de Banco Germano Centroamericano, durante el año de 1990 J.A.R.R. ordenó al Banco Germano Centroamericano la transferencia de sesenta y cuatro millones setecientos trece mil novecientos noventa y siete colones a la empresa PROFIN, dinero que fue registrado por esa entidad como un crédito a pagar al Banco Germano Centroamericano. Luego, ese dinero fue utilizado por J.A.R.R. para autorizar dentro de PROFIN varios préstamos por esa suma a favor de varias empresas deudoras del Banco Germano Centroamericano.

En lo concerniente al empleo concertado del Germano International Bank para el desvío de capitales del Banco Germano Centroamericano, por medio de transferencias y movimientos contables, los acusados J.V.K., G.V.K. y J.A.R.R. hicieron realizar órdenes impartidas en ese sentido a los empleados a su cargo, ya mencionados durante el periodo comprendido entre 1990 y el 22 de octubre de 1991, un sinnúmero de débitos y créditos, sin ninguna referencia o documento que demostrara la validez de los mismos, a efecto de ocultar el destino final de los recursos captados por el Banco Germano Centroamericano que eran desviados mediante el libramiento de transferencias a favor de terceros (como lo fue por ejemplo PROFIN). Para dar la impresión de que el Banco Germano Centroamericano gozaba de una solvencia mayor a la real a partir de los recursos depositados en la cuenta dicha, para lo cual J.A.R.R. y J.V.K. exageraban contablemente los saldos correspondientes a esa cuenta. De ese modo, en fecha 31 de octubre de 1991, la AGEF detectó en los registros de esa cuenta llevados por el Banco Germano Centroamericano un falso saldo positivo a su favor de dos millones doscientos veintisiete mil trescientos treinta y siete dólares (\$2.227.337,00), mientras que en el estado de esa misma cuenta, de esa misma fecha, enviado a la AGEF por el Germano

International Bank, se mostraba un sobregiro o saldo negativo de novecientos setenta y nueve mil trescientos cincuenta y nueve dólares (\$979.359,00).

Como ya se expresó, entre los servicios ofrecidos por el Banco Germano, Centroamericano, estaba el otorgamiento de créditos mediante el uso de fondos internos y externos, últimos entre los cuales se contaban con los denominados "Fondos para el desarrollo" (denominados FODEIN, FOPEX) dados en administración al Banco Germano Centroamericano por el Banco Central de Costa Rica, para su concreta aplicación a actividades productivas de terceros, previo estudio de factibilidad, la rentabilidad y las garantías del proyecto productivo al cual se destinarían esos dineros, los cuales bajo ninguna circunstancia podrían ser usados por el Banco Germano Centroamericano en provecho propio, o de empresas 197 cuyos proyectos no contarán con los respectivos estudios de factibilidad, rentabilidad o garantías. Una vez que las empresas cancelaban los préstamos al Banco Germano Centroamericano, como agente receptor y administrador de esos fondos, dicha entidad estaba en la obligación de entregar los fondos públicos percibidos al Banco Central de Costa Rica, sin que pudiera retenerlos, ni mucho menos usarlos en actividades propias o ajenas.

En cuanto a la obligación de esos recursos, durante 1991, las empresas KOKOMERICA S.A., HENRIETTA FOLKESSON S.A., CALCETINES INDUSTRIALES S.A., PORTICO S.A., y FRUTA RICA S.A., presentaron a través del Banco Germano Centroamericano, las correspondientes pólizas de exportación, de la mercancía y una solicitud para que se les canalizara las correspondientes divisas, las cuales el Banco Central de Costa Rica giró. Una vez con dichos dineros, el Banco Germano Centroamericano entregó los recursos a los susodichos exportadores, quienes luego, a su vez pagaron parcial o totalmente al Banco Germano Centroamericano el importe del crédito antes de que venciera el plazo de la obligación, con el fin de que este devolviese los dineros percibidos al Banco central de Costa Rica. De ese modo, entre enero de 1991 y el 21 de octubre de 1991, el banco Germano Centroamericano recibió de sus clientes antes indicados un total de CIENTO NOVENTA Y NUEVE MILLONES DE COLONES, en moneda nacional y en su equivalente en dólares, por concepto de cancelación de operaciones concedidas con recursos FOPEX. Empero una vez percibidos estos dineros, los mismos no se utilizaron para cancelar al Banco Central de Costa Rica los créditos

concedidos, sino que fueron retenidos por orden de los imputados J.V.K. y J.A.R.R., quienes luego les dieron un destino diferente.

Los ajusticiados, como se ha dicho, se valieron de diferentes métodos para defraudar a inversionistas, siendo algunas, por ejemplo la modalidad de COMISIONES DE CONFIANZA. Entre 1989 y octubre de 1991, para hacer estos ofrecimientos dichos imputados ofrecieron utilizar el dinero del público inversionista en carteras de títulos valores adquiridos a nombre y por cuenta de los clientes, alegando que sobre estos títulos supuestamente el Banco Germano Centroamericano ejercía meras funciones de administrador y custodio, correspondiéndole a cada inversionista una porción alícuota de dicha cartera. Para hacer estos ofrecimientos, J.A.R.R., J.V.K. y G.V.K. se valían de conversaciones directas con los clientes que llegaban a las instalaciones del Banco Germano Centroamericano. Otras veces se valían de panfletos publicitarios que se distribuían en las instalaciones del ente. También se valían de los empleados del Banco Germano Centroamericano, que actuaban a modo de voceros de sus ofertas. De este modo hacían al público inversionista que todos los clientes acogidos a esta modalidad de inversión tendrían el derecho a recibir un rendimiento por su inversión dentro de un plazo convenido (el cual variaba desde veinticuatro horas, bajo el sistema -OVERNIGHT, hasta noventa días máximo), teniendo la opción de solicitar la devolución en cualquier momento, aplicándose, en caso de anuencia del Banco, un descuento con respecto al interés que correspondía al plazo fijado originalmente. Igualmente, como parte de la oferta, dichos tres acriminados señalaban que una ventaja de esta modalidad de inversión consistía en que el inversionista podía hacer retiros y depósitos a su conveniencia, tal y como si operara una cuenta corriente, pero con la diferencia de que se obtenía una alta tasa de rendimiento.

Igualmente, a través de esos ofrecimientos, hechos de modo directo por parte de G.V.K., J.V.K. y J.A.R.R., o de modo indirecto, mediante panfletos y a través de empleados del Banco Germano Centroamericano, se hacía creer a los 206 inversionistas que estas inversiones contaban con la seguridad y el respaldo del títulos adquiridos directamente del Banco Central de Costa Rica y de la Bolsa Nacional de Valores, lo cual era falso, pues solamente el 15.8% de los dineros captados por esta modalidad fueron realmente usados en inversiones en títulos valores, como respaldo de esa cartera pasiva.

El 84.2% restante del dinero captado en Comisiones de Confianza fue transferido, según órdenes de G.V.K., J.V.K. y J.A.R.R., a las cuentas corrientes del Banco Germano Centroamericano: De ese modo, CIENTO VEINTISÉIS MILLONES DOSCIENTOS MIL COLONES recaudados en Comisiones de Confianza nunca fueron utilizados en la adquisición de títulos adquiridos directamente del Banco Central de Costa Rica y de la Bolsa Nacional de Valores como respaldo de esa cartera pasiva, tal y como se les ofrecía, sino que se traspasaron directamente al mismo Banco Germano Centroamericano, a cambio de cheques sin fondos de otras cuentas corrientes del mismo Banco Germano Centroamericano, emitidos por orden de G.V.K., J.V.K. y J.A.R.R. y los cuales también por orden dadas por esos imputados se guardaban en bóveda, apareciendo como "pendientes de cobro" en la conciliación bancaria respectiva, con lo que se lograba sobrevaluar dicha cartera activa. Del mismo modo, J.V.K. y J.A.R.R. ordenaron registrar contablemente como parte de los títulos de la cartera activa del Departamento de Comisiones de Confianza letras de cambio, certificados de inversión y aceptaciones bancarias inexistente por la suma de setenta y un millones seiscientos sesenta mil setecientos setenta y cinco colones, que era un activo simulado para cubrir los faltantes de caja del Departamento de Comisiones de Confianza, así como varias letras de cambio, por la suma de cuarenta y nueve millones de colones, que también G.V.K., J.V.K. y J.A.R.R. mantenían en bóvedas, a sabiendas que ello constituía una simulación de activos., toda vez que las citadas letras, por carecer de firmas, no podrían ser hechas efectivas.

Como consecuencia, en setiembre y octubre de 1991, el Banco Germano Centroamericano dejó de devolver el principal y de pagar intereses por concepto de Comisiones de Confianza a los inversionistas, quienes así perdieron su dinero invertido. Con respecto a los movimientos que se realizaron por parte de J.V.K. y J.A.R.R. con el dinero girado al Banco Germano Centroamericano del Departamento de Comisiones de Confianza, no fue posible determinar su utilización por cuanto no se llevaban comprobantes de tales registros contables.

El Tribunal le impuso a los imputados J.A.R.R, G.V.K., J.V.K., como coautores responsables del delito de Administración Fraudulenta en concurso ideal con el de

Estafas agravadas en calidad de delito continuado, y en tal carácter se les impuso la pena a J.A.R.R de dieciseis años y seis meses de prisión , a J.V.K. de catorce años de prisión a G.V.K. de once años seis meses de prisión.

Los fundamentos dados en el fallo por el Tribunal para condenar por Estafas continuadas fue el siguiente: *“Sostenemos que además de que surgió a la viva jurídica el delito de administración fraudulenta éste concurre en forma ideal con el delito de estafas continuadas que nace a raíz de un supuesto fáctico con matices diferentes al abordado y que se consuman precisamente con las captaciones en dólares que efectúan los inversionistas ante el Germano International Bank. Argumentamos que en el subjúdice se da el concurso ideal toda vez que es clara la existencia de la unidad de acción y la lesión de varias disposiciones penales es decir la realización simultánea de varios tipos penales y que en nuestro caso constituyen un objeto único de valoración jurídico-penal. Así Bacigalupo expone que “De acuerdo con este habrá una única acción cuando el hecho se presenta objetivamente como plural pero desde el punto de vista valorativo resulta ser una única acción a los ojos del autor (Otto, loc. Cit.): En un sentido semejante pero objetivamente orientado se estima que habrá unidad natural de acción cuando se de una conexión temporal y espacial estrecha de una serie de acciones u omisiones que fundamentan una vinculación de significado de tal naturaleza que también para la valoración jurídica solo pueda aceptarse un único hecho punible, y esto aunque cada acto individualmente considerado realice por sí solo el tipo de ilicitud y fundamente ya de esta manera el hecho punible,” (ob-cit. Página 244). Harto demostrado quedó que los indiciados realizaron pluralidad de actos, transfiriendo ilegalmente dineros de los inversionistas a sus cuentas y empresas relacionadas, reteniendo y abusando indebidamente los préstamos FOPEX y las captaciones que en comisiones de confianza, depósitos, previos, cobranzas y remesas que le entregaron sus clientes y los siete casos de estafas instrumentalizadas por el giro de cheques sin fondos que pretendían falsamente cubrir aquellas operaciones, todo lo cual configura la administración fraudulenta y que concurre idealmente con las estafas que en calidad de delito continuado cometieron los ofensores en el GIB con ocasión de las captaciones de dólares, inversiones que en suma igualmente administraron en forma infiel (...) A mayor abundamiento la doctrina y jurisprudencia informa. Así el autor Bacigalupo Enrique en su*

obra Principios de Derecho Penal segunda edición, ediciones Akal, Madrid, 1990, páginas 282, 283 afirma que “Lo anterior resulta claro si es considerado que el delito continuado debe ser necesariamente doloso, ya que el autor debe tener conocimiento y voluntad de realizar una pluralidad de delitos de la misma especie, que afecten bienes jurídicos y patrimoniales y persigan una misma finalidad de tal manera que los actos individuales se expliquen solo como una realización sucesiva del todo querido unitariamente”.

La Sala tercera ha dicho también que; “Como se puede apreciar esta figura supone una pluralidad de acciones temporalmente discontinuas pero dependientes entre sí (en tanto persiguen una misma finalidad); pero que impiden en la práctica la aplicación de las consecuencias previstas para el concurso real o material (ya sea heterogéneo u homogéneo), sin perjuicio de que una pluralidad de delitos continuados concurren materialmente “y que sigue diciendo” De ahí que la doctrina señala que la aplicación de delito continuado está sujeta a criterios subjetivos y objetivos. En este sentido señala Carlos Creus que: “Inicialmente se parte de una criterio subjetivo: la unidad de designios del autor (el cajero del banco decidió a reunir una determinada cantidad de dinero, lo procura sustrayendo sumas menores de la caja en distintas oportunidades). Pero como si nos conformáramos con ese criterio para determinar la dependencia, otorgaríamos al autor la injusta oportunidad de reunir con su designio los hechos más dispares, merecedores de la pena del concurso, y no la de un solo delito, por lo cual tenemos que completarlo con criterios objetivos; precisamente, en torno como resultado del requisito homogeneidad desde el punto de vista de la acción se habla de vinculación de los distintos hechos a una misma “empresa delictiva”, lo cual no depende exclusivamente del designio del autor, sino también de circunstancias objetivas que condicionan la adecuación de los distintos hechos dentro de aquél concepto, como es la unidad del bien jurídico atacado, para lo cual no bastará la analogía de los bienes afectados por los distintos hechos, sino la identidad del titular (no puede haber continuación entre el hurto perpetrado hoy contra Juan y el perpetrado mañana contra Pedro , por más que su autor los haya unido con su designio común) y, por lo menos, que los objetos de los distintos hechos puedan considerarse componentes de una “universalidad natural” (el hurto por el empleado de la máquina de la oficina no se puede continuar con el hurto de la cartera

que un compañero de trabajo ha dejado en su escritorio). Pero ambos criterios de dependencia tienen que presentarse reunidos para que se pueda hablar de continuación (la circunstancia de que el autor haya actuado con el designio de equipar un taller, no hace dependencias el hurto de llave a Juan, de una Fresadora a Pedro y de una morsa a Esteban, aunque todos esos objetos vayan a para a la “universalidad del taller”; las circunstancias de que el autor haya actuado con el designio de formar un plantel de cincuenta vacas de cría no hace dependientes los hurtos de diez cabezas a Simón, veinte e Timoteo y veinte e Facundo, pero esos hurtos pueden ser dependientes entre sí, pasando a integrar un delito continuado, si el autor forma el taller apoderándose de varias herramientas, en distintas oportunidades en la fabrica donde trabaja, o en plantel de cría lo forma con hacienda que va sacando poco a poco de un mismo sujeto pasivo). (Derecho Penal Parte General, Editorial Astra, Buenos Aires, 1988, páginas 241-242)”.

Esta sentencia en este momento se encuentra recurrida en Casación.

En el caso del Valorinsa, en la sentencia del Tribunal Penal, se absuelve a los imputados. En este caso el Tribunal se basó en los siguientes hechos:

Los ajusticiado G.H.S., K.H.S, fungían como Presidente y Vicepresidente de la empresa denominada Valorinsa s.a, cuyas instalaciones se encontraban en San José centro. En el año 1986, la empresa Valorinsa s.a. logró mediante el ejercicio de su actividad y al mando de los aquí imputados, consolidarse un buen nombre y un prestigio en el ámbito nacional, captándose de esa forma la confianza indubitada de muchísimos empresarios costarricenses y extranjeros residentes en Costa Rica, al punto que enviaron a imprimir un folleto propagandístico que repartían tanto a clientes como a la futura clientela en donde presentaban a Valorinsa s.a., como una empresa que otorgaba recursos óptimos que garantizaban la rentabilidad de cada operación, así como su eficiencia y rapidez, indicando como lema de propaganda “Valorinsa, la mejor inversión “, y en donde salían fotocopias de las oficinas así como de los ajusticiables, evidenciándose que la propaganda expresaba total seguridad en las transacciones que se realizaban en la empresa, indicándose también los nombres de quienes figuraban en la Junta Directiva de la entidad, sea, los aquí imputados G.H.S., K.H.S, como vicepresidente y presidente,

respectivamente y la imputada Z.R.A, como Jefa de operaciones y al imputado H.S.P., también como vicepresidente de la empresa.

Las operaciones que la empresa Valorinsa S.A. realizaba eran comandadas por los coimputados, consistían en la venta de dólares a los ciudadanos, en grandes cantidades, dólares que serían pagaderos en los Estados Unidos de Norteamérica, llevando los coimputados, el control de las cuentas en dólares existentes en esa nación del norte, a la vez eran quienes cada día giraban instrucciones a sus subalternos sobre la cantidad de dólares que podían venderse. El procedimiento utilizado por la empresa, ideado y supervisado directamente por los coimputados, consistía en que primero se negociaba directamente con el cliente el tipo de cambio, ya sea por teléfono o personalmente en sus oficinas, estableciendo de esa forma el precio por el cual se venderían o comprarían los dólares, ya una vez calzada la negociación se establecían las pautas a seguir en la negociación como eran las cantidades en dólares que se iban a recibir y la forma en que se realizaría la negociación, sea personalmente o por medio de mensajero. Posteriormente una vez cerrada la negociación el cliente, inducido a error por la falsa propaganda de seguridad, honradez y supuesta transparencia en la negociación, se presentaba a las oficinas centrales de Valorinsa a adquirir los dólares que previamente se habían negociado con los encartados, para lo cual la empresa Valorinsa emitía un cheque de una cuenta en Estados Unidos de Norteamérica, especialmente de una cuenta a nombre de Prudential Development Corp., cheque que podía ser firmado indistintamente por la aquí imputada R. A., G.H.S., o bien por el coimputado H.S.P., . Si el cliente cancelaba los dólares con cheque, el mismo debía ser emitido a la orden de Valorinsa y como comprobante de la transacción se emitía un documento denominado "Orden de Venta" que relacionaba el cheque que había sido otorgado por el cliente, así como el cheque en dólares que entregaban los imputados al cliente, indicándose además en tal orden de venta el nombre del cliente, la fecha, y hora en que realizaba la transacción, el tipo de cambio al que se había realizado la venta, el monto de la cantidad pagada por el cliente, la cantidad equivalente en dólares, el número de cheque emitido e igualmente el nombre del Banco en los Estados Unidos contra el que se emitía el giro correspondiente a la transacción, también se incluía impreso por computadora el

emblema de “Orden de venta”, “El nombre de la entidad”, “El teléfono y el fax respectivo”, el comprobante indicado era entregado al cliente como fiel reflejo de la operación.

El cheque que era emitido por la empresa Valorinsa y que podía ser firmado por el coimputado G.H.S o por la imputada Z.R.A quienes conocían plenamente el manejo y saldo de la cuenta corriente que se encontraba en el International Bank of Miami N.A, a nombre de la empresa también propiedad de los imputados hermanos H.S, denominada Prudential Development Corp, se emitía a favor de la persona física o jurídica que el cliente indicara , tratándose de un cheque que no podía ser hecho en efectivo sino únicamente depositado en otra cuenta corriente, aspecto que daba una apariencia de mayor solidez y seguridad a los títulos emitidos por Valorinsa y al mismo tiempo acrecentaba la confianza de los clientes, que en su gran mayoría eran importadores que utilizaban este sistema para poder cancelar sus operaciones y sus deudas contraídas con empresas domiciliadas en el extranjero, y que en muchas ocasiones se servían de algún empleado para la realización de la compra de dólares, con lo que se garantizaban que nadie podía hacer efectivo el título, que era enviado mediante el denominado sistema de “courier” hacia los Estados Unidos como pago a la empresa acreedora, que posteriormente debía depositarlo, proceso que generalmente demoraba algunos días.

Sin precisar la fecha exacta, pero si antes del mes de junio de 1994, los imputados en virtud de la gran confianza que había sido depositada en ellos y aprovechándose del control financiero que ejercían sobre la entidad, en la que laboraban distintos empleados y que atendían prontamente las decisiones que ellos tomaran sin ningún cuestionamiento, decidieron con pleno conocimiento de la ilicitud de sus actos realizar un fraude en perjuicio de la cartera de clientes, a los cuales engañarían a cambio de los cheques que ellos emitían legítimamente en nuestro país por cuantiosas sumas de dinero, cheque que tendrían una apariencia de factibilidad y que sus clientes adquirirían en la falsa creencia de que eventualmente les servirían para cancelar sus obligaciones en el extranjero, y que podrían ser depositados en la cuentas corrientes de sus empresas acreedoras extranjeras, pero que en realidad dichos cheque no tendrían ningún respaldo real, ya que la cuenta corriente que respaldaba los cheques emitidos por los imputados nunca tubo fondos capaces de cubrir ni un solo de los cheques entregados, siendo que las sumas de dinero entregadas por los diferentes clientes fueron a parar a las manos de

los imputados G.H.S, K,H,S y Z.R.A, disponiendo de estos dineros en forma aún no determinada, obteniendo de esa forma un beneficio patrimonial antijurídico para sí y por consiguiente el grave perjuicio económico a sus clientes. “

Esta sentencia se encuentra siendo recurrida en casación :

2.4.- Fraudes colectivos cometido mediante el sistema de fondos de inversión

En relación con fraudes cometidos con este *modus operandi*, a través del ofrecimiento de atractivos sistemas de inversión, que prometen excelentes dividendos y beneficios, estudiaré el caso Zrnic, así como el caso Lowerry .

En el caso Zrnic, el Tribunal al condenar a L.Z., tuvo por acreditados en los hechos probados el siguiente *modus operandi*:

La empresa “Internacional Swiss Investment” conocida como I.S.I fue constituida bajo las leyes y regulaciones de la República de Panamá, el treinta y uno de enero de mil novecientos ochenta y seis, por R.C., J.C. y J.F. y como dignatarios de la compañía los acusados J.W. como presidenta-tesorera y L.Z. como vice-presidente-secretario, ambos con la representación judicial y R.C., como agente residente. Posteriormente se varia la integración de la junta directiva, nombrándose a L.Z. como presidente, representante legal y como Gerente General de la empresa, además se le mantiene como director; a J.W. como secretaria-tesorera y se le mantiene como directora; se elimina el cargo de vice-presidente y se remueve del cargo de directora a M.E.U.R., nombrándose en su sustitución a L.P.P.

En mayo de mil novecientos ochenta y seis, J.W. actuando como Presidente-tesorera de I.S.I. otorga poder generalísimo sin límite de suma, a nombre de su representada a L.Z., registrándose entre sus objetivos la compra-venta de títulos valores en las diferentes bolsas, tanto en los Estados Unidos como en cualquier lugar del mundo. Al iniciar labores en nuestro país, en febrero de mil novecientos ochenta y seis, “International Swinss Investment (I.S.I.)”, abrió sus oficinas en el Edificio Centro Colón, Paseo Colón, en esta ciudad, contratando L.Z. vendedores para la negociación de acciones para la empresa “I.S.I.” y sus subsidiarias; los cuales iniciaron labores después

del quince de abril de mil novecientos ochenta y seis, realizando sus funciones en pequeñas oficinas con teléfono en el mismo edificio Centro Colón, lugar de donde llamaban a los posibles inversionistas residentes en los Estados Unidos. El veintisiete de agosto de mil novecientos ochenta y seis, L.P.P. y J.M.C., constituyeron la sociedad denominada, London Bonding And Equity Corporation, en la ciudad de Panamá, mediante, con objetivos iguales a los de I.S.I., con un capital social de diez mil balboas, (10 000 acciones de una balboa cada una); como sus directores se nombraron W.L., J.L., T.L. y al acusado L.Z. El veintidós de noviembre de mil novecientos ochenta y seis, L.Z. le concedió a L.S. y a L.P.P., poder para poder actuar como Presidente y Secretario de Ad-hoc en la asamblea que celebró en la ciudad de Panamá el veintiséis de noviembre de ese mismo año, a fin de conocer la renuncia y nombramiento de nuevos directores. El acuerdo que se llegó en esa asamblea, fue el de nombrar a L.Z. Presidente y Director, con poder amplio y general para poder representar a la empresa, y a la vez facultado para poder abrir cuentas bancarias, en la ciudad de Panamá con la asistencia de R.S. y L.P.P., pues se autoriza a L.Z. que firme en la cuenta corriente del Banco Internacional de Costa Rica en esa ciudad, ante la renuncia de W.L.; y a R.R.V. como Gerente General. En octubre de mil novecientos ochenta y seis, L.P.P. y J.M.C., constituyen la sociedad denominada "Sulfur Fund Incorporated", con los mismos objetivos de I.S.I., contando con un capital social de un millón cien mil dólares, nombrándose al acusado L.Z. Presidente, J.W., como Secretaria-tesorera, y se inscribe en el Registro Público Panameño, el trece de octubre de mil novecientos ochenta y seis. En octubre de ese mismo año, en la ciudad de Panamá, los señores L.P.P. y J.M.C. constituyeron la sociedad denominada "The Lverage Fund Incorporated", traducido como "Fondo de Apalancamiento" con los mismos objetivos que los anteriores, con un capital social de diez millones mil dólares, nombrándose en esa oportunidad como directores a L.Z y a J.W. entre otros, a L.Z. como Presidente y Gerente General y J.W. como Secretaria-tesorera.

