

DELITOS CONTRA LOS INTERESES ECONÓMICOS DE LOS CONSUMIDORES Y ESTAFA

José Luis Serrano González de Murillo
Universidad de Extremadura

Resumen: El sistema de los delitos del Código penal español orientados a proteger los intereses económicos de los consumidores frente al fraude consta de una primera línea de contención ante las conductas idóneas para lesionar tales intereses, y de una segunda línea que protege del perjuicio patrimonial. Es lógico que este sistema presente fricciones cuando se abordan en detalle las consecuencias jurídicas de la eventual concurrencia de peligro y daño, como se pone de manifiesto a la largo del presente análisis. La solución a los problemas de concurrencia de normas penales viene dificultada por el hecho de que en cada uno de los tres delitos de peligro para el patrimonio de los consumidores tanto la configuración de los tipos como las perspectivas concursales aparecen de distinto modo. Este tratamiento diferenciado no está justificado ni por la fenomenología de las conductas respectivamente descritas ni por el grado de peligro que en la realidad económica representan, puesto que en los tres casos se prohíbe exponer a una pluralidad de consumidores a un peligro patrimonial del que se deriva la elevada probabilidad de lesión masiva. De este estado de la cuestión se deduce la necesidad de

Recibido: junio 2011. Aceptado: octubre 2011

racionalización en el sentido de dispensar a los tres delitos un tratamiento legislativo homogéneo.

Palabras clave: Delitos contra los consumidores. Publicidad falaz. Captación fraudulenta de inversores. Facturación ilícita. Estafa.

Abstract: The system of the offences in the Spanish penal code aimed at protecting the economic interests of consumers against fraud comprises a first containment line against behaviours suitable to harm those interests, and a second line that protects against completed fraud. It is only natural that this system shows difficulties when the legal implications of the possible occurrence of danger and damage to personal assets are discussed in detail, as is apparent in the course of this analysis. The solution to the concurrency issues of criminal law is being hindered by the fact that in each of three offences of risk to the wealth of consumers both the configuration of the types and the concurrency prospects appear differently. This differential approach is not justified either by the phenomenology of the behaviours respectively described or by the degree of danger they imply in the economy life, since in all three cases is prohibited exposing a plurality of consumers to a risk to property from which the high probability of massive damage derives. This state of affairs shows the need for rationalization in the sense of giving the three offences uniform legislative approach.

Keywords: Crimes against consumers. False advertising. Fraudulent gaining of investors. Unlawful Billing. Fraud.

1. Introducción

En las economías de mercado actuales, caracterizadas como *sociedades de consumo*, el consumidor corre el riesgo de convertirse, de sujeto de necesidades que el sistema se orienta a satisfacer, en sujeto configurable según las necesidades de la producción, o mejor, de la maximización del beneficio en las empresas que representan la oferta de bienes y servicios.¹ Sin embargo, que la sociología haya acuñado el término sociedad de consumo no debe llamarnos a engaño: el consumidor ocupa una

1 En sentido similar, ya MUÑAGORRI LAGUÍA, I., *La protección penal de los consumidores frente a la publicidad engañosa*, Granada, 1998, p. 54.

posición más de sujeto pasivo que de sujeto activo (“consumidor soberano” que emite su voto en cada acto de consumo) en el funcionamiento económico efectivo de esa sociedad a la que da nombre.

En tal contexto, se sobreentiende cierto grado de manipulación de sus decisiones de consumo, pues, como connatural al sistema, que se basa en generar, o al menos dinamizar, su propia demanda. Y aquí es donde incide la publicidad, cuya misión se orienta a hacer nacer el deseo de contratar determinado bien o servicio en cuantos más consumidores mejor, en la mayor parte de las ocasiones con preferencia a la competencia de oferta, muy pocas veces apelando a la decisión racional y casi siempre a las emociones. Lo que implica que la misión natural y común de la publicidad en la sociedad de consumo se orienta a persuadir, no a informar objetivamente.²