De esta manera fundadas las citadas sociedades, los vendedores contratados promocionaron la venta de las acciones de las citadas empresas por vía telefónica con las personas que mostrarán interés en invertir en los proyectos de las citadas compañías, a fin de convencerlos de colocar su dinero en dichos proyectos; manteniendo una

comunicación abierta tanto por la vía postal como telefónica, remitiéndose propaganda y cartas firmadas por el presidente de la empresa. También se les informa de los proyectos Bounty Bay Marina, en Rochester, New York, de una mina de oro en California, tierras agrícolas y control mayoritario en una finca de jobjoba, en Liberia, Guanacaste e interés en un desarrollo de bienes raíces en Cancún México. Para el caso de “The Sulfur Fund”, (Fondo de azufre) como división de I.S.I , se enviaron cartas y propaganda, por parte del conjunto de vendedores y de L.Z., a los inversionistas extranjeros informándoseles que entrarían a controlar en forma mayoritaria la explotación de azufre en Costa Rica.

Así, L.Z. invirtió en diferentes proyectos, como, “American Gold Reserve” Phillip Liberman, donde adquirió acciones, sin embargo por malos manejos dichas acciones no pudieron ser posteriormente negociadas públicamente. Invirtió además en Bounty Harbour Marina, que se realizaba en Rochester New York por la sociedad Bounty Bay Associates y les propuso que la empresa por el representada podría financiar el proyecto hasta su terminación y suministró \$1, 750. 000. oo, obteniendo por ello un 59 % de participación en Bounty Bay Associates, sin embargo como el Fondo Común, no cumplió con lo prometido, al no girar la suma acordada, se le concedió un plazo para realizar dicho desembolso. Al vencerse el plazo estipulado y no cancelar la suma pactada la sociedad aludida notificó a “The Leverage Fund”, que le acuerdo quedaba cancelado y los fondos retenidos, de ahí que con el dinero suministrado únicamente tendrían una participación del 10.93% en la sociedad y no un 51% como se negocio en un principio. Además L.Z. invirtió en otros proyectos tales como la explotación minera de azufre San Carlos, en el área denominada “Chocosuela”; bienes raíces y construcción de un complejo turístico en Cancún.

La sentencia impuesta a L.Z., con fundamento en la figura del delito continuado, la motiva el Tribunal Penal de la siguiente forma:

“Considera el tribunal que estamos en presencia del delito de estafa continuada, por cuanto las “distintas acciones desplegadas no están perfectamente individualizadas, hay pluralidad de acciones homogéneas realizadas por un mismo sujeto, unidad de propósito, unidad de ley violada, unidad de ocasión, unidad de sujeto pasivo y unidad de patrimonio lesionado” (GERADO LANDROVE DÍAZ, Los Fraudes Colectivos, Pág. 34) y al haberse escogido y determinado previamente a

los sujetos pasivos. Si la acción típica del delito de Estafa “consiste en defraudar por medio del ardid o el engaño. Consecuentemente, incurre en el delito de estafa quién dolosamente y valiéndose de ardid induce a otro en error que determina una disposición patrimonial perjudicial con ánimo de obtener un beneficio ilegítimo.” Definición que nos da Breglia Arias en su obra Código Penal, página N° 601. EL ARDID: como se desprende de su definición que nos da el mismo Breglia, en la obra citada “es el despliegue de medios engañosos, como lo fue en el presente caso la propaganda bien presentada y las cartas enviadas acerca del avance de los proyectos, informar acerca de la inscripción en la Bolsa de Valores de Londres, la venta de producción de azufre por diez años al gobierno de la India, venta de la Villas Zaasta y los beneficiosa obtener con su inversión –préstamos y reintegro a corto plazo de la inversión. DOLOSAMENTE el agente debe conocer la falsedad de la idea que trasmite, en el presente caso al promover Sulfur Fund, Leverage Fund, Agro Recursos e International Swiss Investment, el encartado L.Z., tenía conocimiento que sus ideas eran falsas al no haber realizado ninguna gestión para inscribirse en la Bolsa de Valores de Londres y vender la producción de azufre a la India; y fijar el mismo precio de las acciones sin ningún parámetro para hacerlo. EL ERROR: “es la noción falsa del acto unilateral o bilateral y determina la disposición patrimonial. Es el nexo entre el ardid y la disposición patrimonial”; en el presente caso todos los ofendidos invirtieron en la empresa I.S.I., a causa del error el que incurrieron al creer que era un empresa sólida y que iba a ser inscrita en la Bolsa de Valores de Londres y que reunía las condiciones de una empresa legal. De lo anterior se desprende que la conducta de L.Z., se encuentra tipificada dentro de la modalidad de Estafa Continuada, al inducir a error a los ciento tres inversionistas, al enviarles propaganda indicándoles que iba a ser inscrita su empresa en la Bolsa de Valores de Londres, sin reunir los requisitos para ello, y no llevar la contabilidad de la empresa, para fijar el precio de las acciones, el cual fue fijado sin tener medio de comparación alguno y empleando su emisión y el envío de las acciones como uno de los medios engañosos desplegados para obtener el beneficio patrimonial injusto.

Esta sentencia en cuanto a L.Z., fue confirmada por la Sala Tercera de Casación Penal mediante resolución No. 339-F-94 de las catorce horas treinta minutos del treinta y uno de agosto de mil novecientos noventa y cuatro. *“Finalmente, reclama el impugnante la falta de fundamentación de la pena impuesta a su defendido. Si bien los razonamientos del a-quo no son extensos, son suficientes para saber por cuáles motivos se le impuso quince años de prisión al sentenciado L.Z. Al folio 325 frente del tomo de sentencia, el tribunal consigna los factores que tuvo en cuenta a la hora de fijar la pena, incluyendo los limpios antecedentes penales del encartado, así como el monto defraudado y el número de personas ofendidas, entre otros. Todos esos factores derivan de la prueba recibida y valorada, según es plenamente perceptible, y están previstos entre las circunstancias que el artículo 71 del Código Penal impone al juez tomar en cuenta al fijar la pena. Además, es cierto que el Tribunal también tomó en consideración "...la relevancia a nivel internacional que tuvo el presente asunto al ser todos los ofendidos extranjeros...", entre los factores a ponderar para fijar la pena. Esa situación la permite en forma expresa el artículo 71 citado, al señalar que los juzgadores deben considerar, para fijar la pena, entre otros aspectos la importancia de la lesión, para lo cual debe ponderarse la magnitud y la intensidad del daño; así como también al señalarse en esa norma que deben tomarse en consideración además las condiciones personales de la víctima en la medida en que hayan influido en la comisión del delito, como sería en este caso el hecho de ser extranjeros, lo que sin duda facilitó la realización del ardid y el error, según se refiere en la sentencia. Por otro lado, los conceptos expresados por el tribunal no son, como acota el recurrente, ambiguos ni imprecisos; su contenido es conocido, en tanto se explica por sí mismo o con relación a los demás fragmentos del fallo, que constituye una unidad lógico-jurídica, como son los hechos probados y el análisis de prueba. Por lo expuesto el recurso debe declararse sin lugar¹⁹⁷.*

En el caso Lowery el *modus operandi* empleado es similar que en el caso Zrníc.

El imputado E.L.L.R; ciudadano estadounidense, fue el autor y gestor de una serie de empresas constituidas a partir de la década de los ochenta, tanto en Costa Rica

¹⁹⁷ ¹⁷⁴ Resolución 339-F-94

SALA TERCERA DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA.

San José, a las catorce horas con treinta minutos del treinta y uno de agosto de mil novecientos noventa y cuatro.

como en el extranjero, con el único propósito de captar desde Costa Rica inversiones de ciudadanos estadounidenses y canadienses en su mayoría.

A los inversionistas se les hacía creer que las sumas de dinero por ellos aportadas, serían administradas por Fondos de Inversión cuya actividad consistía en desarrollar actividades financieras, proyectos turísticos y agroindustriales, altamente rentables y seguros. Se les hacía creer que las inversiones estaban debidamente protegidas por una Compañía Aseguradora Internacional quien asumía un riesgo hasta por la suma de cincuenta mil dólares.

Para divulgar la información tendiente a captar inversiones, el imputado E.L.L.R. constituyó la empresa denominada "The Investment Shop". o "Tienda de Inversiones de Costa Rica S.A". Desde su constitución la citada empresa estuvo ubicada en el Edificio Cristal, Avenida primera, Calle primera y tercera; en San José.

Por medio de la Tienda de Inversiones, los fondos de inversión fueron promovidos por el acusado en revistas y publicaciones que por vía de correo se hacían llegar hasta el domicilio de los futuros inversionistas domiciliados en su gran mayoría en Estados Unidos y Canadá. Tal es el caso de la revista "**The Costa Rican Beacon,**" publicación efectuada directamente por el encartado E.L.L.R. y que enfatizaba las ventajas político sociales de Costa Rica, así como la conveniencia de invertir en dichos Fondos de Inversión. De igual forma, en esa publicación se promocionaban los seminarios denominados "Living and Investing in Costa Rica Seminar" (Seminarios Viviendo e Invirtiendo en Costa Rica), en los cuales se ofrecía a los inversionistas estadía en Costa Rica, información sobre inversiones en bienes raíces y relacionada a la obtención del estatus de residente en nuestro país. El seminario se daba completamente gratis a cambio de una inversión mínima que variaba entre los cinco mil quinientos a ocho mil dólares en moneda norteamericana. Inversión que como ya se adelantó sería hecha en proyectos, financieros, agrícolas y turísticos, sin que la información concretizara en que región de nuestro país se desarrollaría, ni su rentabilidad, ni los plazos. En estos seminarios, llevados a cabo periódicamente a lo largo de los años mil novecientos ochenta y nueve a mil novecientos noventa y dos en diversos hoteles en Costa Rica y en las oficinas de la Tienda de Inversiones, ubicada en la dirección antes dicha. En esos seminarios se daba a los extranjeros diversas charlas que incluían temas relacionados a

servicios financieros, inversión en proyectos agrícolas, información para obtener en Costa Rica el estatus de pensionado rentista, leyes etc. Además se presentaban videos y fotografías en donde se brindaban imágenes de los supuestos proyectos agroindustriales desarrollados por medio de los fondos de inversión. Se mostraban fotos de altas autoridades del gobierno de Costa Rica, como es el caso del señor Oscar Arias Sánchez, Presidente de Costa Rica en ese entonces, a quienes se les invitaba a los seminarios. Con esas fotos se hacía creer a los inversionistas que las autoridades del gobierno de nuestro país eran parte de los “contactos” que se tenían, todo con el claro propósito de reforzar la confianza de aquellos. Otra forma de atraer inversionistas era mediante la publicación de anuncios relacionados a los servicios prestados, enfatizando las grandes ganancias obtenidas como producto de las inversiones en los Fondos Mutuos. Los anuncios se hacían en revistas como Lacs World Magazine, el Tico Times, así como publicación de panfletos en hoteles, oficinas de alquiler de vehículos, periódicos y revistas estadounidenses etc.

En la información que se le daba a los inversionistas se detallaban cinco tipos de fondos de inversión, a saber: “Caribbean Basin Investment Trust (CBIT)” (cuya traducción sería Fondos de Inversión de la Cuenca del Caribe), “Caribbean Basin Monthly Trust (CBIMT)” (cuya traducción sería Fondo de Inversión Mensual de la Cuenca del Caribe), “Caribbean Basin Money Market Trust (CBIMMT)” que puede traducirse como Fondo de Inversión en Mercado de Valores de la Cuenca del Caribe, Caribbean Basin Emerging Companies Trust (CBECT)” que se traduce como Fondo de Compañías Emergentes de la Cuenca del Caribe, The Caribbean Basin Mortgage Trust (CBMtgT) que se traduce como Fondo de Hipotecas de la Cuenca del Caribe.

Según la información que se le hacía llegar a los inversionistas y que controlaba el acusado (por medios de folletos, entrevistas y charlas) los fondos eran administrados por una empresa denominada GRESHAM-ATLANTIC SECURITY COMPANY Ltd, la cual, según se informaba se encontraba domiciliada en la Isla de Nevis en las Indias Británicas Occidentales, con oficinas de administración y de ventas en Costa Rica, Luxemburgo y Zurich. A pesar de lo que se decía, en realidad las oficinas de esta empresa desde su creación se encontraron ubicadas en el Edificio Cristal, Avenida Primera, Calle Primera y

Tercera en San José, punto central de todas las operaciones llevadas a cabo por el acusado.

En la información que se les hacía llegar a los inversionistas en cuanto a los fondos de inversión por parte del acusado, se decía que otra empresa denominada FIRST INTERNATIONAL TRUST COMPANY LIMITED, era la fiduciaria y encargada de la custodia del fondo Caribbean Basin Investment Trust. First International Trust Company Limited, era una empresa que había sido inscrita en la Isla Turks and Caicos en las Indias Británicas Occidentales. Al presentarse como la fiduciaria del Fondo Caribbean Basin Investment Trust, todas las sumas de dinero entregadas por los inversionistas se suponía que debían ser destinadas a la empresa First International Trust Company cuyas cuentas bancarias estaban en el Banco Alemán Panameño, en Panamá.

A fin de ganarse la confianza de los inversionistas en las empresas del acusado, se les indicaba que cada tenedor de un fondo de inversión en Caribbean Basin Investment Trust, quedaba automáticamente asegurado hasta por la suma de cincuenta mil dólares, por parte de una empresa internacional llamada Atlantic Casualty Company Ltd. Esta supuesta compañía aseguradora había sido inscrita inicialmente el 26 de febrero de 1985 en las Islas Turks and Caicos, en las Indias Británicas Occidentales. En el año 1986 fue cancelada su inscripción por lo que el 22 de agosto de 1991 fue inscrita nuevamente en la Isla de Man, en Charleston (país). La cobertura según se informaba a los inversionistas era automática, a menos que se declinara expresamente por parte del inversionista. Se garantizaba enfáticamente la completa redención o reintegro de todas las sumas invertidas en el fondo CBIT hasta por el monto ya dicho de \$50.000.00 dólares; sin brindarse más detalles a los inversionistas.

Dentro de la muchísima información que se les ocultó a los inversionistas y que se indicará posteriormente, estaba la referente a que todas las empresas que hasta el momento se han mencionado, a saber la Tienda de Inversiones de Costa Rica S.A. (The Investment Shop), Gresham-Atlantic Security Co. Ltd. , First International Trust Co. Ltd. Y la aseguradora Atlantic Casualty Co. Ltd., eran compañías que habían sido ideadas y conformadas por el imputado E.L.L.R., y que dichas compañías eran controladas por los esposos E.L.L.R. y J.L.; además de que eran compañías que no operaban en los países

donde habían sido inscritas. Además se ocultó a los inversionistas que personas como Francisco M. Benly quien se anunciaba en los folletos del Fondo Caribbean Basin Investment Trust como vicepresidente, era en realidad una persona de muy escasos recursos económicos cuya actividad es la pesca artesanal en la zona Atlántica de nuestro país, y que tanto la utilización del nombre de esta persona en los folletos de promoción de las inversiones en CBIT como la firma de esta persona en documentos como los que fueron remitidos a los inversionistas en donde se acusaba el recibo de las inversiones y cálculos de intereses, era un sello de algunas de las firmas del verdadero Francisco Miguel Benly Benly sin que ni siquiera se contara con autorización de esa persona para tales fines.

Con el propósito de hacer creer a los inversionistas, que existía una gran cantidad de empresas agroindustriales que se beneficiaban de los préstamos e inyecciones de capital que se hacían con los dineros por ellos aportados, y a la vez, que estas empresas generaban altísimas rentabilidades de ganancia, E.L.L.R. creó lo que llamó dentro de su organización “el grupo agrícola”.

Aunque a los inversionistas se les invitaba a invertir en Fondos de Inversión, cuyo propósito era hacer préstamos a empresas agroindustriales con altos márgenes de utilidad, y que los préstamos a esas empresas quedaban completamente asegurados con garantías reales en primer grado, jamás se le dijo a los inversionistas que las referidas compañías eran parte del mismo conglomerado de sociedades constituidas y controladas por E.L.L.R. Se les ocultó a los inversionistas que esas empresas pertenecían a sociedades creadas mediante la utilización de personas de escasos recursos económicos pagadas por E.L.L.R. o bien por empleadas de las sociedades por él manejadas. Se le ocultó al inversionista que esas empresas no llevaban sus libros legales al día, conforme a los requerimientos de ley. Se le ocultó al inversionista que la actividad de esas empresas era altamente especulativa y que la mayoría inmuebles y cosechas en poder de las mismas, no recibían un adecuado mantenimiento, por ende la productividad de las mismas no era capaz de generar las riquezas que se prometían a los inversionistas, ni garantizaban márgenes de ganancia suficientes para hacer frente a la devolución de lo invertido, también se ocultó al inversionista que las empresas agroindustriales y las empresas administradoras de los fondos se hacían préstamos entre sí, se condenaban

deudas y negociaban daciones en pago bajo la dirección inmediata de E.L.L.R. y sus empleados.

Como se advierte, el grupo agrícola era en realidad de una cantidad exagerada de sociedades que el acusado E.L.L.R. constituyó e inscribió en el Registro Público en nuestro país, utilizando para ello a empleados suyos o personas de escasos recursos, ancianos o alcohólicos, a quienes les pagaba entre quinientos y mil colones para que, como testaferros, firmaran los protocolos en donde se constituían esas sociedades e incluso en donde se realizaban otros actos jurídicos como constitución de deudas, daciones en pago, otorgamiento de poderes, etc. E.L.L.R. por medio de su esposa y otros colaboradores, les hacía creer a estas personas que ello no era nada irregular y que lo hacían para evitarse problemas de pago de impuestos en Estados Unidos. Como un ejemplo de las múltiples sociedades que formaron parte de lo que se denominó el grupo agrícola y que fueron conformadas por testaferros con el propósito de inducir a error a los inversionistas podemos citar entre muchas otras a las siguientes empresas: a) Paisajes Tropicales S.A. b) Sociedad de Equipos Nacionales S.A. c) Coco del Caribe S.A. y d) CORINVEST S.A.

Asimismo, siempre se ocultó a los inversionistas que los dineros aportados por ellos no serían utilizados en su totalidad para desarrollar las actividades que se anunciaban en los folletos y charlas, ni en la forma que se les exponía. Ello por cuanto los cheques en dólares que remitían los inversionistas desde el extranjero, no eran remitidos a las cuentas de los fondos de inversión que supuestamente manejaba la empresa First International Trust Company en Panamá. Por el contrario los cheques eran cambiados a colones en nuestro país, utilizando los servicios de bolsinistas, quienes durante los años noventa a noventa y tres cambiaban cheques en dólares por efectivo en colones a cambio del pago de una comisión. Posteriormente, el imputado E.L.L.R. hacía que grandes sumas de dinero en efectivo ingresaran a cuentas bancarias de sociedades sobre las que él mantenía control directo y podía firmar cheques, pudiendo destinar los fondos a cualquier fin, sin justificar los movimientos o bien dejando constancias mediante simples memorándums y facturas que eran agregadas a compendios de documentación, sin que constara ningún control o fiscalización sobre esos movimientos de dinero. Una de las principales sociedades creadas y manejadas por el acusado E.L.L.R., y que fue

utilizada con el propósito deliberado de distraer los dineros aportados por los inversionistas lo fue la sociedad “Servicios Administrativos de San José S.A.”, esta empresa abreviada en la práctica por las iniciales S.A.S.A. Para que la sociedad Servicios Administrativos de San José S.A. pudiera captar las sumas de dinero que provenían de los inversionistas, el acusado E.L.L.R. dispuso que se abriera una cuenta corriente en el Banco Nacional de Costa Rica, a nombre de la referida sociedad.

A partir de 1991, la citada cuenta bancaria se constituyó en el receptáculo de una buena parte de los dineros que originalmente habían sido aportados por los inversionistas en dólares y que ahora se habían cambiado en colones. Los dineros recibidos de los inversionistas ingresaron a la cuenta de S.A.S.A. mediante depósitos, la mayoría en efectivo y mediante dineros que eran desembolsados del Fondo Caribbean Basin Investment Trust Company (CBIT) y de la empresa First International Trust Company Ltd. a través de supuestos préstamos a la empresa S.A.S.A. A pesar de que la empresa S.A.S.A. manejaba sumas de dinero tan importantes, nunca se llevaron sus libros contables al día e inclusive, con base en el acta constitutiva se desprende que el capital social de esta empresa era únicamente de diez mil colones.

De la referida cuenta bancaria a nombre de S.A.S.A. en el Banco Nacional de Costa Rica el acusado E.L.L.R., su esposa y las personas que estaban autorizadas a firmar pero que actuaban bajo la supervisión directa del primero, y en tal orden de cosas emitían cheques para diverso fines, entre los que sobresale la emisión de cheques a favor del propio acusado. Para dar justificación de las erogaciones de dinero de la cuenta de S.A.S.A., E.L.L.R. remitía a sus empleados un reporte de gastos en el que incluía pagos por servicios de restaurante, compra de bienes personales, pago de clubes sociales como es el caso del Club Unión, pago de tarjetas de crédito, etc.; bastándole simplemente aportar las facturas, mismas que eran adjuntadas en folders. Asimismo, E.L.L.R. autorizó pagos de altas comisiones a sus principales colaboradores. De este modo, ajusticiado bajo el título de comisiones, justificó grandes erogaciones de la citada cuenta bancaria a favor de D.L. a quien se le extendieron múltiples cheques de la citada cuenta bancaria.

Otra forma en que el imputado desvió y se apropió de los dineros de los inversionistas fue mediante la emisión de cheques sin ninguna justificación a favor de su cónyuge, la imputada ausente J.R.L.R., conocida como J.L.

Asimismo, en forma directa fueron remitidos dineros de la cuenta bancaria de S.A.S.A. a otras cuentas bancarias como es el caso de la cuenta de la sociedad Compañía Asesora del Atlántico S.A., en el Banco Crédito Agrícola de Cartago, sociedad creada por iniciativa de E.L.L.R. Otras de las empresas ideadas por el ajusticiado para desviar fondos de los inversionistas fue la sociedad denominada Ranchos Dorados S.A, compañía panameña. La empresa Ranchos Dorados fue utilizada por el acusado con el ardid de hacer creer a los inversores que aquella administraba varias fincas que producían macadamia y cardamomo en nuestro país, entre ellas, la finca Aguas Claras, y a cambio de entregar sumas de dinero a favor de Ranchos Dorados S.A, se les hacía creer que estaban adquiriendo una parcela en producción dentro de la Finca Aguas Claras, ubicada en la provincia de Alajuela. Lo que nunca se les informó a los inversionistas, era que Ranchos Dorados era otra empresa constituida por E.L.L.R. y que las supuestas ventas de parcelas de cardamomo y macadamia no se efectuaban en la práctica, ya que los planos que se levantaban y enviaban a los inversionistas no tenían ningún valor y tampoco existía ninguna segregación ni venta en su favor, por lo que en la práctica ningún inversionista adquirió ningún derecho real en contraposición a lo que se les había hecho creer.