Ahora bien, la manipulación extrema y completa, el fraude en la publicidad, comienza a ser disfuncional para el mecanismo del mercado, porque menoscaba la credibilidad de este instrumento de la oferta. Mientras que el fomento del consumo, el conseguir que se adquiriera lo que en realidad no se necesitaría puede a fin de cuentas dinamizar el mercado, aumentar la producción (oferta) y consiguientemente generar riqueza y bienestar, hacer adquirir en realidad algo distinto a lo que se pretendía, y menos valioso, distorsiona el modo ideal de confluencia entre la oferta y la demanda. El libre mercado no es tal sino en ausencia de coacción y, lo que ahora nos ocupa, de engaño. La eventualidad de engaño, asimismo, imposibilitaría las relaciones de suministro masivo (electricidad, comunicaciones, combustibles, etc.), bienes y servicios imprescindibles en la vida moderna para el acceso a los cuales el sistema económico no ofrece más opción al consumidor que confiar en el cómputo del bien o servicio mediante aparatos automáticos realizado por el suministrador.

2 Lo destaca GÓMEZ RIVERO, C., “Hacia una nueva interpretación del delito publicitario”, en *La Ley* 4332, 1997, p. 1232.

Por otra parte, no sólo resulta conveniente velar por un aspecto esencial del ordenado funcionamiento del sistema económico, sino asimismo, teniendo en cuenta que todos, aun cuando en ejercicio de una actividad empresarial o profesional nos encontremos situados del lado de la oferta, y tentados por tanto de maximizar el beneficio a costa de la otra parte, de la demanda; ineludiblemente ocupamos la posición de consumidor en la mayor parte de las relaciones de mercado, posición que sentimos de desventaja y de vulnerabilidad frente a las diversas manipulaciones por parte de la oferta.

Parece razonable, por tanto, la tutela jurídica de la elección libre de engaño por parte de los consumidores, e incluso el recurso al Derecho penal cuando el engaño pone en peligro o lesiona aquello que el consumidor, en cuanto operador económico, pone en juego en el mercado: su patrimonio. Hasta la entrada en vigor del actual CP tal protección se canalizaba a través de la tipificación de la figura del fraude en el tráfico patrimonial con personas determinadas: la estafa, delito de perjuicio patrimonial, incluidas sus formas imperfectas: formas preparatorias de la participación y tentativa. Pero la introducción en 1995 (y 2010) de tipos delictivos tendentes específicamente a prevenir el engaño³ en las relaciones económicas masivas, no con personas concretas sino con una pluralidad de consumidores y usuarios,⁴ en la mayor

3 Queda al margen del objeto de estudio, por tanto, el delito de detracción del mercado de determinados productos, art. 281 CP, considerado por parte de la doctrina como delito contra los consumidores (PUENTE ABA, L. M, *Los delitos contra los consumidores (arts. 281 a 283 del Código Penal)*, Valencia, 2003; BAUCELLS LLADÓS, J., “La protección penal de los intereses económicos de los consumidores”, en *RDPP* 8-2 2002, pp. 63 ss.), que con mejor criterio puede estimarse como principal objeto de protección el funcionamiento del mercado en cuanto puede verse afectado por la alteración del nivel natural de la oferta

4 En el sentido ya propugnado por la doctrina, como “normas-obstáculo” que prohibieran la inveracidad con poder de influir en la toma de decisiones económicas de los consumidores. *Cfr.* ya p. ej. OCTAVIO DE TOLEDO Y UBIETO, E., “Notas para un estudio de los fraudes alimentarios en Derecho penal”, en *RFUC*, 57, 1979, p. 93.

parte de los casos sin exigencia de perjuicio patrimonial, plantea el problema de la relación concursal entre los delitos contra los intereses económicos de los consumidores y el tradicional delito de estafa, precedida de la necesaria delimitación de los respectivos ámbitos de estafa y demás delitos de protección anticipada del patrimonio del consumidor.⁵