En este caso el Tribunal declara al imputado E.L.L.R. autor responsable del delito continuado de estafa, referido a treinta y seis delitos de estafa mayor agravada y dos delitos de estafa mayor, en virtud de lo cual se le impone el tanto de veinte años de prisión.

De los casos expuestos, es posible concluir que nuestra jurisprudencia se ha orientado a dar respuesta al problema que representan los fraudes colectivos que se han presentado en nuestro país, recurriendo a la figura del delito continuado lo cual tiene una serie de inconvenientes.

El primer problema se encuentra referido a la imposición de la pena, al ser tratado como un delito continuado está sujeta al criterio del Tribunal, para imponer la pena del delito mayor y en qué tanto la aumenta; lo cual puede ocasionar que se dé tratamientos desiguales y diversos a la figura de los fraudes colectivos, sancionando algunos con mayor dureza y rigurosidad que otros, de acuerdo con el criterio del tribunal que resuelva el caso.

El segundo problema está en la determinación de la misma finalidad que exige la figura del delito continuado y, en ocasiones, no es fácil de comprobar o establecer. Por último, no se debe olvidar, que el fraude colectivo, es precisamente una conducta engañosa, que se da a través de una o varias acciones, individualizables y puede tratarse de una conducta continuada o no.

Es por ello, que el delito continuado no es la figura más adecuada ni desde el punto de vista técnico, conforme al objetivo de lograr una más justa punición de esa conducta en nuestro sistema jurídico penal, debiendo por ello, tipificarlo en atención a su naturaleza patrimonial y engañosa, que encuentra mejor asidero en la figura de la Estafa agravada.

C.- BREVE REFERENCIA A LA EVOLUCIÓN HISTÓRICA Y JURISPRUDENCIAL DE LOS FRAUDES COLECTIVO EN ESPAÑA

1.- Evolución histórica en España de los fraudes colectivos

El delito masa y el fraude colectivo, como modalidad de éste, se presentan y son reconocidos como figuras nuevas debido a que surgen de la realidad social. En palabras de Antón Oneca cuando se refería al delito continuado, lo cual es aplicable al delito masa y por tal al fraude colectivo se trata de “necesidades vitales¹⁹⁸”, que el derecho no hace más que reconocerlas y dotarlas de la tutela penal, como una forma especial de protección, por tratarse de bienes comunitarios que tienen gran importancia en el desarrollo armonioso de la sociedad.

¹⁹⁸ 175 ANTON ONECA, Citado por DIAZ PALOS, F, op cit. p. 76.

Es así como en España surge, aproximadamente en los años 40, la figura del delito masa y como una modalidad específica de estos en el campo patrimonial, los llamados fraudes colectivos.

En este siglo, con el desarrollo de la sociedad, surge el denominado hombre masa, como aquella colectividad amorfa y sin personalidad jurídica, a la cual se dirigen una serie de propagandas, publicidad y ofertas, desde la televisión, la radio y otros medios de comunicación, etcétera; que de manera lícita llegan a esa masa o colectividad de individuos y se benefician al ofrecerle sus productos o servicios. Sin embargo, ese sujeto masa o colectividad de individuos es también considerando en algunos supuestos por el delincuente como el objetivo principal de su actividad delictiva, para lograr de esa manera obtener un beneficio económico cuantioso e ilegítimo en perjuicio de los individuos que lo componen y en su propio beneficio.

Ante esta nueva figura delictiva del fraude colectivo, que pese a estar dirigida a una colectividad o masa de sujetos, permitía la individualización de cada uno de los casos y de las cuantías en que habían sido defraudados los perjudicados, ofrecía el problema de encontrar la manera, como ya se ha expuesto anteriormente, de lograr una justa punición de esas conductas, haciendo que la sanción sea proporcional a la culpabilidad del delincuente y a la gravedad del perjuicio global causado a esa masa o colectividad de individuos.

En palabras de Sainz Cantero, el “obstáculo para una justa punición proviene de dos determinaciones insertas en el Ordenamiento Penal: el sistema de sancionar las estafas del artículo 529, que condiciona la pena a la cantidad defraudada, y la normativa del concurso de los delitos”¹⁹⁹.

De aplicarse en ese momento, las reglas relativas al concurso de delitos teniendo en cuenta el agravante de que la pena era determinada por el monto del perjuicio causado, si se tomaba en cuenta la cuantía por separado de los delitos cometidos, estos quedarían en faltas o en delitos menores y constituiría una burla a la justicia, ya el interés del delincuente se orientaba hacia la masa de individuos y al beneficio ilegítimo y

¹⁹⁹ SAINZ CANTERO, J.A., El Delito Masa, pp. 650—651

cuantioso que obtendría de su maniobra delictiva y no a los patrimonios individuales que defraudó²⁰⁰.

Es así, como en un afán de hacer justicia y de buscar la forma más adecuada de sancionar los fraudes colectivos en España, la jurisprudencia va tejiendo y dando forma a la figura de los fraudes colectivos, logrando su clara diferenciación con el delito continuado.

Por ello es importante conocer los principales fallos que fueron dando vida a los fraudes colectivos

2.- Desarrollo jurisprudencia de los fraudes colectivos en España

2.1.- Sentencia del 24 de enero de 1953, 2 de octubre y 13 de noviembre de 1954, 17 de diciembre de 1956, 31 de enero de 1958 y 3 de febrero de 1956

Ante el nuevo fenómeno delictivo del fraude colectivo, como modalidad del delito masa, que se presentaba y aumentaba considerablemente, los tribunales tuvieron que encontrar una solución lo más justa posible para este tipo de delincuencia. Es así como la jurisprudencia, empieza a dar sus pasos para lograr una más justa punición de los fraudes colectivos.

En las dos primeras sentencias referidas en el título las de 24 de enero de 1953²⁰¹ y 13 de noviembre de 1954 la jurisprudencia trató simplemente de dar respuesta a la

²⁰⁰.REOL SUÁREZ, A, *Op cit.* p. 23. “Por ello debemos llegara configurar un sujeto pasivo penal en el que, dándose determinadas circunstancias, constituiría ese solo sujeto y no diversos, el sujeto pasivo masa, digno de protección penal, y entonces no se tendrían en cuenta esos actos individuales de adquisición de participaciones de lotería , ni esos contratos perfectamente determinados entre el individuo y el defraudador, sino que , como lo que realmente se defraudaba era una credibilidad colectiva con el engaño y a quien se perjudicaba era a esa misma colectividad, a ese grupo social que había aportado sus ahorros y sus economías a un fin concreto y determinado común a todos, al estimar que el grupo social era el engañado y el perjudicado, la cantidad defraudada no sería nunca la individual, sino los cientos de miles o los millones de pesetas, suma total de la defraudación, atribuyéndolo como daño económico a ese sujeto pasivo masa, que es el grupo social y dentro de la misma definición de esta clase de delitos, cabría estimar como un matiz más — los indicados— de los ya configurados en el Código penal”.

²⁰¹ SAINZ CANTERO, J.A., *op. cit.* p. 657. ~ Así lo hace la sentencia de 24 de enero de 1953 que castiga como autor de un solo delito de apropiación indebida al que, comisionado por sus compañeros de trabajo, se traslada a Madrid para cobrar diversos jornales y se apropia de la totalidad de ellos. Se rechaza de este modo la estimación de varias faltas, que correspondería apreciar si se tomará en consideración el perjuicio individual sufrido por cada uno de los compañeros defraudados.”

nueva situación que se presentaba pero sin delimitar aún la existencia de una figura delictiva nueva y distinta del delito continuado²⁰².

Sin embargo, ya en las sentencias siguientes del 2 de octubre de 1954²⁰³, 17 de diciembre de 1956²⁰⁴, 31 de enero de 1958 y 3 de febrero de 1958²⁰⁵, se establecen los elementos esenciales del delito masa, estableciendo a criterio de Sainz Cantero, previo estudio de las recopilaciones hechas al respecto por A. Reol y F. Díaz Palos son los

²⁰² SÁINZ CANTERO, J.A., El Delito Masa p. 656. “Su punto de partida se ha señalado en la sentencias del 24 de enero de 1953 y 13 de noviembre de 1954, pero estos fallos y otros posteriores, no constituyen más que atrevidos tanteos para superar, frente al caso concreto, “la resistencia” que ofrece el problema de los fraudes colectivos”.

²⁰³ DIAZ PALOS, F, Op. cit. p. 91. Constituida una fingida sociedad para la construcción de viviendas bonificables, con la consiguiente propaganda gráfica y periodística, acudieron a las oficinas de la sedicente inmobiliaria muchas personas que otorgaron los contratos para la adquisición de las viviendas ofrecidas, abonando las arras o previa señal convenida, en cuya cantidad fueron perjudicados cada uno de los presuntos adquirentes por el imaginario plan. El Tribunal de instancia entendió que existía un delito continuado de estafa castigado con presidio mayor, dada la cuantía del total inferido. Impugnada la Sentencia, por entender el recurrente que existía varios delitos de estafa castigados con la pena inferior de arresto mayor, el Tribunal Supremo deniega el recurso, pues no cabe fraccionar la responsabilidad por la estafa según la cuantía de los perjuicios particulares, pues la organización fraguada no se dirigió contra un perjudicado individualmente, sino contra la generalidad, lo que constituye un único engaño y consiguientemente un solo delito. (Sentencia de 2 de octubre de 1954, bajo la ponencia del excelentísimo señor don Federico Castejón y Martínez de Arizala).”

²⁰⁴ REÓL SUAREZ, A. , Op. cit. p. 30 “el caso de la venta de participaciones de Lotería Nacional, aparentando poseer los correspondientes décimos o alguno de ellos, sin la totalidad. En este supuesto se dieron perfectamente diferenciadas las ocasiones, las fechas, perjudicados, lugares en que se vendieron las participaciones y número de éstas... La Sala de Instancia, ante este hecho, optó por calificarlo por tantos delitos de falsedad como participaciones expedidas y, además, por tantas infracciones penales como estafas cometidas, y siendo las participaciones de importe variable, no inferiores a cinco y no superiores a 25 pesetas, se calificaron las estafas de tantas faltas incidentales como número de defraudaciones cometidas, y después en la indemnización, se estimó, a efectos civiles, que correspondía fijarla a cada uno de los perjudicados como beneficio a recibir el importe de la parte de premio que les correspondería si las participaciones hubieran sido legítimas. Interpuesto recurso de casación por infracción de ley por el procesado, la Sala 2da del Tribunal Supremo, bajo la ponencia del Magistrado señor De la Rosa, jurista sin adjetivos— que empequeñecerían el calificativo—, estableció en sentencia de 17 de diciembre de 1956 que nos encontrábamos, no en presencia de múltiples delitos, ni de un delito continuado de falsedad documental y de diversas faltas de estafa representadas por el pequeño desembolso realizado por los engañados adquirentes de participaciones, sino de que se trataba “ de un solo y único delito de falsificación en documento privado y de un solo y único delito de estafa, por el importe de premio no pagado. El Supremo, en esta sentencia, va resueltamente a dar solución jurisprudencial — previa a la legislativa— a esta cuestión, rechaza rotundamente la teoría de múltiples delitos, y para ello no duda, conforme con una interesante tendencia doctrinal y jurisprudencial, en ir a la teoría del solo delito de falsedad documental, a pesar de ser varias las falsificaciones realizadas, estimando las diversas estafas como una sola y evitando con ello la indefensión del grupo social “.

²⁰⁵ DIAZ PALOS, F, op.cit pp. 94-95. “en el llamado “caso del lotero Escámez” en que también fueron vendidas innumerables participaciones de Lotería Nacional en cantidad muy superior al valor del billete que resultó premiado con el premio mayor, la Sala de instancia apreció un delito continuado de falsedad en documento privado como medio de cometer el de estafa, igualmente continuado, en cuantía de 60,000 pesetas, en relación a uno de los billetes, y en cuenta al premiado, apreció igualmente un delito continuado de apropiación indebida, por importe de 1,270,000 pesetas. La sala de Casación estima “impropia la calificación de delito continuado que el Tribunal de instancia atribuye a las falsedades que enjuició, en vez de concretarla en la presencia de un delito único, doctrina ya mantenida por esta Sala en anteriores resoluciones que, contemplando análogos supuestos de hecho, reconoció que las múltiples falsedades que podían apreciarse, una por cada participación expendida, no eran sino expresión varia y diversificada de un propósito doloso, medio adecuado para la realización de un designio defraudatorio que no se refiere a persona predeterminada, sino que se ofrecía engañosamente al público en general, cuya petición particular singularizaba a los adquirentes en forma innominada, habida cuenta de constituirse la relación jurídica bajo la fórmula al portador, pero como tal distinción no servirá para beneficiar al reo, puesto que la pena imponible no sufriría alteración alguna, ya que, único o continuado, fue un solo delito el que se apreció para sancionarlo, no procede tampoco la estimación del motivo de este recurso” (Sentencia de 3 de febrero de 1958, bajo la ponencia del excelentísimo señor don Federico Parera y Abelló).”

siguientes: “el subjetivo consistente en un único propósito o designio del sujeto activo, que pretende, en primer plano, la obtención de un lucro global, coincidente con la suma de los perjuicios individuales padecidos por los diversos defraudados, el perjuicio total sufrido por las diferentes víctimas del fraude, no tomándose en consideración como independientes las diversas cantidades defraudadas y el sujeto pasivo, integrado por una pluralidad de personas (colectividad) a las que se dirige de modo indeterminado la maquinación fraudulenta del sujeto activo”²⁰⁶.

Vemos como la jurisprudencia va forjando los elementos constitutivos o esenciales del delito masa y del fraude colectivos, estableciéndose como fundamental el elemento subjetivo es decir; ese designio o propósito único del defraudador que lo lleva a planear la comisión del delito teniendo en cuenta a esa masa o colectividad de individuos a perjudicar, como el mecanismo idóneo para obtener un beneficio ilícito y cuantioso. Esa proyección y conexión directa del delincuente hacia esa masa o colectividad, es lo que permite calificar como una sola actuación y un único delito, ese conjunto de actuaciones que poseen en sí mismas individualidad propia.

Por un criterio de justicia, no se podía interpretar que el defraudador estuviera interesado en perjudicar a un sólo individuo dónde el beneficio consistía en una cantidad ínfima, sino que todo el despliegue de sus actuaciones se encaminaba directamente a defraudar como global y como un único delito y no varios.

En estos fallos, partiendo siempre del criterio establecido en la primeras sentencias citadas, que lo definen como un delito único y masa, se profundiza en sus características, en especial el elemento subjetivo que es fundamental. En esta nueva figura delictiva de los fraudes colectivos, se habla entonces de que ese designio o propósito único es lo que permite apreciar su actuación como una masa de individuos que le proporcionarían una ganancia ilícita y cuantiosa; lo cual permite apreciar su actuación dolo de conjunto y evita el que se fraccione su responsabilidad²⁰⁷.

²⁰⁶ SAINZ CANTERO, J.A., El Delito Masa. p. 657. Ver en igual sentido, Díaz Palos, F. Delito— Masa: Delitos de Fraude Colectivo. pp. 93-95. y REOL SUAREZ, A, El Sujeto pasivo masa en delitos continuados y únicos de estafa. pp. 24 - 32.

²⁰⁷ Ver en igual sentido, SAINZ CANTERO, J.A., Op. cit. 658.

2.1.- Sentencias del 22 de marzo y 3 de mayo de 1966

También se profundiza en relación con el sujeto pasivo, sea esa colectividad de sujetos que ya empieza a definirse como masa o generalidad de individuos y se le va dando la connotación de unidad distinta de los individuos que la integran. Se entiende ese grupo de personas como un todo, como una unidad, masa, a pesar de que sus circunstancias pueden ser claramente una individualizadas.

2.2.- Sentencias del 10 de junio, 28 de junio y 13 de octubre de 1967

En estas sentencias se va produciendo la consolidación de la doctrina general del delito masa y por tal del fraude colectivo como una modalidad de éste.

Nuevamente se enfatiza en estos fallos la relevancia del elemento subjetivo estableciendo ese designio defraudatorio como fundamental, el cual va dirigido precisamente a la masa de individuos, con la finalidad de obtener un lucro global, cuantioso y unitario. En cuanto al sujeto pasivo, se le caracteriza como aquella colectividad de individuos, unidos por sentimientos o intereses comunes entre los cuales no existe un vínculo jurídico y han resultado perjudicados económicamente a consecuencia del propósito o designio del delincuente, de beneficiarse cuantiosamente a consta suya.

En estos fallos se define claramente al sujeto pasivo; en los términos señalados. Ya con la claridad que da a la jurisprudencia la experiencia de estarse pronunciando sobre este tipo de delincuencia por más de diez años, es en estas sentencias que se habla de los motivos que llevaron a la creación de esta nueva figura delito de masa como una forma de hacerle frente a la proliferación de fraudes colectivos; como por ejemplo en los casos de venta de tiquetes de lotería, venta de vivienda por inmobiliarias que no existían, etc.

La creación de esta figura delito masa, responde a la necesidad de una más justa punición de esas conductas y claro está, la única manera de lograr esa finalidad estaba en establecer que la conducta del delincuente iba directamente dirigida a una colectividad de individuos con el propósito de defraudarlos y obtener con ello un ilegítimo y cuantioso beneficio. Es decir, se crea la figura del delito masa, para poder agravar la pena que se impone a este tipo de delincuentes, debido a que en justicia su intención iba dirigida a

defraudar a la masa de individuos y el reproche a su actuación debe ser mayor; porque mayor era su culpabilidad, ya que las consecuencias provenientes del ilícito son graves. De esa forma se lograba establecer una sanción acorde o proporcional con la culpabilidad del delincuente.

Por otra parte, en cuanto a la naturaleza jurídica del delito masa, el Tribunal Supremo viene a determinar que surge como parte de una realidad natural con vida propia y no de una ficción jurídica, que resulta de la conducta dolosa del delincuente en causar un perjuicio a esa colectividad de individuos. El delito masa y con éste el fraude colectivo es una realidad natural y social, la jurisprudencia ha tenido que ir sobre la marcha delineando y dando forma a esta nueva figura jurídica.

Y es en la sentencia del 13 de octubre de 1967, que figura el concepto de delito masa de la siguiente forma: *“Estamos ante el Delito masa (...) cuando la acción y la culpabilidad del delincuente sean debidas a un querer premeditado y planificado a medio de un dolo exclusivo y unitario, que se desarrolla materialmente con la puesta en marcha de una actuación organizada contra diversas personas, atacadas a la vez o escalonadamente, a medio de un engaño común para todas, que son afectadas en su buena fe conjunta, como grupo de sujetos no vinculados entre sí en haz jurídico común, pero relacionados en armónica unión circunstancial, esporádicos o sin personalidad, por vínculos debidos a sentimientos o intereses idénticos, cuando aquella voluntad activa y anti- jurídicamente se dirija finalísticamente a alcanzar un resultado total, distinto de las cantidades económicas individuales que parcialmente lo compongan”²⁰⁸.*

De esta forma se define y se establecen los elementos constitutivos del delito masa y del fraude colectivo como modalidad de éste.

Por su parte, en la sentencia del 16 de octubre de 1967 se refiere al aspecto del “perjuicio”, entendiéndolo éste por la suma global obtenida por el defraudador de manera ilícita a costa de los sujetos que de buena fe aceptaron su propuesta y según este criterio de perjuicio como global, se determina la imposición de la pena, que será efectivamente más gravosa y definitivamente más justa y proporcional a la responsabilidad y culpabilidad del delincuente.

²⁰⁸ SAINZ CANTERO, J.A., Op. cit. p. 660.

Por último en este recorrido jurisprudencial, nos referimos a la sentencia del 13 de noviembre de 1967, en cuanto a la comisión del delito señala éste puede realizarse mediante una acción o varias, ya que lo determinante será el elemento subjetivo, sea ese propósito o designio único del delincuente que lo lleve a consumir su actuación ilícita.

Todos estos esfuerzos de la jurisprudencia española, para dar solución a la proliferación de fraudes colectivos, mediante el establecimiento de una justa punición de esas conductas, a través de la aplicación de la figura del delito masa, pasan la jurisprudencia y de la doctrina, al derecho positivo, incorporándose en el Código Penal español de 1973 en el artículo 81 bis.

Posteriormente, al entrar en vigencia el actual Código Penal español, aprobado en 1995, se le regula en su artículo 74 inciso 2 que al respecto expresa: *“Si se tratare de infracciones contra el patrimonio, se impondrá la pena teniendo en cuenta el perjuicio total causado. En estas infracciones el Juez o Tribunal impondrá, motivadamente, la pena superior en uno o dos grados, en la extensión que estime conveniente, si el hecho revistiese notaria gravedad y hubiera perjudicado a una generalidad de personas²⁰⁹”*. Es así como todo el esfuerzo de la jurisprudencia española, termina siendo incorporado como una figura jurídica nueva el delito masa de fraude colectivo, en la norma vigente del Código Penal español.

D.- DISTINCIÓN DEL DELITO MASA CON EL DELITO CONTINUADO EN EL SISTEMA PENAL ESPAÑOL

Si atendemos a las características que se atribuyen al delito continuado y que le han sido dadas a través de desarrollos jurisprudenciales en España, entenderemos el porqué se recurre a esta figura jurídica del delito continuado, para aplicarla a los fraudes colectivos, los cuales proliferan con gran fuerza en Europa y en España

²⁰⁹ CÓDIGO PENAL ESPAÑOL, ART. 74. CÓDIGO PENAL, p. 119. “ Aunque no lo denomine expresamente, al llamado delito masa, construcción jurisprudencial, con punto de partida en SS.T.S. 24—1-53 y 12—11-54, se refiere de modo inequívoco (como se dice es S.T.S. 4—10—83), el párrafo final del No.2, al mencionar “ a una generalidad de personas”. Se castiga así adecuadamente al sujeto que realiza una puesta en escena, en ejecución de un designio criminal único, encaminada a defraudar a una masa de personas (“ una colectividad amorfa de personas “ , se dice en S.T.S. 11-4—81), mediante una o varias acciones que, consideradas independientemente, constituiría cada una de ellas un delito o falta . Por último, habiéndose prescindido en el artículo 250 de la circunstancia 8va del artículo 529 (“cuando afecte a múltiples perjudicados), se evita la colisión con el actual artículo 74, que la jurisprudencia resolvía (en la anteriormente existente entre el artículo 69 bis y 529 . 8vo) conforme al principio de especialidad”.

aproximadamente en los años 40. Sin embargo, la idea de creer que la figura del delito continuado podía resolver el problema que en ese momento representaban los fraudes colectivos y lograr una más adecuada y justa punición de éstos, fue errada y así lo fue descubriendo poco a poco la jurisprudencia española.

Por esa razón, se va tejiendo e hilando la figura del delito masa, que posteriormente en España se plasma como ley en uno de los artículos del Código Penal.

Hoy, se sabe con alguna claridad que los institutos del delito continuado y del delito masa son diferentes, consideramos entonces necesario referirnos a esas características especiales que a su vez los diferencian, esto a la luz del sistema penal español.

1.- Distinción del delito continuado y del delito masa, en el sistema penal español

El delito continuado es producto de una extensa elaboración jurisprudencial y doctrinal en España, ya que legislativamente fue regulado en el Código Penal de 1928, en el artículo 1 de la Ley de Contrabando de 1982; posteriormente, fue incorporado mediante reforma de Ley del año 1983, al Código de 1973 en el artículo 69 bis, y actualmente se encuentra regulado en el artículo 74 del Código Penal de reciente aprobación²¹⁰.

Desde el nacimiento y a través de la evolución de la figura del delito continuado, se ha dado variación en cuanto a la naturaleza de éste. Primero se dice que el delito continuado responde a criterios de piedad y constituye una ficción jurídica.

Esta teoría clásica se funda en un aspecto histórico, la desarrollaron los prácticos italianos, como la forma de evitar la pena de muerte que se establecía en el régimen antiguo para el delito de hurto cuando se cometían tres delitos de esta especie. Entonces lograban mediante la ficción jurídica establecer esas acciones como si se tratara de un solo delito, lo cual impedía que se acumularán las penas y se impusiera la pena de muerte al delincuente. Esta teoría de la ficción jurídica la sustentaron en la unidad de plan y de designio del delincuente en la comisión del delito; pero en el fondo responde a esa

²¹⁰ Código Penal, Madrid, 2da edición 1996, Revisada y actualizada Octubre 1996, p. 118.

razón pietista a que hemos hecho referencia. Luego esta postura fue defendida por Carrara y actualmente es la que prefieren los criminalistas italianos²¹¹.

En España, la jurisprudencia fundamentó la ficción jurídica en razones de conveniencia prácticas, aplicando el instituto del delito continuado para aquellos casos concretos en donde las distintas acciones no se encontraban debidamente individualizadas; en especial en supuestos en que no se podía probar el número de acciones, la fecha de ejecución de éstas, las cantidades y otros aspectos del hecho²¹².

A esta teoría le siguió la denominada de la realidad natural, también proclamada por los italianos, para quienes se trata de un hecho continuado motivado por el propósito o designio único del autor del delito, que lo llevaba a actuar de manera continuada y a realizar una lesión jurídica que se identifica con la lesión jurídica de todos los actos lesivos individuales²¹³.

Como una tercera teoría entre la ficción y la realidad natural, aparece la de la realidad jurídica, esgrimida por los juristas alemanes, quienes aducen que la figura del delito continuado no es más que una creación del derecho; la cual surge del derecho consuetudinario. Su fundamento se establece en razones de conveniencia, ya que reviste gran dificultad para quienes administran justicia el determinar todas las acciones que el autor realiza para producir el resultado total (sumatorio), puesto que es inconveniente para la justicia el tener que reabrir la causa cada vez que se presente una acción similar a las realizadas por el autor del delito, que se desconocía en el momento de juzgar éstas. De ahí, que esta teoría pretende por motivos también pragmáticos evitar ese trabajo a la administración de justicia, que sería inútil e inconveniente, pues que una vez juzgadas ese conjunto de acciones que el autor realiza para obtener ese resultado global²¹⁴ y condenado por ello, todas las demás acciones que en el mismo sentido se presenten con posterioridad quedan incluidas como juzgada produciendo, la

²¹¹ ANTON ONECA, J, "Derecho Penal", *op cit.* p. 498.

²¹² VER EN IGUAL SENTIDO: SAINZ CANTERO, J.A., "El Delito Masa", *Op. cit.* p. 652. CÁNDIDO CONDE- PUMPIDO FERREIRO., "Comentarios del Código Penal", pp. 1173—1174. " Posteriormente, nuestra jurisprudencia alegó una razón pragmática, cual era la necesidad de castigar infracciones contra la propiedad de las que se conocía su conjunto y la totalidad de su cuantía pero se desconocían los datos para identificar en el tiempo, lugar o cantidad cada una de ellas, por lo que se establecía también la ficción jurídica de que constituían una unidad (vid. SS 11 abril 1957, 22 diciembre 1958, 16 octubre 1968, 29 mayo 1971, 26 abril 1974), lo que dio lugar a críticas de la doctrina por considerar que se producía una construcción contra el reo y sin apoyo legal."

²¹³ CÁNDIDO CONDE-PUMPIDO FERREIRO, *Comentarios al Código Penal*, *Op. cit.* p. 1174.

²¹⁴ REINHART MAURACH, *Tratado de Derecho Penal*. Tomo II, Barcelona, Editorial Ariel, 1962., p. 430.

consecuencia jurídica de cosa juzgada de esas actuaciones; es decir, se les tiene como resueltas²¹⁵.

En España la jurisprudencia se ha inclinado por aceptar esta última postura, que fue la fuente de motivación del artículo 69 bis expuesto en el Código Penal de 1983 y se ha llegado a reconocer por el Tribunal Supremo que el delito continuado no constituye una ficción; sino un ente real, antológica y esencialmente autónomo fundado en la existencia de un dolo unitario o designio común, merced al cual la pluralidad se reduce a la mitad (S 9 noviembre 1982)²¹⁶.

Es así como el delito continuado se establece claramente como figura jurídica, se le define y se enuncian sus elementos constitutivos.

Antón Oneca define el delito continuado como aquel que *“Consiste en dos o más acciones homogéneas, realizadas en distinto tiempo, pero en análogas ocasiones, que infrinjan la misma norma jurídica”*²¹⁷.

2.- Elementos constitutivos del delito continuado y su distinción con el fraude colectivo, en el sistema penal español

Son muchas las definiciones que podríamos citar sobre el delito continuado; sin embargo, parece innecesario hacerlo ya que resulta más provechoso referirnos a los elementos²¹⁸ que lo integran de conformidad con lo establecido en el artículo 74 del

²¹⁵ ANTÓN ONECA, J. *Derecho Penal*. p.499.

²¹⁶ CÁNDIDO CONDE- PUMPIDO FERREIRO, *Comentarios al Código Penal* p. 1174.

²¹⁷ ANTÓN ONECA, J., *Derecho Penal*. Madrid, 2a edición, Ediciones Akal s.a., 1986, p. 498. CÁNDIDO CONDE- PUMPIDO FERREIRO, *Comentarios al Código Penal*, p. 1169. “el delito continuado es una figura del concurso de infracciones punibles que agrupa en un solo delito una serie de acciones homogéneas realizadas en distintos momentos temporales, pero presididas por la idea de unidad resolutoria. La denominación de “continuado” no significa que no haya entre aquellas acciones solución de continuidad, sino que por el contrario, y contra lo que significa el delito permanente, en el continuado hay, una serie de conductas fraccionadas y separadas por espacios temporales más o menos largo, si bien, y como veremos , esa separación no ha de ser tan extensa que rompa el carácter unitario del elemento anímico o propósito de continuación en la ejecución de las acciones plurales”.

²¹⁸ ANTON ONECA, J, “Derecho Penal”, *op cit.* p. 501. “Caracterizan al delito continuado, en primer término, elementos objetivos. Las acciones han de ser homogéneas y realizadas en análoga ocasión. Estas acciones lesionan una misma norma jurídica, o lo que es lo mismo, están comprendidas en una mismo tipo fundamental... La mayor parte de los penalistas alemanes se contentan con los elementos objetivos. Pero el Tribunal Supremo Alemán, lo mismo que el español, y los escritores italianos precisan unidad de elemento subjetivo. ¿ En qué ha de consistir ésta? Se habla por los realistas de unidad de dolo o de resolución criminal. Pero lo cierto es que ¡ si hay pluralidad de acciones, la hay también de resoluciones de voluntad. Por esto Carrara propuso designar el elemento subjetivo de la continuación con la fórmula “unidad de designio” aceptada por el Código italiano de 1930 razonándose en la exposición de motivos que lo verdaderamente persistente en el delito continuado es la ideación y no la resolución. Contra la exigencia de un elemento subjetivo unitario se han alegado importantes razones: que la persistencia en el dolo no debe ser motivo de atenuación, sino todo lo contrario, mientras lo característico del delito continuado sería precisamente el sucumbir de nuevo a la tentación, y también se argumenta con la práctica, en la que es fácil observar cómo la unidad de dolo,

Código Penal español vigente, para poder con ese fundamento diferenciarlo del delito masa; también tipificado en el artículo mencionado.

2.1.- Elemento fáctico del delito continuado.

El elemento fáctico del delito continuado, se encuentra constituido por la pluralidad de acciones u omisiones o de hechos típicos que pueden ser diferenciados pero que no requieren ser individualizados.

Eso sí se exige que entre las pluralidad de acciones u omisiones llevadas a cabo por el autor del delito, exista cierta conexión temporal, con lo cual si existe un lapso excesivo de tiempo entre una acción y otras, la continuidad se pierde. Esta conexión de tiempo y lugar, que se exige entre las diversas acciones llevadas a cabo por el autor del delito continuado podemos llamar unidad de ocasión; fue uno de los aspectos que impidió la aplicación de esta figura a los fraudes colectivos, que se presentaron aproximadamente en los años 40 del presente siglo, en Europa y España.

Los fraudes colectivos, tenían el inconveniente de que, aunque se daba una pluralidad de acciones, estas no tenían entre sí una conexión de tiempo y lugar tan clara, sino que se daban amplios períodos de tiempo de diferencia entre uno y otro que impedía la posibilidad de establecer la continuidad que en ese momento se fundaba también en la unidad de ocasión referida²¹⁹.

Además se ha exigido por parte de la jurisprudencia, que dichas acciones u omisiones plurales se conozcan en un mismo proceso, sea por conexión o por acumulación de autos. Y con la sentencia de esa pluralidad de hechos típicos que configuran el delito continuado, se produce el efecto de cosa juzgada; sobre hechos similares que formen parte de la continuidad delictiva pero que no fueron incluidos en el fallo²²⁰.

muchas veces invocada por los Tribunales, no pasa de ser una ficción, y lo mismo puede decirse de la unidad de designio”.

²¹⁹ SAINZ CANTERO, J.A., “ El delito masa”, *op cit.* p. 653-654. “ Desde antiguo venía exigiendo nuestro más alto Tribunal para apreciar la existencia de delito continuado, la unidad de ocasión, requisito que hay que entender como exigencia de que las acciones aparezcan como ampliación o prosecución unas de las otras, la cual no se da sin una cierta conexión de tiempo y lugar. En los Fraudes Colectivos presentados ante nuestros tribunales faltaba esa unidad de ocasión, pues las distintas acciones no aparecían como ampliación o prosecución unas de otras, no había conexión de tiempo y lugar, y generalmente, entre los diversos actos fraudulentos se producían intervalos largos.”.

²²⁰ QUINTERO OLIVARES, G. y VALLE MUÑIZ, J.A., Comentarios al Nuevo Código Penal , Pamplona, Editorial Aranzadi, S.A., 1996, p. 413.

Tal y como ya se ha expuesto, la figura del delito continuado se utilizó en un momento dado de su evolución histórica, con un fundamento pietista, para evitar mediante la ficción jurídica de entender que una serie de acciones se uniera y entendiera como una sólo y así se juzgara, para evitar se le aplicará al individuo la pena de muerte, ya que así estaba regulado en el delito de hurto cuando un individuo cometía tres de este tipo de delitos. Este criterio pietista, fue uno de los motivos que impedía aplicar la figura del delito continuado a los fraudes colectivos, pues al delito continuado se le atribuía un fundamento apietista, aplicado para hacer más benigna la pena en favor del delincuente.

En el fraude colectivo, se pretendía lo contrario: aplicar al sujeto que había cometido una pluralidad de acciones u omisiones, una pena más severa que aquella que se imponía al aplicar las reglas del concurso material, pues debido a la cuantía de los delitos cometidos y la pena se encontraba establecida de acuerdo con el perjuicio causado, esta resultaría totalmente desproporcionada e injusta conforme con la culpabilidad del sujeto, que tuvo como su objetivo el defraudar a un grupo numeroso de individuos. Luego la concepción del delito continuado fue variando y hoy ya no se esgrime el aspecto pietista que tiene que ver con su origen histórico para fundamentarlo²²¹.

Otro fundamento que se dio al delito continuado, fue eminentemente pragmático, con la finalidad de poder aplicar esta figura a aquellos supuestos donde no era posible individualizar las acciones u omisiones, porque se ignoran aspectos fundamentales de estas. Se utilizó en estos supuestos, el delito continuado como expediente procesal. Esta fue una de las diferencias o imposibilidades que se dieron al pretender aplicar la figura del delito continuado a los fraudes colectivos que en ese momento afloraban.

La imposibilidad surgió debido a que los fraudes colectivos se encontraban constituidos por una pluralidad de acciones u omisiones, pero debidamente individualizados; de ahí que teniendo el delito continuado el fundamento citado de expediente procesal²²², no era posible incluir en éste esa pluralidad de acciones que se encontraban debidamente individualizables, y por tanto, encuadraban perfectamente en el concurso material de delitos.

²²¹ SAINZ CANTERO, J.A., "El delito masa", op.cit p. 652—653.

²²² SAINZ CANTERO, J.A., "El Delito Masa", oP.cit. p. 652.

Pese a que la concepción que se tenía sobre el delito continuado, como expediente procesal ha variado y se acepta actualmente que constituye una realidad jurídica, la diferencia en cuanto al fraude colectivo sigue siendo evidente, ya que responden a dos problemáticas distintas. Sin embargo, el artículo 74 en estudio, de la legislación penal española vigente, reconoce la identidad de elementos en algunos de estos, sobre todo de acuerdo con la concepción actual que se le ha dado al delito continuado. La pluralidad de acciones u omisiones o de hechos típicos llevados a cabo por el autor del delito para la comisión de éste; parece ser uno de los elementos comunes a ambas figuras jurídicas, sean el delito continuado y el delito masa²²³.

Sin embargo, es nuestro criterio, que efectivamente el hecho de que se regule en el mismo artículo el delito continuado y el delito masa, señalándole una serie de elementos comunes que en la realidad pueden no serlo tanto, puede llevar a confusión y a obstáculos a la hora de aplicarlo; las cuales pudieron evitarse con sólo establecer de manera separada la regulación de ambos delitos.

Si bien es cierto, la concepción del delito continuado ha variado desde sus inicios hasta la fecha y hoy se puede decir que es un tanto más afín que en el pasado con el delito masa; siempre existe tal y como se ha apuntado, diferencias importantes entre ambos institutos puesto que responden a distinta problemática para las cuales se les ha dado una solución diversa en el estableciendo de la pena; el delito continuado responde al principio de absorción con agravación y el delito masa recurre al principio de exasperación²²⁴.

²²³ QUINTERO OLIVARES, G Y VALLE MUÑIZ J.M, "Comentarios al Nuevo Código Penal", *op cit.* 411. "No resulta baladí, sin embargo, destacar algunas consideraciones generales. Ante todo, quiera resaltar las grandes dificultades que puede ocasionar la opción elegida por el legislador en orden a regular conjuntamente, compartiendo elementos comunes , las dos hipótesis de delito continuado y delito masa. Ambas responden a situaciones de diversa problemática, como, por otra parte, se desprende claramente de la distinta solución penológica adosada. Mientras que en el delito continuado se opta por el criterio de la absorción con agravación (pena señalada para la infracción más grave en su mitad superior), en el delito masa se aplica el principio de exasperación (pena superior en uno o dos grados, en la extensión que se estime conveniente). En otros términos , en la continuidad delictiva lo que se pretende es evitar el trato más severo que hubiera correspondido a la pluralidad de delitos a tenor de las reglas de acumulación material. Es una figura , por tanto, que privilegia la reacción penal sobre la base de una cierta identidad parcial (en los términos expresados por la ley) de las varias infracciones concurrentes. En el delito masa, por contra, se pretende el efecto contrario. Esto es, soslayar los efectos privilegiados del sistema de determinación de pena del concurso real cuando de infracciones contra el patrimonio, de escasa cuantía cada una de ellas, se trate. Pues, el límite de la acumulación jurídica consistente en no imponer pena mayor al tiempo de duración del triple de la más grave impediría una correcta valoración punitiva de la multiplicidad delictiva presente en estos casos. Nos encontramos, sin lugar a dudas, ante una figura agravada que permite un importante salto de pena a imponer (pena superior en uno o dos grados).

²²⁴ QUINTERO OLIVARES, G. Y VALLE MUÑIZ, J.A. "Comentarios al Nuevo Código Penal", *Op. Cit.* p. 411.

2.2.- El elemento subjetivo: unidad de designio o de propósito

Este elemento subjetivo hace referencia directa al dolo conjunto o unitario; es decir, a esa voluntad del autor del delito directamente planificado y encaminada a producir un resultado global. Ese designio o propósito lo expresa el artículo 74 como plan preconcebido, todas las acciones realizadas por el autor del delito se encaminan a cumplir con un plan que previamente se ha propuesto y obtener con ello un resultado global.

También se incluye en la Legislación Penal española actual, la denominada unidad de motivación, el sujeto se aprovecha de idéntica ocasión; dándose un dolo de continuación. Este elemento también actualmente se establece como común entre el delito continuado y el delito masa. Sin embargo, hay quienes critican esta situación, argumentando que en el caso de la unidad de motivación, cuando el sujeto se aprovecha de un supuesto igual para continuar su actuación delictiva, el reproche debería ser menor porque no se trata de un plan preconcebido²²⁵. De ahí, que el delito continuado debería aplicarse en el segundo supuesto y el delito masa en el primero²²⁶.

2.3.-El elemento objetivo: homogeneidad en el *modus operandi* utilizado y unidad del precepto penal violado

Para aplicar el delito continuado se requiere que el autor de la pluralidad de acciones omisiones o hechos típicos, lleve a cabo su designio o propósito delictual,

²²⁵ DIAZ PALOS, F, "Delito-masa: delitos de fraude colectivo", *op cit.* p. 82—82. " Unos casos en los que el sujeto ha contado ab initio, con el logro del resultado total de las acciones que ha ido ejecutando de manera gradual, como medio mejor de lograr la nieta propuesta. Otros , la inmensa mayoría de los recogidos por la doctrina jurisprudencial en que, puesta la primera acción por el sujeto, se ha creado un "clima" que incita al sujeto a la repetición , tan pronto como se presente la misma ocasión propicia. En el primer grupo minoritario de casos se habla por unos de "unidad de dolo" o de pluralidad de resoluciones con "unidad de propósito", de "unidad de plan". de "resolución genérica". En el segundo grupo de casos, lo único que permanece es la unidad, o mejor la identidad de ocasión, provocadora de idéntica motivación. La consecuencia , en el juicio de culpabilidad, es clara, parangonada con el que merece el delito instantáneo o de una sola acción: en el supuesto de dolo abarcando el resultado global, la culpabilidad es mayor en cuanto se corresponde con ese más grave resultado pretendido por el agente. En el segundo caso de recaída en la tentación, por repetirse la misma ocasión advertencia, la voluntad es menos intensa y grave que en el concurso real, como dice Del Rosal siguiendo a Correia, y como afirma también Camargo, sin distinción de casos".

²²⁶ QUINTERO OLIVARES G. y VALLE MUÑIZ J.M, "Comentarios al Nuevo Código Penal", *op cit.* p. 412. " Así, es curioso que el componente subjetivo del ilícito se componga indistintamente de un dolo preconcebido o de un dolo ocasional. Siendo así, que en principio las hipótesis que respondieran a la "teoría de la tentación" (aprovechando idéntica ocasión), habrían de merecer menor reproche que aquellas integradas por un dolo preconcebido (mayor intensidad del ataque a los bienes jurídicos tutelados). Mientras que el delito masa sólo es aceptable en hipótesis de existencia de un plan preconcebido, el delito continuado debería ceñirse en mayor grado al aprovechamiento de idéntica ocasión, pues su trato más benigno no puede dejar de apoyarse en una menor intensidad de la voluntad criminal (recuérdese que por definición el delito continuado muestra, objetivamente, una clara intensificación del ataque al bien jurídico)."

mediante la utilización de los mismos mecanismos, instrumentos y técnicas que le permitan obtener el resultado único y global que se ha representado.

Además se requiere que con la acción delictual continuada se infrinja o lesione el mismo precepto legal. Esto significa que la pluralidad de acciones u omisiones quedan subsumidas en el mismo precepto legal o en semejantes figuras penales²²⁷.

2.4.- Identidad del sujeto activo

Para que se den los presupuestos del delito continuado, se requiere que el sujeto sea el mismo que realiza o lleva a cabo la pluralidad de acciones u omisiones de la conducta continuada delictual. Al exigirse un dolo único, se exige también que la actividad la realice el mismo sujeto activo. Pueden intervenir terceros en la actividad delictual, pero estos responderían únicamente por el grado de culpabilidad que les corresponda de acuerdo con su actuación²²⁸.

2.5.- No es necesario la identidad de sujeto pasivo

En sus inicios, la figura del delito continuado requería como uno de sus requisitos la unidad en el sujeto pasivo, fuera un único sujeto el directamente lesionado o perjudicado con la actuación continuada delictiva. Este aspecto fue uno de los puntos principales por los cuales no fue posible aplicar la figura del delito continuado a los fraudes colectivos; ya que estos últimos, presentaban un sujeto pasivo constituido por una pluralidad de individuos que habían resultado perjudicados con la actuación continuada delictiva, pero por tratarse de un numeroso grupo se les llegó a catalogar como sujeto pasivo masa, naciendo así la figura del delito masa y del fraude colectivo como una modalidad de éste, específicamente referido al campo de los delitos patrimoniales²²⁹.

²²⁷ QUINTERO OLIVARES, G y VALLE MUÑIZ, J.M., "Comentarios al Nuevo Código Penal", Op. cit. p. 413. CANDIDO CONDE- PUMPIDO FERREIRO, "Comentarios al Código Penal", Op. cit. p. 1176—1177.

²²⁸ CÁNDIDO CONDE- PUMPIDO FERREIRO, "Comentarios al Código Penal", Op. cit. p. 1177. QUINTERO OLIVARES, G., y VALLE MUÑIZ J.M., "Comentarios al Nuevo Código Penal", op cit. p. 413.

²²⁹ SAINZ CANTERO, J.A., "El Delito Masa", Op. cit. p. 654. "En contra de la opinión dominante en la doctrina, el Tribunal Supremo exigía para la estimación del delito continuado que el sujeto pasivo fuera único, exigencia que incluso se hacía en las infracciones patrimoniales. Siendo la característica más acusada de los fraudes colectivos, la variedad de los sujetos pasivos, es obvio que la aludida exigencia constituía el principal escollo para la viabilidad de su tratamiento conforme a la construcción de delito continuado. A la vista de estas consideraciones, no resulta extraño que cuando se presentaron ante los Tribunales los primeros casos de fraudes colectivos con pluralidad de sujetos pasivos y

Sin embargo, en la actualidad, con las modificaciones o transformaciones que ha experimentado el instituto del delito continuado, también a consecuencia de la jurisprudencia que trató de encontrarle solución a la problemática de los fraudes colectivos, según lo hemos referido ya, la unidad de sujeto pasivo no constituye requisito del delito continuado.

2.6.- Se exige que los bienes jurídicos lesionados no sean eminentemente personales

Este es un requisito negativo, el cual excluye conductas delictivas que aunque continúen lesionen bienes jurídicos eminentemente personales²³⁰; pues se considera que por ese carácter tan directo y personal, es difícil dejar de hacer una valoración separada de cada actuación delictiva²³¹. Sin embargo, se hace la salvedad en la aplicación de este requisito de las ofensas relativas al honor y la honestidad, que deberá apreciarse en cada caso sobre la naturaleza del hecho y del precepto infringido para aplicar o no la figura del delito continuado²³².

Tal y como se desprende de la exposición realizada en relación con los elementos que de conformidad con el artículo 74 posee en la actualidad el delito continuado, es posible aceptar que los elementos citados son afines también al fraude colectivo. Sin embargo, tal y como lo hemos manifestado, esto no siempre fue así; la concepción y tratamiento jurídico dado al delito continuado ha evolucionado hasta llegar a conformarse tal y como lo regula el artículo 74 del Código Penal español.

patrimonios lesionados, con su integración de acciones múltiples, perfectamente determinadas en cantidad y fechas, concurriendo en ellos además la peculiaridad de que el apreciar un solo delito, en lugar de pluralidad de ellos en concurso, perjudicaba al culpable, se encontraría una fuerte resistencia a calificar de delito continuado”.

²³⁰ CÁNDIDO CONDE- PUMPIDO FERREIRO, “Comentarios al Código Penal”, Op. cit. p. 1177. “ Por bienes eminentemente personales se entienden aquéllos tan inherentes al ser humano que aparecen primariamente insertados en el concepto de la personalidad y contribuyen a su mantenimiento y desarrollo. Pero no cualquier bien personal produce el efecto excluyente, sino sólo los que tengan de forma eminente tal carácter.”

²³¹ CÁNDIDO CONDE- PUMPIDO FERREIRO, “Comentarios al Código Penal”, Op. cit. p. 1178. “ Aplicando esta excepción el Tribunal Supremo ha negado la posibilidad de contemplar como continuados los delitos que representen un atentado a la vida, a la integridad física, a la libertad o a la seguridad. Entre los delitos cuya continuidad se declara imposible se incluyen robos con violencia o intimidación en cuanto tienen un componente de atentado a uno de aquellos bienes (SS 21 noviembre 1985, 24 de octubre 1987, 5 mayo 1989, 18 septiembre 1993) , las lesiones (SS 14 junio 1993, 26 abril 1994), el delito de torturas (S 1 febrero 1994), los de incendio y estragos, por su capacidad de lesión de bienes personales (S 4 de febrero 1992).