Aun cuando la distinción entre los delitos contra el mercado y los delitos contra los intereses económicos de los consumidores no puede realizarse de manera tajante, puesto que cada uno de ellos presenta aspectos de la protección penal del otro, la doctrina viene conceptuando como pertenecientes al segundo grupo a los arts. 282 (publicidad u ofertas falsas) y 283 CP (facturación superior a la debida mediante aparatos automáticos manipulados), al que se ha incorporado en la reforma de 2010 el nuevo art. 282 bis CP, que tipifica la difusión de información falsa sobre instrumentos financieros para conseguir fraudulentamente financiación de consumidores en tanto que inversores. Las tres figuras tienen en común que consisten en la realización de maniobras fraudulentas dirigidas a una multitud indiferenciada de consumidores, usuarios o inversores, con potencialidad lesiva para su patrimonio, y por su parte el delito de estafa da cuenta de los fraudes a sujetos pasivos concretos, previo peligro patrimonial. A este respecto, difiere el enfoque concursal en los distintos preceptos. A primera vista, mientras que el art. 282 CP parece establecer expresamente la regla del concurso de delitos con otras posibles infracciones penales, el art. 283 CP guarda silencio al respecto, y el art. 282 bis CP prevé como tipo agravado el logro de la financiación fraudulentamente procurada, con perjuicio para los adquirentes de activos, lo que en principio cierra el paso a la aplicación de la estafa, o reduce su posibilidad a la aplicación residual del principio de alternatividad. Sin embargo, doctrina

5 Es lo que se propone primordialmente GÓMEZ RIVERO, C., “La aplicación jurisprudencial del delito de publicidad engañosa”, en *Revista General de Derecho Penal* 2008, pp. 12 ss.

y jurisprudencia no son pacíficas en torno al régimen concursal de aplicación.

Al abordar este ámbito de problemas, parece oportuno comenzar por el tipo que ha concitado mayor interés de la doctrina y sobre el que se ha originado una bibliografía desproporcionada con su significación práctica: la publicidad u ofertas falaces.

II. Publicidad u ofertas engañosas y estafa

El análisis de la relación entre tipos penales y sus consecuencias jurídicas no puede sino comenzar por el de los respectivos bienes jurídicos protegidos. En el caso de los delitos contra los consumidores, su propia legitimación ha sido cuestionada por la doctrina, que oscila entre entender justificada y deseable la introducción de delitos contra los consumidores y rechazarlos en tanto que una manifestación más de la tendencia expansionista del Derecho penal actual.

Dejando al margen la contaminación ideológica inherente a considerar ilegítima la incursión del Derecho penal en territorios “propios” de otras disciplinas jurídicas como el Derecho administrativo o el Derecho privado, cuando están en juego intereses vitales del sistema económico y por tanto del orden social, resulta oportuno sintetizar las distintas opciones en torno a la posibilidad de individualizar un bien jurídico específico en estos delitos, distinto al patrimonio individual, propio de la estafa, como paso previo para determinar la relación concursal entre aquellos y ésta.

Como señalara Arroyo Zapatero, a través de los nuevos delitos socio-económicos se protege el propio sistema económico y el individuo en las *posiciones concretas* dentro de ese orden, p. ej. como trabajador o como consumidor, más allá de la tutela penal tradicional, de manera que la libertad económica no impida la libertad real de las personas y los grupos.⁶ La voluntad del legislador penal a este respecto, por otra parte, parece clara,

6 En *Revista peruana de Ciencias penales*, IV, 7/8, p. 621.

cuando distingue en el título XIII (libro II) del CP entre delitos patrimoniales y socioeconómicos, incluyendo entre estos últimos los atentatorios contra los intereses económicos de los consumidores.

Sin embargo, puesto que la tutela no se refiere a intereses generales, sino de determinados sectores (“posiciones” en el sistema económico), se discute, sin embargo, si su objeto lo constituye un bien jurídico colectivo, como entiende la doctrina mayoritaria, o bienes individuales, con las esperables posiciones intermedias.