²³² CÁNDIDO CONDE- PUMPIDO FERREIRO, “Comentarios al Código Penal”, Op. Cit. p. 1177—1178. QUINTERO OLIVARES, G, y, VALLE MUÑIZ J.M, “Comentarios al Nuevo Código Penal”, Op. cit. p. 413.

En principio, al presentarse los fraudes colectivos, la naturaleza y las características que conformaban el delito continuado, hizo imposible la aplicación de esta figura a los mencionados fraudes, haciendo necesaria la creación de una figura jurídica nueva como lo es el delito masa.

Hoy vemos como las características principales del delito continuado sirven de base al delito masa. Al respecto compartimos la crítica que se ha hecho a esta elaboración legislativa, de tratar estos dos institutos que responden a problemáticas distintas y establecen soluciones penológicas diversas, en un mismo artículo lo cual nos parece puede llevar a confusión y obstaculizar la diferenciación de ambas figuras.

E.- PROPUESTA PÓLITICO-CRIMINAL

El fraude colectivo posee características especiales que desde una perspectiva amplia permitirían su ubicación dentro de los delitos contra el orden publico económico; sin embargo, la doctrina mayoritaria española y alemana lo ubica dentro de los delitos contra el patrimonio. Esto conlleva a que en los fraudes colectivos, el bien jurídico protegido sea el patrimonio, entendido como conjunto de valores económicos que pertenecen a un individuo y son reconocidos por el ordenamiento jurídico, este tipo de delito ocasiona una vulneración al patrimonio como tal, mediante el perjuicio económico que se le causa a la víctima.

Ahora bien, por sus características especiales ya analizadas, el fraude colectivo no es un fraude común, sino que tiene como su principal diferenciación la existencia de un sujeto pasivo masa, lo cual a su vez hace que sea notoria la gravedad de este tipo de delitos y el reproche al sujeto que comete esta conducta debe ser mayor; porque causará el menoscabo económico de un grupo numeroso de personas. De ahí, que este tipo de fraude, requiere una regulación adecuada y justa que permita responsabilizar al autor o autores del delito, con el rigor que se requiere.

El fraude colectivo, por tratarse de un delito patrimonial y una modalidad agravada de la estafa, es que su regulación necesariamente debe darse en esta figura penal, siguiendo un criterio de especialidad. Por ello me interesa en esta investigación ahondar sobre la figura genérica de la estafa, para luego analizarla en Costa Rica, proponiendo la inclusión de los fraudes colectivos como una forma agravada de ésta en el Código Penal.

1.- Fraude colectivo: Solución en el derecho penal costarricense para su regulación legal

Tal y como lo he expuesto y estudiado en esta investigación, los fraudes colectivos pueden definirse más adecuadamente como una modalidad agravada de la estafa. Es un comportamiento engañoso que reviste gravedad, porque se dirige a un grupo considerable de personas y les causa un perjuicio económico con la sola finalidad del autor o autores del delito para obtener un provecho patrimonial cuantioso, en su beneficio. No se trata de una estafa común, sino que constituye un fraude cuyas dimensiones perjudica a una generalidad de personas o masa de individuos, lo cual fue concebido por el autor o autores del delito mediante el plan que idearon, para estafar a sus víctimas desde el inicio de su actividad delictiva.

En la figura de la estafa es donde se logra, según mi criterio, una mejor regulación del fraude colectivo, es necesaria por tanto la inclusión en el párrafo segundo del tipo agravado de la estafa, la referencia a las características del fraude colectivo; para castigar a los que incurrir en esta delincuencia, con una pena más severa y en ese sentido se orienta la propuesta que al respecto hago en esta investigación y expondré más adelante.

En primer término, se expone el fraude colectivo y la estafa, a la luz de la normativa penal costarricense, para luego exponer la propuesta de regulación como forma agravada de la estafa que me parece conveniente, de los fraudes colectivos, para lograr una justa punición de esta conducta delictiva.

2.- Fraudes colectivos y estafas: Su tratamiento doctrinal a la luz de la normativa penal costarricense

La estafa es un delito contra el patrimonio, ya que su comisión implica una lesión a ese conjunto de valores económicos que pertenecen a un individuo y son reconocidos en el ordenamiento jurídico, el cual resulta menoscabado por la actuación ilícita del delincuente. La estafa tiene su antecedente en el derecho romano, en la figura denominada *stellionatus*²³³.

²³³ VALLE MUÑOZ , (J.M), El Delito de Estafa, op cit. p. 39 y 40.

La estafa puede adoptar las formas mas astutas e ingeniosas por parte del sujeto activo para engañar a otro, logrando que éste realice una disposición de su patrimonio, para obtener así un beneficio propio a costa del perjuicio ajeno. Por eso se ha dicho que la esencia de la estafa es el engaño, busca los medios para dar a la mentira una apariencia de licitud con la única finalidad de lograr que el sujeto pasivo realice un acto de disposición patrimonial que le permita obtener un beneficio indebido, aprovechándose de la confianza o el descuido del sujeto a quien va dirigido el fraude²³⁴.

Para Jiménez Huerta, “la verdadera esencia antijurídica del delito de fraude radica en los engaños, ardides, artificios y maquinaciones de que se vale el sujeto activo para sumergir en un error a otro y determinarlo a realizar un acto de disposición patrimonial”²³⁵.

Esta es básicamente la concepción de estafa, con algunas variantes, viene a constituir el tipo penal de la estafa en diversos códigos penales del mundo.

Desde un punto de vista sociológico, el profesor Luis Carlos Pérez, expresa que la estafa viene a ser el aprovechamiento indebido de bienes ajenos, mediante artificios o engaños para lograrlos. Se trata de un delito calculado y se desarrolla ahora en estratos superiores, no es una creación de miseria sino de opulencia, respaldada por hechos jurídicos y no solo por palabras. Hoy se dirige también al experto y al estudiado y se desarrolla mediante *modus operandi* complejos, en los mercados de capitales y títulos representativos de valores²³⁶.

De este concepto sociológico, se establece que uno de los elementos más importantes que vienen a definir la conducta típica es precisamente el engaño, cada día se vuelve más perfeccionado y técnico, por lo cual llega a personas estudiadas y

²³⁴ (Citas, GONZALEZ RUS (J), Manual de Derecho Penal, Parte Especial II, Delitos contra la propiedad, Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid, 1992, 188 y 189 p. - De Luis Carlos Perez , TRATADO DE DERECHO PENAL, Editorial Temis, Bogota, 1974, pag. 653-654 citado por BARRERA DOMINGUEZ (H), Delitos contra el Patrimonio Económico, III edición, Ediciones Librería del Profesional, Colombia , 1994. p.144 : “Se infiere nítidamente que la esencia de la estafa es el aprovechamiento indebido de bienes ajenos, mediando artificios o engaños para obtenerlos. La estafa no es hoy exclusivamente el premio a la viveza de unos y el castigo ala ingenuidad de otro, y no todas las veces nace el contacto personal entre el trapisondista y el desposeído. Excepcionalmente es el truco del hambreado. Es un delito calculado, prospectado, que se sale del local del teneadero y va al salón del gerente. Ya no es, como cuando se llamaba estelionato, creación de miseria, sino más bien de la opulencia. No se apoya en palabras, sino también hechos jurídicos. No se dirige sólo al rústico, sino al experto y al letrado. No reviste la simplicidad de las milagrerías ni del paquete chileno, sino que gana abstracción en los mercados capitales en las sociedades, y en los títulos representativos de valores “.

²³⁵ Jiménez Huerta (Mariano), DERECHO PENAL MEJICANO, Editorial Porrua, 1972, p. 126, citado por Barrera Domínguez, op cit p. 145.

²³⁶ PERES (L.C.), citado por BARRERA DOMÍNGUEZ , “Delitos contra el Patrimonio Economico”, op cit, p. 144.

conocedoras de la propuesta que se les está haciendo y aún tomando las previsiones del caso, resultan convencidas y posteriormente perjudicadas. Se acuña al lado de la estafa, el término de fraude y ambos podrían utilizarse de manera indistinta, puesto que ambos implican un desapoderamiento doloso e injusto, mediante engaño, en provecho propio y en perjuicio de otro. Es por ello que el concepto de fraude viene a ser más amplio que el de engaño, aunque semánticamente son sinónimos y así en el léxico común se utilizan e identifican. Esto precisamente porque no todo engaño, constituye un fraude que tenga relevancia en el ordenamiento jurídico, así como reconocimiento o tutela del mismo en el campo civil o penal. Es decir, por engaño podemos entender una mentira simple, que no se dice con la malicia y la intención de causar un perjuicio económico de algún tipo como si debe suceder necesariamente en el fraude²³⁷.

La distinción que ha resultado relevante a través del tiempo es entre la figura del fraude civil y fraude penal, para diferenciar uno del otro y poder determinar cuándo se trata de un negocio o contrato incumplido ubicable en el campo civil y cuándo, por el contrario, el resultado del menoscabo en el patrimonio de la víctima ha sido producto del actuar doloso y malintencionado del delincuente, quien mediante maniobras engañosas lo ha llevado a error, para que realice a consecuencia de ese error una disposición patrimonial, generándole un beneficio injusto e ilícito al autor del delito y un perjuicio económico a la víctima.

Al respecto, una de las teorías más difundidas fue la de Pfizer, quien establecía la diferencia como una cuestión de grado; es decir, de acuerdo con la gravedad del fraude, circunstancia que debería ser valorada por el juez en cada caso²³⁸. Esta posición, no ofrece mayor ayuda ya que convierte el criterio en casuística, lo cual no es adecuado. Lo conveniente es en la determinación del fraude punible, que se den los elementos generales de la estafa, sea el dolo, el engaño y el perjuicio o daño patrimonial. Ese dolo o intención del autor del delito, debe ser desde el principio dirigido a inducir a error

²³⁷ Gutiérrez Francés, María Luz, FRAUDE INFORMATIVA Y ESTAFA, op cit.p. 97.

²³⁸ FINZI (C), “ La Estafa y otros fraudes”, op cit. p. “Una de las teoría más difundidas en su tiempo sobre fraude penal y fraude civil fue la de Pfizer, quien no hace entre ellos una distinción de sustancia sino de grado. El fraude penal es, según él , más grave que el civil, la determinación de esta gravedad debe dejarse al tacto jurídico del magistrado, que decidirá caso por caso, es punible el fraude peligroso. Se trata de una doctrina completamente errónea. La gravedad del hecho fraudulento, no definida e indefinible, es una vana apariencia de criterio, el juez debe examinar si existen los elementos a los que la ley subordina la punibilidad, y no determinarlos, la necesidad de castigar el fraude peligroso solo es una petición de principio: ¿Cuándo es peligroso el fraude?;No, por cierto , cuando haya sido cometido por una agente peligroso o temible.

mediante maniobras engañosas a otro sujeto para obtener de éste una disposición patrimonial, que generará un beneficio injusto al delincuente, en detrimento del patrimonio de la víctima²³⁹.

Por otra parte, la estafa es cada vez mas especializada y perfeccionada, porque cada día los mecanismos del delincuente para dar esa apariencia de licitud y eficiencia de la empresa, proyecto o propuesta X que ofrece, está mas enriquecida con conocimientos técnicos y jurídicos que contribuyen a hacerla creíble, siempre resulta engañado el individuo, pese a tomar las previsiones del caso o incluso, puede tratarse en ocasiones de una persona que conoce el campo en que está realizando el acto de disposición; lo que frecuentemente ocurre en el supuesto de los fraudes colectivos.

Precisamente una de sus características principales es esa apariencia de licitud que presenta el autor del delito, que hace de difícil apreciación por parte de la víctima, que se trata de una estafa hasta que resulta perjudicado sufriendo un menoscabo en su patrimonio. Por otra parte, al ser el fraude colectivo, un delito contra el patrimonio, ya que lesiona bienes patrimoniales, es que se establece su ubicación en el campo de estos ilícitos específicamente contemplado en la figura de la estafa, como una modalidad agravada de ésta, para lograr el objetivo de una más justa punición de esa conducta.

Entendido el fraude colectivo como una modalidad agravada de la estafa y tratándose ambos supuestos de delitos patrimoniales, es que se señala al patrimonio²⁴⁰ como el bien jurídico tutelado al efecto²⁴¹.

²³⁹ ²¹⁶ FINZI (C), *Ibidem*. p. 26 y 27.

²⁴⁰ BAJO FERNÁNDEZ, (M), "Manual de Derecho Penal Parte General, *op cit.* p. 265 y 266. " En la actualidad es posición mayoritaria en la doctrina la que considere el patrimonio bien jurídico protegido en el delito de estafa. Con razón advierte Antón que esto se da por supuesto , abandonándose ya la tesis que considero bien jurídico protegido en la estafa la buena fe en el tráfico. No existe un derecho a la verdad y el engaño en sí mismo no juega más papel que el de circunscribirse la conducta concreta al patrimonio penalmente relevante de modo que no puede invocarse el engaño para sostener que, el bien jurídico protegido en la estafa provoca, a nuestro juicio, resultados insatisfactorios, por ejemplo el adelantamiento de las formas imperfectas de ejecución, ya que habría que considerar el engaño como resultado típico y no como modalidad de la conducta... En conclusión , al contrario de lo que ocurre con otros delitos contra la propiedad en los que el ataque al bien jurídico consiste en la lesión de un elemento integrante del patrimonio (propiedad en el hurto, por ejemplo) , en el delito de estafa la lesión afecta al patrimonio globalmente considerado. La comparación del patrimonio total, antes y después del acto de disposición , servirá para determinar el perjuicio de la estafa consumada."

²⁴¹ GONZALEZ RUS, (JJ), Manual de Derecho Penal, Parte Especial, II, Delitos contra la propiedad. Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid, 1992, p. 192. "Frente a la opinión de quienes ven en la propiedad el bien tutelado (Cuello Calón, Puig Peña, por todos) hoy es mayoritaria la tesis de que el delito se dirige contra el Patrimonio del sujeto pasivo, aunque no haya acuerdo sobre si lo lesionado es el patrimonio entendido como conjunto, como *universitas iuris* (Bajo Fernández, Zugaldía), o si, por el contrario, el delito se dirige contra los elementos integrantes del patrimonio (Antón Oneca), ya se trata de una cosa corporal, de un derecho o de un bien mueble o inmueble. La diferencia entre una concepción y otra no es sólo de índole teorica, sino que tiene importantes repercusiones prácticas., sobre todo en

Pese a la discusión que se ha dado , en doctrina en cuanto a sí se lesiona el patrimonio como una universalidad; es decir, como un todo, o solo se lesiona una parte o componente de éste, se acepta que en el caso de la estafa, es el patrimonio considerado como un todo, el bien jurídico tutelado, ya que se requiere para que esta se configure la existencia de un perjuicio económico como uno de sus elementos esenciales; es decir, un menoscabo en el patrimonio del sujeto pasivo, que le permitió al sujeto activo obtener el beneficio económico indebido.

Otro aspecto importante a considerar en cuanto a la estafa, es que se trata de un delito de resultado, pero en el cual no solo es relevante la actuación del autor del delito, sino también requiere de la participación de la víctima que es en definitiva quien decide despojarse del bien que le pertenece, motivado por el engaño de que ha sido objeto. De esta forma sufre el perjuicio económico en su patrimonio, obteniendo el autor del delito el beneficio o provecho económico injusto²⁴².

Al analizar nuestra legislación, en el Código Penal costarricense, la estafa se encuentra regulada en el Capítulo de los Delitos contra la Propiedad, sección IV, relativa a la estafa y otras defraudaciones Específicamente en el artículo 216 y es la cuantía lo que distingue la estafa mayor de la menor. También establece agravantes en el párrafo segundo de dicho artículo, estableciendo penas más severas, para aquellos supuestos de estafa que se lleven a cabo por el apoderado o administrador de una empresa, así como personalmente o a través de entidades captando recursos del ahorro público. En primer término resulta inapropiada la denominación de delitos contra la propiedad; pues este concepto es más restringido y no permite abarcar los supuestos como la estafa, donde lo lesionado no es la propiedad sino el patrimonio; sea que se acepte que se

el concepto de perjuicio, tan fundamental en el delito de estafa. GONZALEZ RUS, (JJ), Manual de Derecho Penal. Parte Especial. II. Delitos contra la propiedad. Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid, 1992, p. 192.

²⁴² BAJO FERNÁNDEZ (M), "Manual de Derecho Penal", op cit. p. 272-273. Como delito de resultado, la estafa presenta características especiales que han de tenerse en cuenta al realizar su análisis de imputación objetiva. De un lado, el proceso causal que generará la producción del perjuicio económico aparece típicamente configurado en su hitos fundamentales. Y, de otro, es un delito que requiere de la participación de la víctima en el proceso ejecutivo. Los hitos fundamentales del proceso causal del delito de estafa son: de un lado, la iniciación del proceso causal que desembocará en el perjuicio económico que sólo puede producirse por engaño. Y, en segundo lugar, describe el legislador no sólo la acción y el resultado, sino que alude a otro eslabón intermedio de la cadena: el acto de disposición patrimonial. ello significa que éste puede ser analizado como resultado del engaño y como condición del perjuicio. La existencia del acto de disposición convierte a la estafa en lo que la doctrina alemana denomina delito de relación, de modo que para el análisis de la imputación objetiva del resultado no sólo habrá que analizar las características de la acción del autor (el engaño), sino también las características de la participación de la víctima (el acto de disposición realizado por error). Ello hará especialmente relevante el análisis del fin de protección de la norma en el delito de estafa.

lesiona en la universalidad que representa o en alguno de sus componentes, lo cierto es que resulta un perjuicio económico o menoscabo del patrimonio de la víctima.

La doctrina dominante en España y otros países europeos, considera más conveniente hablar de delitos contra el patrimonio, entendido este como aquel conjunto de valores económicamente valorables reconocidos por el ordenamiento jurídico como pertenecientes a un individuo; es decir, desde su concepción mixta jurídico económica, precisamente porque permite incluir en el concepto de patrimonio, un mayor número de supuestos, que componen ese patrimonio pues en última instancia lo que se causa es un menoscabo al mismo. Códigos como por ejemplo el Español, han adoptado en la actualidad la denominación de delitos contra el Patrimonio, abandonando con fundamento en las razones expuestas, la de delitos contra la propiedad²⁴³.

Otro aspecto también inconveniente, en la denominación de la sección específica donde se encuentra la estafa, es la de “estafas y otras defraudaciones”, tomado el modelo dado por Sebastián Soler, en el Código de Guatemala, y también en el Código Penal argentino, pretendiendo distinguir la estafa que se comete mediante engaño, de aquellos supuestos en donde se cometen con abuso de confianza, estableciendo como componente de éste, el fraude de simulación, el estelionato, etc. Esta distinción que concibe la estafa como una defraudación mediante engaño, como bien lo apunta el profesor Castillo, no existe en nuestro Derecho Penal, en nuestro sistema se prevé expresamente el delito de comisión por omisión, se admite la estafa por comisión, por omisión así como la estafa mediante hechos concluyentes, como cometida mediante acción y por eso, se ha dado una derogación de lo que el Legislador denomina otras defraudaciones, con la entrada en vigencia del Código Penal de 1988, que admite la estafa a través de conductas concluyentes u omisivas²⁴⁴. Por último, dentro de las agravantes que incluye el artículo 216 en su párrafo segundo, es omiso; pues existe una serie de aspectos que pueden ser constitutivos de una agravante, en el tipo de la estafa, como por ejemplo el supuesto de los fraudes colectivos; que analizo más adelante.

Ahora bien, dentro del concepto de la estafa, que he expuesto, se señalan los elementos esenciales de la figura, que son el tipo de injusto objetivo, integrado por el tipo

²⁴³ VER INFRA p.

²⁴⁴ CASTILLO GONZALEZ, (F), “El delito de Estafa”, op.cit. p.25.

objetivo positivo, que contiene al sujeto activo o autor del delito; la conducta típica, consistente en un engaño suficiente para producir error y el resultado típico referido a los elementos del acto de disposición patrimonial lesivo y el sujeto pasivo de la estafa; así como la relación causal que debe existir entre el dolo o intención de hacer inducir en error mediante el engaño y el perjuicio patrimonial que, como resultado, se produce en detrimento de la víctima. Dentro del tipo subjetivo se ubican el dolo y el ánimo de lucro²⁴⁵; los cuales paso a exponer.

3.- La estafa: análisis del tipo objetivo

Dentro del análisis del tipo objetivo, expondré los elementos de la estafa, relativos al sujeto activo o autor del delito. La conducta típica, consiste en un engaño suficiente para producir error y el resultado típico referido a los elementos del acto de disposición patrimonial lesivo y el sujeto pasivo de la estafa; así como la relación causal que debe existir entre el dolo o la intención de hacer inducir en error mediante el engaño y el perjuicio patrimonial que como resultado se produce en detrimento de la víctima.

3.1.- Sujeto activo y autor del delito

Parece fácil hablar del autor de un delito, como persona que directamente o a través de otros, lleva a cabo el injusto penal. Sin embargo, el punto relativo al autor del delito no ha sido pacífico en doctrina y se ha discutido, sobre si se trata de un criterio autónomo, que puede encontrar su definición en una norma general o, si por encontrarse siempre referido a un tipo penal, es precisamente en la norma específica de la figura penal, donde debe buscarse la definición del autor como sujeto activo²⁴⁶ en la comisión del delito. De tal manera, surgen en doctrina, los que defienden el carácter unitario de autor, el concepto extensivo de autor, la teoría del dominio funcional del hecho y la teoría del concepto restrictivo de autor²⁴⁷. Pese a que existe este desarrollo doctrinal en torno al

²⁴⁵ Gutierrez Francés María Luz, Fraude Informativo y Estafa, | Madrid, España, Secretaria General Técnica , Centro de Publicaciones, Ministerio de Justicia, 1991, p. 286 a 290.Cita BAJO HERNANDEZ , (M), op cit. P. 270.

²⁴⁶ FINZI, (C), “La estafa y otras defraudaciones”, op cit. P. 33. “ Sujeto activo del delito de estafa puede ser cualquiera. Si el autor está provisto de ciertas cualidades (abogado, procurador, administrador), el delito se agrava...El número de autores es una circunstancia no prevista respecto de la estafa (lo es, en sentido agravante, del hurto), y esta exclusión no ha de aprobarse, porque el concurso de varias personas en la estafa vuelve más creíble lo que no es verdadero y más insidioso el engaño, y agrava, por consiguiente, la peligrosidad del hecho.”

²⁴⁷ GUTIERREZ FRANCÉS , (M.L.), “Fraude Informático y estafa”, op cit. pp. 319 a 323.

tema de estudio, me remitiré al análisis del autor del delito en el caso del injusto penal de la estafa, porque ahondar sobre los otros temas, sería desviarnos del objetivo principal.

El autor del delito de estafa sería la persona física que desde el inicio idea un plan, mediante el cual con engaño y la intención directa de inducir a error a otra persona o a un grupo de estas, busca que realicen una disposición patrimonial, la cual le proporcionará un beneficio económico injusto en menoscabo del patrimonio de la víctima que sufrirá el perjuicio. Entonces el comportamiento del autor del delito de estafa, debe cumplir con los elementos del injusto penal aludido, visto de manera general, sea en sus elementos básicos del engaño, error, disposición patrimonial y perjuicio para que sea tal.

Ahora bien, como la estafa, se funda en la maniobra engañosa del agente del delito y considerando que los mecanismos empleados por el autor del delito son cada día más sofisticados y perfeccionados, frecuentemente no es un solo autor el que interviene en la comisión del delito sino que vienen a participar varias personas de manera principal, dando cumplimiento a los elementos del injusto penal aludido, ya mencionados, por lo cual es posible hablar de coautores.

Cuando hablamos de estafas como grandes fraudes sea el caso de los fraudes colectivos, que por lo general se llevan a cabo mediante el manejo de una empresa o sociedad que presentan con una imagen de licitud dirigida a una masa o generalidad de personas, es posible concluir que en este supuesto, sean varias las personas involucradas a título de coautores del delito, ya que el desarrollo de la maniobra engañosa necesariamente tendría que ser mediante el apoyo y participación de otras personas, de manera directa e involucrada en la comisión del ilícito.

Por eso, refiriéndonos al sujeto activo en el caso de los fraudes colectivos, es posible establecer que se dará la participación de coautores, quienes con funciones diversas pero con conocimiento del mecanismo a seguir para inducir a error a sus víctimas, llevan a cabo el plan preconcebido poniéndolo en ejecución, mediante una acción o varias, que constituyen el *modus operandi* engañoso, logrando captar de esa generalidad de personas, la disposición patrimonial que cada una realice que significa para los sujetos involucrados en la delincuencia, la obtención de un beneficio global cuantioso e injusto así como un perjuicio o menoscabo en el patrimonio de los ofendidos.

Claro está que en este supuesto de los fraudes colectivos, la determinación de esa actuación directa de los coautores y demás partícipes, sobre todo cuando forman parte de una empresa o sociedad, será difícil y dependerá de la prueba existente para acreditar esa participación. Pero lo que sí se puede concluir, como ya lo he hecho, es que por el *modus operandi* complejo en los fraudes colectivos, estos necesariamente requieren de la participación de más de una persona como coautores o teniendo algún tipo de participación a título de cómplices. Además, se trata de sujetos que conocen el negocio o propuesta que sugieren a sus víctimas, porque poseen estudios en el campo o tienen algún puesto relacionado con el negocio que proponen y resulta ser un verdadero fraude.

Por ello, podemos decir que no es un delincuente común y tampoco los típicos estafadores que realizan la actuación ilícita mediante timos conocidos, sino que se trata de individuos que presentan su propuesta, siguiendo un *modus operandi* complejo, a través de una serie de maniobras y mecanismos engañosos, que son de sutil percepción, por lo cual en apariencia para sus víctimas dan la impresión de ser lícitos y es ahí, donde el ofendido decide invertir en la propuesta hecha, resultando estafados.

3.2.- Conducta típica: engaño que induce a error

Dentro de la conducta típica, el engaño²⁴⁸, viene a ser el elemento diferenciador²⁴⁹ de la estafa, en el campo de los delitos patrimoniales, ya que no se da un desapoderamiento del bien u objeto por parte del sujeto activo hacia el sujeto pasivo, como sucede en el robo, hurto, etc., sino que es a través del engaño como el autor del delito convence a su víctima de realizar una disposición patrimonial, con la cual resultará

²⁴⁸ GUTIÉRREZ FRANCÉS, (M.L), "Fraude Informático y estafa", *op cit.* p341 342. " Como punto de partida, el concepto prejurídico de engaño nos conduce a su sentido usual más lato: cualquier falta de verdad en lo que se piensa, se dice o se hace creer. En esta fórmula sintética quedan recogidas las dos perspectivas del engaño: en superspectiva activa es la falta de verdad en lo que se dice o se hace creer, luego, es una falsedad con proyección hacia el exterior. Desde la perspectiva pasiva, engaño es la consecuencia de un engaño activo eficaz, que produce en el receptor del mismo una discordancia entre la realidad y su representación mental, el conocimiento equivocado de la realidad, o error (falta de verdad en lo que se piensa). En atención a ambas dimensiones señala Antón que "engaño significa en castellano tanto la conducta engañosa determinante a error como éste mismo. "

²⁴⁹ FINZI (C), "La estafa y otros fraudes", *op cit.* p. "El engaño constituye en realidad la característica de la estafa, le da fisonomía propia a este delito y lo distingue de las demás formas de agresión al derecho patrimonial."

perjudicado; pues lo ofrecido era parte de la maniobra engañosa para obtener de esa forma un beneficio económico injusto.

La estafa es tal y como lo he expuesto, una conducta delictiva que entraña tantas formas y mecanismo de maniobras engañosas, como ingeniosas sean las mentes del sujeto o sujetos que la cometen. Siempre se da a través de un ardid o engaño y por eso éste es uno de sus principales elementos²⁵⁰. Pero, ¿qué es el engaño? El engaño constituye falsedad o mentira²⁵¹, de la que se vale el sujeto activo del delito de estafa, presentándola a través de una serie de maniobras para inducir a error a otro y, de esa manera obtener un provecho patrimonial injusto, en perjuicio de la víctima, quien resulta con un menoscabo en su patrimonio.

Pero; ¿puede tratarse el engaño de una simple mentira? En este punto la doctrina ha desarrollado varias teorías, entra las que tenemos la de Tolomei, referida al medio empleado, desde el punto de vista de su eficacia y como criterio dinámico. Otros como Cucumus, estiman que hay engaños que constituyen una simple afirmación que no puede tener valor coactivo alguno sobre las facultades intelectivas de la víctima. Asimismo Carrara, entendió que el artificio verbal debe ir respaldado o acreditado por un artificio material; es decir, aspectos colaterales a la simple afirmación que permitan creer que lo ofrecido es real. Otra teoría es la de Geib, seguido por Pessina, quienes consideraban que la magnitud del engaño debe medirse de acuerdo con las condiciones intelectuales personales del engañado en cada caso y en relación con la inteligencia media²⁵².

Desde esta perspectiva de las teorías señaladas la simple mentira, que no es respaldada por otros actos o aspectos que la hagan creíble, no constituiría un engaño idóneo, para inducir a error. Esto conlleva a valorar cuál debe ser la entidad del engaño,

²⁵⁰ ROJAS PELLERANO, citado por BERNAUS (J.F), “El Delito de Estafa y otras Defraudaciones”, Buenos Aires, Editorial Abeledo –Perrot s.a., p 9. entiende “ que el ardid y desde luego el engaño es toda falsedad puesta en movimiento por un sujeto, que de un modo u otro logra que a los ojos de otro, elegido como víctima, aparezca como verdadera una situación que no es tal, sobre cuya base efectúa una disposición perjudicial de su patrimonio”.

²⁵¹ VALLE MUÑIZ, (J.M.), “El delito de Estafa”, op cit. p. 144. “ En este sentido , la doctrina se pronuncia, mayoritariamente, a favor de una interpretación extensiva de la conducta engañosa requerida en el tipo de estafa. Así Antón Oneca, la entiende como “una simulación o disimulación capaz de inducir a error a una o varias personas”. Añade , Muñoz Conde que “puede consistir tanto en la afirmación de hechos falsos como en la simulación o desfiguración de los verdaderos”. Posteriormente, Rodríguez Ramos, suscribe la configuración del engaño como “falta de verdad en lo que e piensa, dice o hace creer”. En general, la doctrina rechaza abiertamente la exigencia típica de un engaño cualificado. Como afirma Quintano, “ la entidad del engaño , su cantidad, ha de ser medida no exactamente con cálculos cuantitativos, sino en relación con su eficacia operativa.”

²⁵² En relación con la teorías expuestas ver :FINZI, (C), “La Estafa y otros fraudes”, op cit. pp.38 a

para que sea idóneo e induzca a error a otro sujeto de conformidad con las circunstancias de lugar, tiempo, modo, sexo, edad y cultura en concreto que sean aptas generalmente para suscitar un error en ese tipo de persona y en esas circunstancias específicas, a pesar de las precauciones que tomó la víctima²⁵³.

Es evidente la importancia de la actuación de la víctima en el delito de estafa, debido a que esta delincuencia implica una relación entre el estafador y la víctima, donde el primero mediante engaño, pretende inducir en error al segundo y así obtener de éste una disposición patrimonial, cuyo beneficio o provecho económico injusto obtiene en detrimento del patrimonio de la víctima. Pero valorar, como ya lo he expuesto, cuándo la víctima puede incurrir en error por medio del engaño de que ha sido objeto, será una circunstancia solo apreciable a través del análisis de las características individuales de la víctima, en cada caso concreto, pero siempre de conformidad con la estructura dada al tipo penal, en la legislación que se juzgue.

Pero no solo se habla de engaño al referirse a la estafa, sino que como ya lo manifesté también se incluye el ardid, como forma de comisión de ésta, sea el artificio o medio empleado en forma habilidosa para alcanzar la meta trazada. Sin embargo, se han utilizado ambos términos como sinónimos, tanto en el engaño como en el concepto de ardid, ambos producen el error en la víctima, por crear una falsedad de la verdad objetiva, que la inducen a realizar una disposición patrimonial en provecho injusto del autor del delito, en detrimento o menoscabo de su patrimonio²⁵⁴.

El engaño o el ardid, puede realizarse de manera expresa, concluyente o por omisión. Será de manera expresa, cuando explícitamente el autor del delito haga saber en forma escrita o verbal su declaración de voluntad. Será concluyente, cuando de la declaración de voluntad del autor del delito se deduce el engaño, porque no lo expresa directamente sino que debe extraerse de su declaración y es ahí donde se da el engaño. Y por último, puede ser omiso, cuando tiene el autor del delito la obligación de decir la verdad y no lo hace, logrando con ello, engañar a la víctima e inducirla a error²⁵⁵.

Por otra parte, la estafa al cometerse a través de engaño, reviste múltiples posibilidades de realización, según la astucia e imaginación de su autor. Es por ello que

²⁵³ SPOLANSKY , (N.E.), "La estafa y el silencio", op cit. p.58.

²⁵⁴ SPOLANSKY (N.E.) "La estafa y el silencio", Ibídem. p. 51 y 52.

²⁵⁵ Ibídem p. 63 y 64.

algunas legislaciones como los códigos portugués y el holandés, etc; desarrollan el tipo penal de la estafa mediante la enunciación de las diferentes clases de engaño que se pueden presentar; lo cual no es conveniente, pues al establecer taxativamente las clases de engaños, se dejan por fuera otros medios engañosos así como los que puedan ser adoptados por el delincuente, con lo cual al regular el tipo penal de esa manera se estaría premiando la astucia del estafador, en la creación de formas de engaño, que no estuvieran contemplados en el tipo penal; por eso , otras legislaciones como el Código francés, han adoptado por dejarlo en general, sin limitar materialmente el medio engañoso²⁵⁶. Por último, la conducta engañosa en el delito de estafa se da en relación con hechos, que es el objeto del engaño. Hechos, pueden ser sucesos, relaciones, situaciones, etc; que se perciben a través de los sentidos y se dan en una circunscripción temporal y espacial. El autor del delito de estafa, en su maniobra engañosa, se puede valer de la presentación de hechos falsos, así como alterar u ocultar los hechos verdaderos u omitir estos, con la finalidad de hacer incurrir en error a la víctima y obtener de esta una disposición patrimonial que le permita un provecho económico e injusto en menoscabo del patrimonio de la víctima²⁵⁷.

En nuestra legislación el artículo 216 omite referirse a que la estafa se comete mediante ardid o engaño, solo habla de que incurre en dicho injusto penal, aquel que induzca a error a otra persona o lo mantenga en él, por medio de simulación de hechos falsos o por medio de la deformación u ocultamiento de hechos verdaderos. Como se infiere del propio artículo nuestro legislador al no referirse al engaño o ardid, deja en principio de lado la determinación de la entidad del engaño; es decir, si debe ser idóneo, suficiente, si debe ser adecuado y eficiente. Habla solo el artículo en cuestión que debe inducir a error.

Sin embargo, podemos establecer que la conducta engañosa exigida debe ser tal que mediante la deformación de hechos falsos o por medio de la deformación u ocultamiento de hechos verdaderos, induzca a error a su víctima, para que surja el Injusto penal de la estafa, en nuestro ordenamiento jurídico.

²⁵⁶ FINZI, (C), “La estafa y otros fraudes”, op cit. p. 36 “ La naturaleza del artificio que se ha empleado para producir el error no tiene trascendencia jurídica alguna, de manera que mal han hecho y hacen las legislaciones y la doctrina cuando han tratado y tratan de determinar esa manifestación externa de la maniobra fraudulenta, enunciando varios medios engañosos. “

²⁵⁷ GUTIERREZ FRANCÉS, (M.L) “El Fraude informático y estafa”, op cit. p.344 y 345.

Se habla de que la referencia a la deformación de hechos falsos o deformación u ocultamiento de hechos verdaderos son reiterativos y contradictorios; porque la deformación del hecho denominado falso constituye siempre el ocultamiento o deformación de la realidad del hecho. Sin embargo, pese a las críticas que se hacen a esa terminología, el doctor Castillo González, considera que aclara las modalidades que puede asumir la acción en el delito de estafa²⁵⁸.

En el caso de los fraudes colectivos la conducta engañosa, es compleja y se apoya en una serie de acciones, mecanismos y documentos que hacen creíble la propuesta que se plantea, por lo cual las víctimas deciden invertir en el negocio que se les propone y resultan de esa manera engañadas, sufriendo un perjuicio económico en sus patrimonios.

La conducta engañosa del autor o autores del delito se realiza a través de una o varias acciones, que por lo general se dan mediante la utilización de una empresa, o sociedades, de fondos sofisticados de inversión, etc; que precisamente por lo sutil de las maniobras que van respaldadas con acciones y documentos hacen creíble la propuesta y presentan como lícita el funcionamiento de empresa o sociedad de que se trata, hasta que al disponer de su patrimonio las víctimas, son frustrados sus anhelos de obtener lo que se les ofreció a cambio y resultan estafados.

En los fraudes colectivos, el perjuicio económico que se causa a cada una de las víctimas, suele ser de bajo importe, pero significativo para cada uno de los sujetos que invierten su dinero y ahorros, etc; en la propuesta que se les hace, siendo el provecho patrimonial que obtiene él o los sujetos que intervienen es cuantioso. La finalidad que se persigue es un beneficio económico global cuantioso, consistente precisamente en la suma de los importantes que cada perjudicado aportó, ya que en este tipo de delincuencia la maniobra engañosa va dirigida a una generalidad de personas, sea a un número considerable de individuos, sea al denominado sujeto masa ya estudiado.

3.3.- Resultado típico: acto de disposición patrimonial lesivo

Luego de analizar el engaño , como conducta típica del delito de estafa, analizo ahora la figura de la disposición patrimonial lesiva; la cual es el resultado que persigue el

²⁵⁸ CASTILLO GONZALEZ, (F), "El delito de Estafa", op.cit. p.86,87.

delincuente, para obtener un provecho patrimonial injusto, en detrimento del patrimonio de la víctima. A diferencia de otros delitos patrimoniales, en la estafa la sujeto pasivo o víctima lo convencen a través de un engaño idóneo que le dirige el autor del delito²⁵⁹, para que éste incurra en el error de creer lo que se le está proponiendo y por ello deshaga o entregue algunos de sus bienes, siendo esa la disposición patrimonial²⁶⁰ aludida; lo que aprovecha el delincuente para obtener un beneficio económico que ocasiona un perjuicio en el patrimonio de la víctima. Para llegar a ese resultado típico, sea el acto de disposición patrimonial²⁶¹ que realiza la víctima en el delito de estafa, el engaño aludido debe ser idóneo para inducir a esta a un error en su percepción, el cual le haga creer que lo que se le está proponiendo es real y por ello decida despojarse de un bien o derecho, dándose una relación de causalidad²⁶² entre el engaño , el error y la disposición patrimonial que la víctima realiza. El error viene a ser precisamente, motivado por la astucia del estafador, que mediante maniobras engañosas hace creer a su víctima que lo presentado es real, sin que en verdad lo sea.

²⁵⁹ LORCA MARTINEZ (J), “El Fraude en la Transmisión de Bienes”, Madrid, Marcial Pons, ediciones jurídicas s.a., 1992, pp. 44 a 46. “ La estafa es un delito resultante de una cooperación artificiosa de dos sujetos cuyos intereses están en contraprestación. Sujeto activo o estafadores y víctima o perjudicado, intervienen y colaboran en el curso comisivo del delito.”

²⁶⁰ VIVES ANTÓN, Y OTROS , “Derecho Penal, Parte Especial”, Valencia, Editorial Tirant Lo Blanch, 1996 pp. 409-410.”Por acto patrimonial hay que entender toda acción u omisión que implique un desplazamiento patrimonial. Ese desplazamiento puede tener lugar en forma de entrega, cesión o prestación de la cosa, derecho o servicio de que se trate(pues el delito de estafa puede recaer sobre cualquier elemento del patrimonio, incluidas las expectativas legítimas y económicamente valubles).”

²⁶¹ GONZALEZ RUS, (J.J.) “Manual de Derecho Penal (Parte Especial) II, Delitos contra la Propiedad”, op.cit. p. 210. “ El engaño no es en la estafa un fin en sí mismo, sino un medio para lograr que el sujeto pasivo, como consecuencia del error que se le provoca, lleva a cabo un acto de disposición patrimonial, entendiéndose por tal cualquier acción del engañado que forma un perjuicio patrimonial propio o de tercero. La exigencia de que se realice un acto de disposición impide la posibilidad de admitir a la omisión como forma de disposición patrimonial. Entre engaño y acto de disposición debe mediar una relación causal que abarca múltiples aspectos del delito: la conducta engañosa es causa del error y éste del acto de disposición, que , a su vez determina , como efecto, el perjuicio. Por eso, si el acto de disposición no está provocado por el error y el engaño es posterior (para ocultar la apropiación de la cosa por ejemplo) no habrá estafa, pues el ardid ya no habrá sido lo determinante del enriquecimiento ni podrá hablarse de que el sujeto pasivo ha sido inducido al mismo. La precedencia cronológica del engaño sobre el acto de disposición, que constituye la dinámica comisiva ordinaria (y que sirve a la jurisprudencia para marcar las diferencias entre la estafa y la apropiación indebida y el dolo civil y el penal), no debe hacer olvidar la posibilidad de que sean coetáneos.”

²⁶² VALLE MUÑOZ, (J.M) “El delito de Estafa”, op.cit. p. 153. “ Esta parece ser la postura de RODRÍGUEZ DEVESA. “ De la exigencia de la “relación de causalidad se desprende que el engaño tiene que ser adecuado para producir normalmente ese resultado. Y , puntualizando, a continuación, el contenido de la adecuación sostiene, que, “ en esta relación de adecuación hayan de tenerse en cuenta las circunstancias todas del caso concreto, entre ellas muy especialmente las que aprovecha o artificialmente crea el estafador para que el engaño encuentre un terreno abonado por la credulidad. También Muñoz Conde apunta hacia la adecuación causal: “El que el engaño sea causa adecuada para producir error, es una cuestión que debe resolverse en atención a las diversas circunstancias concurrentes. Es suficiente con que en abstracto pueda racionalmente ejercer influencia en el animo del sujeto pasivo que le mueva a hacer la disposición patrimonial. Pero también debe tenerse en cuenta la personalidad del sujeto, su inteligencia, su edad, sus relaciones con el sujeto activo, etc. “

Esa falsa percepción que de la realidad le presente el autor del delito a la víctima, hace que ésta equivocadamente crea en su propuesta como verdadera y lícita²⁶³, resultando de esa manera estafado. Errar es equivocarse, en el caso de la estafa, debido a las maniobras que realiza el autor del delito, con tal astucia y apoyado con acciones y a veces documentos, que hacen creer que su propuesta es lícita y real; con la finalidad de convencer a su víctima de que realice esa disposición patrimonial²⁶⁴, la cual le permita obtener un provecho patrimonial injusto en detrimento del patrimonio de ésta.

Otro aspecto fundamental para la comisión del delito de estafa, será esa relación causal²⁶⁵; es decir, la estrecha relación que se da entre las maniobras engañosas del autor del delito, que llevan a error a su víctima y lo hacen despojarse de un bien o derecho de su propiedad en detrimento de su propio patrimonio. Pero no es solo inducir a error a la víctima sino también el mantenerlo en el error lo cual resulta reprochable en este tipo delictivo²⁶⁶.

Otro elemento del delito de estafa que se establece en el resultado típico de la estafa, es el perjuicio económico ya sea el detrimento o menoscabo que sufre la víctima en su patrimonio, como consecuencia directa del engaño y error en que incurrió,

²⁶³ ROBLEDO VILLAR (A), "Delitos contra el Patrimonio y el Orden Socioeconómico, Barcelona, Editorial Bosch, s.a., 1997, pp. 152 y 153. "La consecuencia más inmediata del error es la producción de un acto de disposición, concebido como cualquier acción (u omisión) que conlleve un desplazamiento patrimonial. El acto de disposición penalmente relevante, debe ser entendido genéricamente " como aquel comportamiento, actio u omisivo , del sujeto inducido a error que conllevará de manera directa la producción de un daño patrimonial en sí mismo o en un tercero". La forma activa más común será la simple entrega del objeto material (dinero o cosa) pero también cabe la cesión de aquél e , incluso la prestación de un derecho o servicio, cuando el objeto sea de esta naturaleza. Junto a ello cabe la modalidad omisiva (renuncia engañosa del acreedor a un crédito), pero incluso es admisible la disposición patrimonial que es consecuencia de actos de permisividad o tolerancia, ocurrirá tal supuesto, cuando la víctima inducida a error mediante conductas engañosas por el agente consiente el apoderamiento de la cosa por aquel. "

²⁶⁴ LUZÓN CUESTA, (J.M.) "Compendio de Derecho Penal , Parte Especial. Madrid, Editorial Dikinson, s.l., 1996, p. 138. " Ha de ser, como hemos señalado, consecuencia del error, debiendo realizarlo, por tanto, el engañado y pudiendo consistir, como destaca Bajo, tanto en hacer entrega de una cosa, como en gravarla o en prestar algún servicio, siempre que éste tenga un contenido económico, sin que sea necesario que el disponente tenga facultad jurídica para ello, como no la tiene el sirviente que entrega una cosa a quién finge ser un recadero de su propietario."

²⁶⁵ ROMERO (G), "Los elementos del Tipo de Estafa, Buenos Aires, Lerner Editores Asociados, 1985, p. 171. " Podemos decir , entonces, que el error ocupa una situación central. Tiene una posición intermedia entre el engaño y la disposición patrimonial, manteniendo con ambos una relación causal. Si no existe esa relación, no hay estafa. Por ello, habrá hurto y no estafa en la acción de quién, mediante engaños, distrae a otro y , de este modo, se apodera de su cartera, puesto que ha pesar de que haya mediado engaño, el error no ha sido determinante de una disposición patrimonial. Con el apoderamiento de a cartera se ha interrumpido la relación de causalidad con respecto a la disposición patrimonial. "

²⁶⁶ FINZI (C), "La estafa y otros fraudes", op cit. p. 60. "Además de los casos de inducción en error , ¿Hay estafa cuando el error ha sido aprovechado para mantenerlo, esto es, para fortalecerlo e impedir que sea abandonado ¿ TOLOMEI contesta afirmativamente, sosteniendo que el mantenimiento de un error equivale a la inducción y que la diversidad formal entre uno y otra no tiene significación frente a las razones por las cuales el fraude se castiga. Se induce a otro en error cuando, cualquiera sea el artificio, se ha impedido a la víctima que conociera la verdad, a saber, se consigue que ésta tenga una representación errónea del objeto del conocimiento . Y el hecho de impedir que la víctima conociera la verdad equivale, precisamente, a una inducción."

directamente ocasionado por las maniobra engañosas del delincuente. Al hablar de un perjuicio económico que viene en detrimento del patrimonio de la víctima, me refiero nuevamente, tal como lo he hecho líneas atrás, al patrimonio, entendido como un conjunto de valores de contenido económico reconocidos por el ordenamiento jurídico como pertenecientes a una persona, dentro de la concepción jurídico económica²⁶⁷.

Según nuestra legislación penal, el resultado típico que se encuentra integrado por el error, la disposición económico y el perjuicio patrimonial que guardan relación; es decir, uno produce el otro. Nuestro artículo 216 , establece en primer término con relación al error, que la conducta engañosa debe inducir a error o mantenerlo en él. Nuestra legislación admite tanto el inducir como el mantenerlo en esa condición; siempre debido a la conducta engañosa del autor o autores del delito de estafa.

En cuanto al resultado típico precisamente la disposición patrimonial que realiza el autor del delito, nuestro artículo 216 no lo establece así, sino que solamente hace referencia a que la conducta engañosa que induce a error, debe lesionar el patrimonio ajeno y la gravedad de la lesión de ese patrimonio, establecido a través de la cuantía del perjuicio económico causado, es precisamente lo que determinará la gravedad o severidad de la pena a imponer, diferenciando entre estafa menor y mayor. No habla expresamente el artículo de la disposición patrimonial, queda sobreentendida al hablar del perjuicio que el sujeto activo del delito con su conducta engañosa causa en el patrimonio de éste. Sin embargo, nos parece que debió incluirse el perjuicio patrimonial para el ofendido. El ánimo de lucro, es precisamente, esa intención de obtener un beneficio injustificado de su actuar delictivo.

En los fraudes colectivos es también el dolo esa intención directa del sujeto o sujetos de inducir a error a sus víctimas mediante la conducta engañosa, para que dispongan de importes de su patrimonio y obtener de esa manera un provecho patrimonial injusto, que causa un menoscabo o perjuicio en el patrimonio de las víctimas. El fraude colectivo, al afectar a un grupo numeroso de personas, hace aún más

²⁶⁷ BAJO FERNÁNDEZ, (M), "Manual de Derecho Penal", op cit.p. 64. " Para la determinación del perjuicio hay que saber qué bienes pertenecen al patrimonio y , a estos efectos, partiendo de la concepción mixta pertenecen al patrimonio todo bien de carácter económico mientras revista una apariencia jurídica. Y así, por ejemplo, la doctrina entiende, a nuestro juicio acertadamente, que la cosa apropiada ilícitamente por el sujeto pertenece a su patrimonio (en el sentido jurídico penal) porque, aparte de entrañar un valor económico, su tenencia está jurídicamente protegida. Decimos que el ladrón se lucra porque obtiene una ventaja patrimonial, es decir, porque incorpora a su patrimonio un valor económico jurídicamente protegido en sentido de que no se le puede privar de la cosa si no es por vías lícitas. "

reprochable la conducta delictiva de los sujetos involucrados en la comisión del mismo, pese a que los importes dados por los perjudicados son de poco monto, la finalidad del autor del delito es un enriquecimiento cuantioso, ya que busca un provecho patrimonial global y hacia eso dirige desde el principio su actuar delictivo.

Nuestro artículo 216 que regula la estafa, hace referencia al dolo en el elemento subjetivo de la figura, cuando refiere esa intención directa del autor del delito de buscar enriquecerse obteniendo para sí un beneficio o provecho injusto mediante la realización de la conducta engañosa, que a su vez causa una lesión al patrimonio de la víctima²⁶⁸.

Esa necesidad de la disposición económica que realiza el sujeto pasivo o víctima en esta figura delictiva; estos elementos se encuentran unidos en una relación de causalidad y es precisamente a través de la disposición económica que realiza la víctima que el autor del delito obtiene el provecho patrimonial injusto que buscaba y causa el perjuicio en el patrimonio del ofendido. Otro de los elementos viene a ser el perjuicio económico causado a la víctima, estrechamente ligada a la disposición patrimonial que realiza este, motivado por las maniobras engañosas del autor del delito. El perjuicio patrimonial, sí está incluido en el tipo penal de la estafa, regulado en el artículo 216 citado.

En cuanto a los fraudes colectivos, por tratarse de una modalidad de la estafa, se dan también los elementos referidos en el resultado típico de disposición patrimonial, que se encuentra en una relación de causalidad, con la conducta engañosa que produce error en la víctima, para que ésta a su vez, incurra en una disposición patrimonial causándole un perjuicio económico y un provecho patrimonial injusto al autor del delito.

La conducta engañosa en el fraude colectivo por lo general es compleja y va acompañada de una serie de actos, documentos, etc; que hacen creíble y confiable la propuesta que se ofrece como lícita y verdadera. Por tales razones la víctima se convence de la conveniencia de invertir en dicha propuesta y es así como realiza una

²⁶⁸ CASTILLO GONZALEZ, (F), "El delito de Estafa", *op cit.* p. 217. " La intención o finalidad (" para obtener un beneficio patrimonial antijurídico.."), a que se refiere el artículo 216 del Código Penal, es voluntad dirigida a una finalidad, como ocurre en el dolo directo de primer grado (llamado también intención). La intención es, entonces, una voluntad dirigida a un comportamiento futuro o a un resultado todavía no ocurrido. La intención en el artículo 216 Cód Pen. Es la relación de medio a fin entre la acción típica (la acción engañosa) y la finalidad perseguida por el autor con la acción típica(un beneficio patrimonial). La intención del artículo 216 Cód Pen, es diferente del motivo que es la tendencia interna que lleva el autor al acto. Motivaciones o impulsos inconscientes del autor(venganza, celos , etc) pueden coexistir con la intención de enriquecimiento, que es lo que requiere el tipo penal de la estafa. "

disposición patrimonial que, por lo general, es de montos pequeños, ya que la finalidad del autor del delito es obtener un provecho patrimonial cuantioso, resultante de la suma de esos pequeños importes. Pese a tratarse de un delito patrimonial, pues es una estafa no es un delito común, ni una estafa de las que comúnmente se dan, sino que se trata de un fraude de grandes dimensiones y por ello implica un mayor reproche y debe sancionarse mediante una forma más severa de punición de la conducta aludida.

3.4.- Sujeto de la acción y sujeto pasivo en la estafa

El sujeto de la acción, viene a ser aquel individuo, persona física, que resulta perjudicada por la conducta engañosa del autor del delito; pues mediante una serie de mecanismos y engaños es inducido a error por éste efectuando una disposición patrimonial, que le ocasionara un perjuicio patrimonial. En el delito de estafa, la víctima o perjudicado posee una importancia especial, deberá valorarse la entidad del engaño, conforme con el comportamiento del perjudicado, para establecer la idoneidad del engaño de que fue objeto, para hacerlo incurrir en un error a tal grado que lo motivara a despojarse patrimonialmente de algún bien o derecho y de donde sufrió un menoscabo en su patrimonio.

Es muy importante la víctima en este tipo de delitos, porque precisamente es la persona que resulta convencida de realizar la disposición patrimonial, a favor de la propuesta del autor del delito, quien mediante una serie de mecanismos y engaños le hace creer que lo ofrecido es real.

La estafa es un delito de relación, donde ambas partes acuerdan realizar una prestación, pero con la diferencia que el delincuente no cumple con su parte, porque desde el inicio su intención era engañar a su víctima, haciéndole creer que era real lo que constituía un fraude, para obtener de esa manera un provecho patrimonial injusto en detrimento del patrimonio del perjudicado. El sujeto de la acción puede ser uno o varios, a quienes el autor del delito dirige la maniobra engañosa para hacerlos incurrir en error; si se trata de una generalidad de individuos los afectados, podemos hablar de sujeto pasivo masa, que es el caso relativo a los fraudes colectivos, que analizo en esta investigación.

Ahora bien, puede darse el caso de que el sujeto de la acción o víctima y el sujeto pasivo del delito de estafa no coincidan y esto sucede cuando el perjuicio económico en

su patrimonio lo sufre un individuo distinto de aquel que realizó la disposición patrimonial, lo cual se ha denominado estafa triple.

En los fraudes colectivos el sujeto de la acción, que resulta perjudicado mediante la conducta engañosa del autor u autores del delito, es el aspecto más distintivo de este tipo de delincuencia; ya que la maniobra engañosa va dirigida a una generalidad de personas, es decir a un número considerable de individuos, con una propuesta atractiva, que los convence de invertir en la misma y de esa manera resultan estafados. Se habla entonces de un sujeto pasivo masa, ya que será un grupo considerable de individuos, los que resultan engañados, mediante el *modus operandi* complejo que se ha expuesto líneas atrás en esta investigación.

4.- La estafa: Análisis del tipo de injusto : tipo subjetivo

Dentro del tipo subjetivo del injusto penal de la estafa, esencialmente, me referiré al dolo o intención del sujeto activo de inducir a error a su víctima mediante la conducta engañosa, con la finalidad de obtener de esta un beneficio económico injusto que le ocasiona un perjuicio económico. Son dos los elementos a estudiar en este aparte, sea el relativo al dolo en general y como parte integrante de éste, la finalidad del autor del delito, de enriquecerse con la comisión del injusto penal aludido, sea el ánimo de lucro que lo motiva, cuya finalidad es la obtención de un provecho patrimonial injusto, en detrimento del patrimonio del perjudicado.

4.1- El dolo en el delito de estafa

El dolo constituye el elemento subjetivo en el injusto penal de la estafa, sea la intención directa y clara del sujeto activo que mediante maniobras engañosas induce a error a su víctima y de esa manera se enriquece con la obtención de un provecho patrimonial injusto. Desde el principio el delincuente se plantea el plan mediante el cual, pretende hacer creer a su víctima que la propuesta presentada es real, valiéndose de una serie de matrículas y acciones engañosas que le permiten convencer a su víctima de despojarse patrimonialmente de algún bien o derecho de su patrimonio, resultando estafada; pues la propuesta era una falsedad y la intención clara del autor del delito, era

enriquecerse injustificadamente con la obtención de un provecho patrimonial, que le ocasiona al perjudicado un menoscabo en su patrimonio.

El dolo viene a ser la intención del autor del delito de realizar los elementos del tipo objetivo, ya que la estafa es un delito doloso. Dentro del dolo, se distingue el elemento cognoscitivo y volitivo. El primero se refiere al conocimiento que tiene el autor del delito de que la conducta que está realizando es contraria al ordenamiento jurídico, teniendo la capacidad de comprender el carácter ilícito de su actuar y aún así lo realiza. El elemento volitivo por su parte, tiene que ver con esa intención directa adecuar su conducta al tipo penal aludido; infringiendo la norma jurídico-penal.

Por su parte el ánimo de lucro es un elemento distinto del dolo y es esencial de la tipicidad de la conducta, ya que es aquel deseo de enriquecimiento lo que motiva al autor del delito de estafa, a que mediante el plan que ha ideado logre engañar a su víctima, gracias al provecho patrimonial.

F.- HACIA UNA REFORMA PENAL EN MATERIA DE FRAUDE COLECTIVO

Como ya lo he expuesto en esta investigación, el fraude colectivo puede ser definido como aquella modalidad del delito masa que se da en el campo patrimonial cuya conducta engañosa consiste en que el sujeto activo dirige su ardid o engaño a una masa o generalidad de personas, con el objetivo de lograr un beneficio económico global cuantioso, que a su vez constituye un perjuicio económico para los individuos a quienes se dirige el plan engañoso propuesto. Por ello, una de las principales características de este tipo de delito es precisamente el sujeto pasivo masa, pluriofensivo. De ahí que la importante de su estudio responda a la gravedad que posee el fraude colectivo, ya que perjudica a la sociedad en los campos económico y social y no se cuenta con normativas adecuadas para su justa punición²⁶⁹.

Este tipo de delincuencia se presenta en España, en el siglo pasado aproximadamente en los años cincuenta. De ahí, que ante el problema grave que representaban se trate de dar una solución o respuesta, generando esto el desarrollo jurisprudencial que he expuesto y va delimitando las características, elementos y contenido del delito masa, especialmente en el campo de los delitos patrimoniales como

²⁶⁹ (Ver LANDROVE DIAZ, G, Los Fraudes Colectivos, p. 45.)

fraude colectivo. En España, primero se trate de darle una solución a este tipo de delincuencia en la figura del delito continuado, pero cambiando la connotación punitiva de éste.

Se estima entonces que la actuación del delincuente es muy reprochable; pues la actuación ilícita del delincuente desde el inicio se planteó la obtención de un beneficio económico cuantioso mediante el inducir a engaño a un número considerable de personas; por lo cual el reproche a su actuación debe ser mayor y por ello en España, se aplica el delito continuado con ese cambio de percepción. Actualmente el delito continuado en España se regula de la siguiente manera: **Art. 74, 1.- No obstante lo dispuesto en el artículo anterior, el que , en ejecución de un plan preconcebido o aprovechando idéntica ocasión realice una pluralidad de acciones u omisiones que ofendan a uno o varios sujetos e infrinjan el mismo precepto legal o preceptos de igual o semejante naturaleza, será castigado , como autor de una delito o falta continuados, con la pena señalada para la infracción más grave, que se impondrá en su mitad superior. 2.- Si se tratara de infracciones contra el patrimonio, se impondrá la pena teniendo en cuenta el perjuicio total causado. En estas infracciones el juez o Tribunal impondrá, motivadamente, la pena superior en uno o dos grados, en la extensión que estime conveniente , si el hecho revistiere notoria gravedad y hubiera perjudicado a una generalidad de personas (...)**²⁷⁰.

Este artículo es producto, como ya lo manifesté, de la elaboración jurisprudencial y doctrinal que se motivó en la situación real que representaron los fraudes colectivos en España; preocupó y requirió de una solución o respuesta a la nueva delincuencia que se estaba presentando²⁷¹. Posteriormente, con el estudio del fraude colectivo la doctrina mayoritaria lo clasificó como un delito contra el patrimonio, que puede estar contemplado dentro de las figuras de la estafa y en ciertos casos de la apropiación indebida.

Es por ello que en España con la reforma al Código Penal español, se establece en el inciso 6) del artículo 250 en concordancia con el 248 y 249 referido a la estafa y causas de agravación donde se establece la figura del fraude colectivo, de la siguiente manera: Artículo 248. estafa: **“Cometen estafa los que, con ánimo de lucro utilizaren**

²⁷⁰ CODIGO PENAL ESPAÑOL, España, Ley orgánica 10-1995, del 23 de noviembre. Comentarios, Jurisprudencia , Legislación complementaria.

²⁷¹ Ver SAINZ CANTERO, J.A., P. 656 Y 657.

engaño bastante para producir error en otro, induciéndolo a realizar un acto de disposición en perjuicio propio o ajeno. 2.- También se consideran reos de estafa los que, con ánimo de lucro, y valiéndose de alguna manipulación informática o artificio semejante consigan la transferencia no consentida de cualquier activo patrimonial en perjuicio de un tercero”. El artículo 249 se refiere a la cuantía de lo defraudado y específicamente en el inciso 6 es donde se regula el fraude colectivo de la siguiente forma: **“1.- El delito de estafa será castigado con penas de prisión de uno a seis años y multa de seis a doce meses, cuando: 6.- Revista especial gravedad , atendiendo al valor de la defraudación , a la entidad del perjuicio y a la situación económica en que deje a la víctima o su familia”.** Esto en relación con el punto dos del artículo en cuestión que refiere: **“Si concurrieran las circunstancias 6 ó 7 con la 1 del número anterior, se impondrán las penas de prisión de cuatro a ocho años y multa de doce a veinticuatro meses”²⁷².**

Sin embargo esto generó que actualmente en España se presente el problema de la existencia de dos normas, la del delito continuado y la de la estafa que son aplicables a los fraudes colectivos y por ello se discutió sobre cuál norma debe aplicarse, resolviendo la Sala que debe ser la estafa en su figura agravada y no la norma del delito continuado, con fundamento en un principio de especialidad.

Este ejemplo de la legislación española puede servirnos para regular de mejor forma la figura del fraude colectivo en nuestro ordenamiento jurídico penal. Según mi criterio, sería más conveniente hacerlo en la figura de la estafa en su forma agravada, pero incluyendo en el tipo que se trata de aquellos casos en donde **afecte a una generalidad de personas**. El Código Penal español, en la estafa agravada no hace referencia a este aspecto, que me parece medular, porque es precisamente lo que define tal delincuencia, lo cual a su vez permite que el sujeto activo logre el objetivo propuesto: obtener un beneficio económico cuantioso; revistiéndole una notoria gravedad a la estafa y hace que sea grande la magnitud del perjuicio, valorado en su totalidad.

En Costa Rica, no regula nuestro Código Penal vigente la figura del fraude colectivo. Vemos que el artículo 216 del código referido, relativo al delito patrimonial de la estafa, establece el genérico de ésta y en los incisos 1 y 2, distingue entre la denominada

²⁷² CODIGO PENAL ESPAÑOL, arts. 74,249,250.

estafa mayor de la menor, en razón de la cuantía y en el párrafo segundo, hace referencia a dos causas de agravación de la figura en cuestión, referida al apoderado o administrador de una empresa que obtenga, total o parcialmente sus recursos del ahorro del público o por quien, personalmente o por medio de una entidad inscrita o no inscrita, de cualquier naturaleza, haya obtenido sus recursos, total o parcialmente del ahorro público²⁷³, supuestos que pueden ser aplicables a algunos casos de fraudes colectivos; pero que no por específicos, presentan la dificultad de dejar sin fundamento otros supuestos de fraudes colectivos; por lo cual, es posible concluir que no existe un tipo penal relativo a esta delincuencia y por eso en esta investigación se hace la siguiente propuesta.

Se trata de crear un tipo penal de fraude colectivo, mediante la promulgación de un artículo específico para la estafa agravada en el cual se incluyan dos incisos que correspondan a las características del fraude colectivo.

Ese artículo quedaría redactado de la siguiente forma: “El delito de estafa será castigado con las penas de prisión de diez a dieciséis años, cuando: **1.- “Revista notoria gravedad, atendiendo al valor de la defraudación, a la entidad del perjuicio total causado, a la situación económica en que deje a la víctima o a su familia y si hubiere afectado a una generalidad de personas y 2.- Se cometa abuso de las relaciones personales existentes entre víctima y defraudador o aproveche éste su credibilidad empresarial o profesional”.**

En estos dos supuestos, se incluyen las características principales del fraude colectivo, por cuya razón, cuando concurren ambas, se propone una agravación adicional a la pena de la siguiente forma: **3.- “Si concurren las circunstancias 1 y 2, con el inciso segundo del artículo anterior (relativo a la estafa general, artículo 216 del Código Penal actual), se impondrá el máximo de la pena aumentada hasta en otro tanto.** De esta forma se impone una pena realmente severa, proporcional a la delincuencia organizada que representan los fraudes colectivos, de ahí, que con esta normativa se lograría una justa punición de la conducta descrita. Además se lograría cierta uniformidad en la imposición de la pena, al establecer los mínimos y máximos, con

²⁷³ Código Penal de Costa Rica, art. 216.

indicación concreta de los extremos, para evitar de esta manera, diferencias muy significativas en las penas que se imponen a los casos de fraudes colectivos, dependiendo del tribunal juzgador, como sí ocurría en el caso de aplicar al figura de la estafa genérica en concordancia con el delito continuado, tal como ya se ha expuesto con amplitud en esta investigación.

El último texto del proyecto de reforma del Código Panl, presentado este año ante la Asamblea Legislativa, cera el artículo 258 en el cual se regula la figura de la estafa agravada y una serie de supuestos en que esta se presenta y faculta a la imposición de una pena mayor que para el tipo general de la estafa; sin embargo, no crea el tipo específico del fraude colectivo, con lo cual se mantiene la relación con la situación actual, de sancionar este tipo de delincuencia, mediante la aplicación del tipo general de estafa en concordancia con las reglas del delito continuado, lo cual no es conveniente, porque causa una serie de problemas, en cuanto ala aplicación de una pena más justa, proporcional y uniforme a los casos de fraudes colectivos que se presentan en nuestros tribunales, siendo este un yerro que mantiene el actual proyecto de Código Penal²⁷⁴.

El proyecto de reforma nuestro presenta sin modificaciones la figura del delito continuado en el artículo 73 y considero a saí es conveniente, ya que la regulación del fraude colectivo, -que es la figura verdaderamente relevante del delito masa- debe

²⁷⁴ PROYECTO DE CÓDIGO PENAL DE COSTA RICA, SAN JOSÉ, 2002.

ARTICULO 232: Estafa

Quien induciendo a error a otra persona o manteniéndola en él, por medio de la simulación de hechos falsos o por medio de la deformación o el ocultamiento de hechos verdaderos, utilizándolos para obtener un beneficio patrimonial antijurídico para sí o para un tercero, lesione el patrimonio ajeno, será sancionado en la siguiente forma:

- 1) Con prisión de dos meses a tres años, si el monto de lo defraudado no excediere de diez veces el salario base.
- 2) Con prisión de tres a diez años, si el monto de lo defraudado excediere de diez veces el salario base.

ARTICULO 233: Estafa agravada

Las penas previstas para los hechos señalados en el artículo anterior se aumentarán en un tercio:

1. Cuando los realice quien sea apoderado o administrador de una empresa que obtenga, total o parcialmente, sus recursos del ahorro del público, o por quien, personalmente o por medio de una entidad inscrita o no inscrita, de cualquier naturaleza, haya obtenido sus recursos, total o parcialmente del ahorro del público;
2. Cuando la acción recaiga sobre artículos de primera necesidad, viviendas o terrenos destinados a la construcción de viviendas;
3. Cuando se coloque a la víctima o a su familia en grave situación económica, o se realice aprovechándose el autor de su credibilidad empresarial o profesional; y
4. Cuando se realice mediante el suministro de información falsa, alterada, incompleta, omisa o defectuosa, personal o de un tercero, con el fin de obtener créditos o condiciones crediticias favorables para sí o para una tercero.

establecerse en el ámbito de los delitos patrimoniales, en el tipo penal de la estafa agravada; tal como se ha expuesto.

La importancia y utilidad de regular el fraude colectivo como una modalidad agravada de la estafa, se encuentra en que la pena a imponer sería acorde con la conducta gravemente reprochable de su autor y la sanción sería proporcional, uniforme y adecuada, lo cual no ocurre al aplicar las reglas del delito continuado, por nuestros juzgadores tal y como se acreditado del estudio de los fallos dados al efecto, ya que depende de la apreciación del tribunal a cargo la pena será más o menos severa, lo cual no es conveniente.

CONCLUSIONES

Surge a mediados del siglo pasado en Europa, estudiado en España, un tipo de delito denominado masa, caracterizado porque la conducta delictiva se encuentra orientada a perjudicar a un número considerable de individuos, sea a una masa amorfa de personas; debido a que los cambios tecnológicos y científicos de la sociedad moderna permiten llegar con información variada a un número considerable de personas; indagar en sus gustos y por tal, ofrecer servicios, bienes e inversiones a ese grupo, como una unidad.

El delito masa surge no solo en el campo patrimonial, sino que también puede vulnerar otros bienes jurídicos, como por ejemplo en el caso del genocidio, el bien jurídico: Vida; sin embargo, de manera unánime la doctrina se orienta por considerar que el mayor auge y desarrollo del delito masa, se encuentra dado en el campo patrimonial, en la figura denominada **fraudes colectivos**.

En Costa Rica, es para los años setenta aproximadamente, cuando se presentan los llamados fraudes colectivos, como la modalidad más relevante del delito masa, debido a la proliferación de este tipo de fraudes en el campo patrimonial; significando una verdadera problemática.

El fraude colectivo, además de ser la modalidad más representativa del delito masa es de carácter esencialmente patrimonial, pues vulnera el patrimonio de los sujetos que resultan perjudicados con la actuación ilícita; que por tratarse de una generalidad de personas, o masa de individuos, tiene repercusiones en la sociedad en general, lesionando indirectamente otros bienes jurídicos, como la confianza en el tráfico mercantil, el derecho de crédito, etc; de ahí la gravedad de este tipo de delito. La naturaleza patrimonial del fraude colectivo, es así reconocida por la doctrina europea, que ha estudiado el tema, desechando que se le incluya dentro de los denominados delitos contra el orden público económico, más que en sentido amplio y por vía de excepción, ya que no vulnera un bien jurídico supraindividual, que incida directamente en el desarrollo del orden económico de la sociedad, sino que lesiona directamente el patrimonio de cada individuo y solo por vía indirecta puede afectar otros bienes jurídicos.

Ahora bien, partiendo de la naturaleza esencialmente patrimonial del fraude colectivo, que consiste en la conducta engañosa que utiliza el sujeto activo, para llevar a error a las personas, a quienes dirige su propuesta, logrando que estos se desprendan o realicen una disposición patrimonial a su favor, que le permite obtener un beneficio global cuantioso en detrimento de los patrimonios de los individuos que confiaron en su propuesta, resultando de esa manera defraudados.

De ahí, que el fraude colectivo sea una estafa de grandes dimensiones; que se distingue de la estafa común porque la conducta engañosa empleada por el autor del delito es compleja y sofisticada, y su plan está directamente encaminado a inducir a error a esa masa de individuos, que le va a proporcionar un beneficio cuantioso en detrimento de los patrimonios de éstos. Se trata además de un delincuente, distinto del común, que es conocedor de la actividad que desarrolla, porque posee conocimientos especializados en la misma, los cuales le permiten dar una apariencia de legalidad y licitud a su actuación, engañando de esa manera a las personas a quienes dirige su engaño.

Estas diferencias del fraude colectivo con la estafa común justifican que se incluya en el tipo penal de la estafa, pero como una forma agravada de ésta; tipificación que no existe actualmente en nuestro Código Penal, generando que nuestro legislador para sancionar la conducta haya aplicado la figura general de la estafa en su forma continuada, lo cual se aparta de criterios de especialidad e impiden que la sanción aplicada a los casos en cuestión, sea proporcional, igualitaria y justa, conforme con la delincuencia referida, la gravedad de la conducta apuntada, que por lesionar el patrimonio de una generalidad de personas merece un mayor reproche y no solo una sanción más severa; sino también que los diferentes casos sean tratados con la misma severidad y no dependiendo del criterio del Tribunal que le corresponda juzgar al aplicar las reglas del delito continuado, a una estafa general.

En primer término, las reglas del delito continuado, no son acordes con la figura del fraude colectivo, ya que por su carácter pietista, se aplica en beneficio del imputado, para beneficiarlo al imponer la pena con una sanción menos severa. Luego esa concepción cambia, y es posible aplicar las reglas del delito continuado, también para aplicar al caso concreto una sanción severa; es decir, no solo para favorecer el imputado con una pena menos severa y es de esta forma que viene a adoptarse por nuestros

juzgadores, para aplicar a los casos de fraudes colectivos, con la finalidad de darle una sanción más acorde con la gravedad de la delincuencia aludida. Este desarrollo, tal y como se ha expuesto en esta investigación también ocurre en España y en principio, fue una respuesta al problema que se presentaba para los fraudes colectivos, pero no la más adecuada. De ahí, que el legislador español se orientara por crear un tipo específico para el fraude colectivo, como un agravante de la estafa y se haya concluido que por un criterio de especialidad, la figura que debe aplicarse a los casos de fraude colectivo, sea la estafa agravada y no la del delito continuado, ya que por un criterio de especialidad y siguiendo la naturaleza del fraude, se trata de una estafa de grandes dimensiones y aunque implique la realización de la misma por parte del sujeto activo en algunas ocasiones una actuación continuada, no necesariamente lo es, porque lo ejecuta el delincuente. Es el desarrollo de un plan que ha elaborado directamente para engañar a un grupo considerable de personas y obtener, de esa manera, un beneficio global injustificado, para lo cual requiere a veces de varias actuaciones, pero que no corresponde a la esencia de la conducta delictiva.

Otro problema que a mi juicio, ofrece la aplicación de las reglas del delito continuado, está en que dependiendo del Tribunal que le corresponda conocer del caso en cuestión, así será la sanción a imponer, ya que el delito continuado permite esa ponderación, lo cual puede causar desigualdad y desproporción al momento de aplicar la sanción a casos que son similares, debido al criterio seguido por el Tribunal juzgador para tal efecto, lo cual es posible siguiendo las reglas del delito continuado; no pasaría, si se tuviera un tipo penal específico para el fraude colectivo, como una forma agravada de la estafa, con una sanción severa a imponer acorde con el reproche que requiere este tipo de delincuencia.

Por ello propongo, como forma adecuada de tipificar el fraude colectivo en nuestro ordenamiento jurídico penal y acorde con la naturaleza de delito patrimonial y la especialidad de éste, como una estafa agravada y no como una conducta continuada, que no se ajusta al fraude colectivo, ya que el sujeto activo se plantea un plan y mediante una o varias acciones lo lleva a cabo con una finalidad única de defraudar a una generalidad de personas, lo cual hace que sea más reprochable su conducta. De esta

forma la sanción a imponer sería severa, proporcional e igualitaria para los casos de fraude colectivo, que se presentaran.

El tipo penal de fraude colectivo que propongo en este estudio es el siguiente, como una modalidad de la estafa agravada, mediante la promulgación de un artículo específico en el cual se incluyan dos incisos que correspondan a las características del fraude colectivo. Ese artículo referido a la estafa agravada quedaría redactado de la siguiente forma: "El delito de estafa será castigado con las penas de prisión de diez a dieciséis años, cuando: **1.- Revista notoria gravedad, atendiendo al valor de la defraudación, a la entidad del perjuicio total causado, a la situación económica en que deje a la víctima o a su familia y hubiera perjudicado a una generalidad de personas y 2.- Se cometa abuso de las relaciones personales existentes entre víctima y defraudador o aproveche éste su credibilidad empresarial o profesional.** En estos dos supuestos, se incluyen las características principales del fraude colectivo, por cuya razón, cuando concurren ambas, se propone una agravación adicional a la pena de la siguiente forma. **3.- Si concurren las circunstancias 1 y 2, con el inciso segundo del artículo anterior (relativo a la estafa general, artículo 216 del Código Penal actual), se impondrá el máximo de la pena aumentada hasta en otro tanto.**

De ahí, que en esta investigación se venga a corroborar la inquietud que formule al inicio, tendiente a demostrar que no existe una tipificación de la conducta de fraude colectivo en nuestro ordenamiento jurídico penal, por lo cual se hace necesario promulgarlo como una forma agravada de la Estafa, atendiendo a su carácter de delito patrimonial y siguiendo un criterio de especialidad, dentro del tipo penal de la estafa que permitan lograr la imposición de una sanción, adecuada, proporcional igualitaria y ante todo justa para este tipo de delincuencia.

BIBLIOGRAFÍA GENERAL

1.- REVISTAS

1-) ANIYAR DE CASTRO (Lolita). *El Delito de Cuello Blanco en América Latina*. Revista ILANUD, No. 8 1980.

2-) ARREAZA CAMERO (Emperatriz). *El caso de la página roja*. Capítulo Criminológico de Venezuela. Venezuela, Meinsa # 6. 1978

3-) BAJO FERNÁNDEZ (Miguel). *La delincuencia económica, un enfoque criminológico y político criminal*. Cuadernos de Política Criminal #5. Madrid, Instituto Univeritario de Criminología. Universidad Complutense de Madrid. EDERSA. 1978

4-) BARBERO SANTOS (Marino). *Los Delitos económicos en la Legislación Española*. Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense de Madrid. Madrid, 1986-1987, p. 99-118.

5-) BARBERO SANTOS (Marino). *Los Delitos económicos en la Legislación italiana*. Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense de Madrid. Madrd, 1985, p. 245-278.

6-) BARRITA LÓPEZ (Fernando). *Los Delitos como negocio*. Revista Mexican de Justicia. Méxido D.F. No. 4 Vol. 1. Procuraduría General de la República. Instituto Nacional de Ciencias Penales.

7-) CSTILLO BARRANTES (Enrique). *Becker y Chapman; Criminólogos internacionales*. Revista de Ciencias Jurídicas. San José, No. 38. 1979.

8-) DÍAZ PALOS, *Delito Masa, Delito de Fraude colectivo*. Revista de Derecho Judicial, 1960.

9-) GARCÍA MÉNDEZ (Emilio). *El problema de la corrupción: uan revisión latinoamérica*. Revista del ILANUD. No. 21-22. junio-diciembre de 1987.

10-) MARCO DE PONT (Luis). *El impacto de la criminalidad de cuello blanco*. Revista de Ciencias Jurídicas. San José, mayo-agosto de 1988

11-) NOVOA MONTREAL(Eduardo) *Reflexiones para la determinación y delimitación del Delito Económico*. Revista Mexicana de Justicia 85, México D.F., No. 4 Volumen III. Octubre-Diciembre 1985.

12-) PEGORARO TAINA (Juan) *Señores y Delincuentes de cuello blanco*. Revista de Doctrina Penal. Teoría y práctica de las Ciencias Penales. revista Trimestral

13-) SAINZ CANTERO, *El Delito Masa*. Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales, 1971

14-) TIEDEMANN (Klaus). *La criminología económica como objeto de investigación*. Cuadernos de Política Criminal. Madrid, No. 19. Instituto Universitario de Criminología. Universidad Complutense de Madrid. EDERSA. 1983

15-) TIEDEMANN (Klaus). *La reforma del Derecho Penal económico Alemán y el Proyecto del Código Penal Tipo para Iberoamérica*. Cuadernos de Política Criminal. Cuaderno de Política Criminal. Madrid, No. 20. Instituto de Criminología. Universidad Complutense de Madrid. EDERSA. 1983

16-) TIEDEMANN (Klaus) *El concepto de Derecho Económico, Derecho Penal Económico y Delito Económico*. Cuaderno de Política Criminal. Madrid, No. 28. Instituto de Criminología. Universidad Complutense de Madrid. EDERSA. 1986

17-) VILADAS JENE (Carlos). *Nota sobre la delincuencia económica en España*. Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales. Madrid, Tomo XXXI. Fascículo III

2. TESIS.

1-) ALFARO LLACA (Jhonny). El delito de Fraude de Simulación y su diferencia con la simulación civil. Tesis de grado para optar por el Título de Licenciado en Derecho. Facultad de Derecho de la Universidad de Costa Rica. 1983

2-) ARIAS CÉSPEDES (Ligia) y otros El Delito de cuello blanco en C.R. (un estudio exploratorio). Tesis de grado para optar por el Título de Licenciado en Derecho. Facultad de Derecho de la Universidad de Costa Rica. 1980

3-) LÓPEZ GUIDO (Flor). Régimen jurídico de las Normas Oficiales de Calidad. Tesis de grado para optar por el Título de Licenciado en Derecho. Facultad de Derecho de la Universidad de Costa Rica. 1988

4-) MURILLO MORA (Laura) . El principio de Oportunidad en Materia de Delincuencia no Convencional. Tesis de grado para optar por el Título de Licenciado en Derecho. Facultad de Derecho de la Universidad de Costa Rica. 1993

5-) ORTIZ MOLINA (Rafael). El tráfico Ilegal de Divisas. Tesis de grado para optar por el Título de Licenciado en Derecho. Facultad de Derecho de la Universidad de Costa Rica. 1987

6-) PERALTA AGUILAR (Saray) y CAMACHO VILLALOBOS (Roberto). Delito de Estafa. Aspectos legislativos y jurisprudenciales de su reforma. Tesis de grado para optar por el Título de Licenciado en Derecho. Facultad de Derecho de la Universidad de Costa Rica. 1992

7-) PRIETO VARGAS (Ahiza). *Obligaciones Tributarias, defraudación fiscal y reforma tributaria. Tesis de grado para optar por el Título de Licenciado en Derecho. Facultad de Derecho de la Universidad de Costa Rica. 1991*

3.LIBROS.

1-) AFATALION (Enrique,, Derecho Penal Económico. Buenos Aires, Abeledo Perrot, 1953, 277 p.

2-) AMBROSETTI (Enrico Mario,. Problemi attuali in tema direato coninuato, CEDAMA, 1991, 84 P.

3-) ANTON ONECA (José), Delito Continuado, Barcelona, Francisco Seis, 1954, 18 p.

4-) ARTEAGA SÁNCHEZ (Alberto), La estafa y otros fraudes en la Legislación penal venezolana, Venezuela, V. Central, 1971, 204 p.

5-) ARROYO ZAPATERO (Luis) y TIEDEMANN (Klaus). Estudios de Derecho Penal económico. La Mancha, Ediciones de la Universidad de Castilla, La Mancha, 1994

6-) AZZALI (Giampiero), Inadeimpimento e frode nelle pubbliche forniture, Padova, CEDAM, II edición, 1984, 235 p.

7-) BACIGALUPO (Enrique), Principios de Derecho Penal Español, Madrid, Akal, D:L: 1985.

8-) BACIGALUPO (Enrique), Estudios sobre la parte especial del Derecho Penal, Madrid, Akal, D:L: 1991, 430 p..

9-) BAJO FERNÁNDEZ (Miguel), Manual de Derecho Penal. Parte Especial, Madrid, Centro de Estudios Ramón Areces, II edición, 1991

10-) BAJO FERNÁNDEZ (Miguel), Estafa de abuso de crédito mediante el descuento bancario de letras "vacías" o no comerciales, Madrid, , 1977

11-) BAJO FERNÁNDEZ (Miguel), Derecho Penal Económico aplicado a la Actividad Empresarial, , Madrid, , 1978, 557 p.

12-) BARBERO SANTOS (Marino), (edición de) Los Delitos Socio-económicos. Facultad de Derecho. Madrid, Sección de Publicaciones de Madrid, 1978

13-) BARRERA DOMÍNGUEZ (Humberto) Delitos contra el Patrimonio Económico. Colombia, III edición, 1994

14-) BILLING (Peter), Diel Teilmahme am fortgeszten Delikt lanugural Dissertation Koln, Dietrich & C. VERlag, 1934, 31 p.

- 15-) BINDING (Carlo), Compendio di Diritto Penale, Roma Editorial, Ateneum, VIII edición, 1927, 557 p.
- 16-) BINDER Alberto. Justicia Penal y Estado de Derecho, Buenos Aires, editorial ad Hoc S.R.L., 1983
- 17-) BONZART RAFART. Responsable penal e infracción de las personas jurídicas. Buenos Aires, Editorial Depalma. 1993
- 18-) BUEHLER (Katharina), Zurich, Schulthess, Polygraphsher, 1976
- 19-) BUEHLER (Katharina), Axufuhr uad headfriedensbruch im scheweixerischen Stra frecht, (El Delito Masa).
- 20-) BURI M. (Von). Einheit und Mehrheit der Verbrechen. Eade, 121 p.
- 21-) BUSTOS RAMÍREZ (Juan), Manual de Derecho Penal, Parte Especial, Barcelona, Ariel, II edición, 1991, 413 p.
- 22-) CAMARGO HERNÁNDEZ (César). El Delito Continuado, Barcelona, Bosch, 1951, 162 p.
- 23-) CANTARENO BANDRES, (Roció), Problemas penales y procesales del delito continuado, Barcelona, PPV 1990, 220 p.
- 24-) CASTIÑERA (Ma. Teresa) El Delito Continuado, Barcelona. Bosch, D.L. 1977, 238 p.
- 25-) CASTIÑERA PALOU (Ma. Teresa), Ventas a Plazos y Apropiación Indebida, Bosch.
- 26-) CEREZO MIR (José), Problemas Fundamentales del derecho Penal, Madrid, Tecnos, 1982, 363 p.
- 27-) CEREZO MIR (José), Curso de Derecho Penal Español, Parte General, Madrid, Tecnos, 1985.
- 28-) COBO DEL ROSAL (M.) Derecho Penal, Parte General, Valencia, Univesidad, 1980
- 29-) COPPI (Franco), Reato continuato e cosa giudiccta, Napoli, R.F. Eugenio Jovene, 1969, 414 p.
- 30-) CÓRBODA RODA (Juan), El Delito Continuado, Barcelona, Bosch, 1977, 238 p.

- 31-) CUERDA RIEZU (Antonio), Concurso de delitos y determinación de la pena, Análisis legal, doctrina y jurisprudencia, Madrid, Tecnos, D.L., 1992, 285 p.
- 32-) DALL'ANDRO (Renato), La fattispecie plurisoggetiva in Diritto Penale, Milano, 1956, 244 p.
- 33-) FINZI (Conrado). La estafa y otros fraudes. Buenos Aires, Depalma, 1961, 134 p.
- 34-) GARCÍA (Luis) y LLERENA (Patricia), Criminaliad de Empresa, Buenos Aires, Editorial Ad Hoc. 1990
- 35-) GURFINKEL DE WENDY (Lilliam) y RUSSO (eduardo Angel). Ilícitos Tributarios. Buenos Aires. Editora De Palma. III edición. 1993
- 36-) GUTIÉRREZ FRANCES (Ma. Luz), Fraude Informático y Estafa., Madrid, Ministerio de Justicia, 1991, 642 p.
- 37-) HENTING (Hans Von), La Estafa, Madrid, Calpe, II edición, 1964, 240 p.
- 38-) HERRERO HERRERO (César), Los DelitosEconómicos. Perspectiva Jurídica y Criminológica, Madrid, Editorial del, Ministerio del Interior, Secretaría Técnica, 1992, 668 p.
- 39-) HERRERO (José Luis), Los delitos financieros en la Jurisprudencia Española, Barcelona, Bosch, 1965, 141 p.
- 40-) JASPAR (Norman), The thief in the White Collar, New York, J. B. Lippinett C, 1960, 254, p.
- 41-) LANDECHO (Carlos María), Derecho Penal Español, Parte General, Madrid, ICAI, 1982.
- 42-) LANDROVE (Gerardo), Los Fraudes Colectivos, Barcelona, Bosh Casa Editora. 1978.
- 43-) LEICH (L.H.), The control of commercial fraud, London, 1982, 339 p.
- 44-) LORCA MARTINEZ (José), El fraude en la transmisión de bienes, Madrid, Marcial Ponds, 1952, 162 p.
- 45-) LUZON PEÑA (Diego), Estudios Penales. Barcelona PPV, 1991, 664 p.
- 46-) MAGGINI (Attilio), La Truffa, Parada, CEDAM, 1988, 144 p.
- 47-) MALAMUD GOTI (Jaime), Política Criminal de la Empresa, Cuestiones Alternativas, Buenos Aires, 1983, 152 p.

- 48-) MARTINEZ IZQUIERO (Severino). El Delito Fiscal, Madrid, Ediciones De Rialp S. A. 317 p.
- 49-) MARTOS NUÑEZ (Juan Antonio), Derecho Penal Económico, Madrid, Editorial Montecorvo. S.A.. 1987, 447 p.
- 50-) MAURACH (Reinhart), Derecho Penal, Parte General, Buenos Aires, Astrea, 1994, 687 p.
- 51-) MESSINA (Rino), Concorso formale di reati (art. 81 D.L. Il aprile 1974 # 99), Milano, A. Giufreé, 1975, 153 p.
- 52-) MEZGER (Edmundo), Derecho Penal, Parte General, Traducción de la VI edición, buenos Aires, 1989, 459 p.
- 53-) MILLE MILLE (Gerardo), Delitos contra la Economía Nacional, Caracas, Facultad de Derecho, 1968, 322 p.
- 54-) MIRANDA GALLINO (Rafael), Delitos contra el Orden Económico, Buenos Aires, Ediciones Pennedith, 1970, 68 p.
- 55-) MIRTO (Pietro), Il Diritto Penale delle Società, Milano, Dott, 1954, 418 p.
- 56-) MOCCIA (Sergio), Tutela penale del patrimonio e principi costituzionali, Padova, CEDAM, 1988, 135 p.
- 57-) MORO (Aldo), Unità e pluralità di reati, Principie Padova, CEDAM, A. Milani Edit., II edizione, 11954, 251 p.
- 58-) NINO (Carlos), El Concurso en el Derecho Penal, Criterios para seleccionar casos, Buenos Aires, ASTREA, 1972, 145 p.
- 59-) PADONI (Tullio), Le ipotesi speciali di concorso del reato, Milano, Giufreè, 1973, 213 p.
- 60-) PAGANO (José León) Derecho Penal Económico, Buenos Aires, Ediciones De Palma. 1983.
- 61-) PAGLIARO (Antonio), Il reati connessi, Palermo G, Priulla Editorial, 1956, 188 p.
- 62-) POLAINO NAVARRETE (Miguel), Derecho Penal, Parte General, Barcelona, Bosch, 1990.
- 63-) PATERNITI (Carlo), Diritto Penale dell' economie, Torina, 1988, 205 p.
- 64-) PUPPE (Ingeber), leal Kin Kurremz und Einzelverbrechen.

- 65-) RAMIREZ BUSTOS, (Juan), Manual de Derecho Penal, Parte General, Barcelona, Ariel, 1984, 471 p.
- 66-) REAL SUAREZ (Antonio), El Sujeto Pasivo Masa en los Delitos Continuados y únicos de estafa.
- 67-) RIGHI (Esteban), Derecho Penal económico Comparado, Madrid, D.L. 1991, 363 p.
- 68-) RISTORI (Roberto), Il Reato Continuato, Padova, CEDAM, 1988, 180 p.
- 69-) RODRÍGUEZ MOURULLO (Gonzalo), Derecho Penal, Madrid, Civitas, 1978.
- 70-) ROMERO (Gladys), Algunas Cuestiones de Derecho Penal, Buenos Aires, LEA, 1986, 82 p.
- 71-) ROMERO (Gladys), Los elementos del tipo de estafa, Buenos Aires, Lernes Editores Asociados LEA, 1985, 323 p.
- 72-) ROXIN (Claus), Iniciación al Derecho Penal de Hoy, Sevilla, Universidad, 170 p.
- 73-) SAINZ CANTERO (José), Lecciones de Derecho Penal, Parte General, Barcelona, Bosch, 1988
- 74-) SAMMARCA (Giorgio), Le truffa contrattuale, Milano, Il de. Giufreé, 1988, 268 p.
- 75-) SAN MORAN (Angel). El concurso de delitos, aspectos de política legislativa, Valladolid, Universidad, 1986, 278 p.
- 76-) SAVER (Guillermo). Derecho Penal, Parte General, Barcelona, Bosch, 1956, 431 p.
- 77-) SERRANO GÓMEZ Fraude Tributario (Delito Fiscal), Madrid, Editorial Derecho Financiero, Madrid, 1977, 235 p.
- 78-) SPOLANSHY (Norberto), La estafa y el silencio. Buenos Aires, Editorial Jorge Alvarez, 1967, 170 p.
- 79-) SUTHERLAND (Edwin), Il Crimine dei colletti bianchi la versión integrale
- 80-) TERRADILLO BASOCO (Juan), Delitos societarios: El Derecho Penal de las sociedades Mercantiles a la luz de nuestra adhesión a la CEE, Madrid, 1987, 110 p.
- 81-) TIEDEMANN (Klaus) Poder económico y Delito, Barcelona. Editorial Ariel, 1985.
- 82-) TIEDEMANN (Klaus), Lecciones del Derecho Penal Económico, Barcelona, PPV, 1993, 275 p.

- 83-) TUILLET (G.), Les fraudes comptables (Biarritz), Dunod économie, 1969) 116 p.
- 84-) VALLE MUÑIZ, (José), El Delito de Estafa, Delimitación jurídico penal con el fraude civil, Barcelona, Bosch, 1987, 303 p.
- 85-) WELZEL (Hans), Derecho Penal Aleman, Parte General, Castellano Santiago, Editorial Jurídica de Chile, XII edición, 1987, 403 p.
- 86-) ZAGREBELSKY (Vladimiro), Reato Continuato, (Art. 81 C.P. 8 D.L.), Milano, A Giuffré, 1976, 227 p.
- 87-) ZAMORA PIERCE (Jesús), El Fraude, México, Editorial Porrúa, 1992, 383 p.

4. TRATADOS

- 1-) FEUERBACH (Paul), Tratado de Derecho Penal, Común, Vigente en Alemania, Buenos Aires, 415 p.
- 2-) MAURACH (Reinhart), Tratado de Derecho Penal, Barcelona, Ediciones Ariel, 1962
- 3-) MEZGER (Edmundo), Tratado de Derecho Penal, Madrid, II edición, 2v.

5. CONSTITUCIONES

- 1-) Constitución política de 7 de noviembre de 1949, San José, Imprenta Nacional, 1980
- 2-) Constitución Política de España

6 CÓDIGOS

- 1-) Código Penal de Alemania
- 2-) Legislación Penal Española

7. JORNADAS.

- 1-) Jornada Hispano Alemanas sobre Reforma Penal 1980, Barcelona, Universidad Autónoma de Barcelona, La rforma del Derecho Penal II Jornadas Hispano Alemanas sobre la Reforma del Derecho Penal. edición de Santiago Mir, Bellaterca. 1981, 124 p, 1 h, 23 cm

ISBN 84-7488-017-3

R 729. 135

D 22110

R 640733

2-) El Proyecto de Código Penal. Ciclo de Conferencias patrocinadas por el Colegio de Abogados y la Facultad de Derecho, Barcelona, 1980, Bosch, 288 p.

8 de abril, 2002