Así, se ha negado que la tutela penal tenga carácter colectivo, situándose el objeto de tutela en los intereses *individuales* del consumidor, tanto patrimoniales como relativos a la salud, puesto que los tipos requieren la puesta en peligro de tales intereses.⁷ O se considera a los intereses de los consumidores como una mera abstracción conceptual, abstracción que engloba una colectividad difusa compuesta por los patrimonios de los distintos individuos.⁸ O se destaca como condición de los bienes colectivos la necesidad de un bien jurídico individual de importancia, necesitado de protección anticipada frente a conductas potencialmente peligrosas para una colectividad de personas.⁹ La protección penal arbitrada se concibe como una protección complementaria, ya sea mediante tipos de resultado cortado, de peligro concreto o de peligro abstracto.

Todas estas posturas llevarían a la negación del sistema económico constitucionalmente consagrado como objeto de protección, olvidando o no teniendo suficientemente en cuenta la función de apuntalamiento del sistema social que desempeñan sus condiciones esenciales.

Defiende, en cambio, un bien jurídico colectivo de los consumidores con un referente individual, que vendría dado por

7 CARRASCO ANDRINO, M. M., *La publicidad engañosa y el Derecho penal (una aproximación al tipo del art. 282 CP)*, Valencia, 2000, p. 86.

8 RODRÍGUEZ MONTAÑÉS, T., *Delitos de peligro, dolo e imprudencia*, 1994, pp. 304 ss.

9 SÁNCHEZ GARCÍA, I., “El nuevo delito publicitario”, en *Actualidad Penal* 25 1997, p. 560.

el patrimonio de cada consumidor, Martínez-Buján:¹⁰ el interés de la colectividad¹¹ de consumidores en la veracidad de la actividad publicitaria, como aspecto particular del orden global del mercado, pero no por sí solo sino sólo en la medida en que va unido a bienes individuales o individualizables (patrimonio o libertad de disposición de personas concretas), que son los inmediatamente protegidos.¹² Se trata de una técnica de protección de intereses difusos que los relaciona con intereses individuales (patrimonio).

A favor del reconocimiento de intereses no generales, sino sectoriales, pero distintos a los de los sujetos individuales, Bauccells Lladós¹³ pone de relieve que al art. 51 CE supone el reconocimiento de unos sujetos titulares de alcance constitucional, los consumidores, distintos a los meros titulares de derechos subjetivos en concreto, y en tanto que situados en una *posición* de inferioridad en el sistema económico.

Dentro de las posturas que parten de la protección de un bien jurídico colectivo, algunas entienden que en el delito de publicidad u ofertas falsas *prima facie* se tutela la publicidad veraz como institución del libre mercado, con objeto de asegurar que la publicidad, como instrumento de la oferta de productos y servicios para darlos a conocer e incentivar la demanda, sea veraz,

10 *Derecho Penal Económico. Parte Especial*, Valencia, 2005, p. 240; PUENTE ABA, L. M., *Los delitos contra los consumidores*, pp. 16 ss.; SÁNCHEZ GARCÍA, I., *AP 1997*, pp. 563 ss.

11 Interés difundido o disperso; o la conjunción o suma de los intereses individuales de los distintos consumidores.

12 MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, C., *Derecho penal económico y de la empresa. Parte Especial*, Valencia, 2005, p. 240; el mismo, en CORCOY BIDASOLO, M. / LARA GONZÁLEZ, R., *Derecho penal de la empresa*, Pamplona, 2002, p. 322; PUENTE ABA, L. M., *Delitos económicos contra los consumidores y delito publicitario*, Valencia, 2002, p. 260; *Los delitos contra los consumidores*, 2003, p. 17; TERRADILLOS BASOCO, J. M., en RUIZ RODRÍGUEZ (ed.), *Sistema penal de protección del mercado y de los consumidores*, Valencia, 2002, pp. 74 s.; FARALDO CABANA, P., en RUIZ RODRÍGUEZ (ed.), *Sistema penal de protección del mercado y de los consumidores*, Valencia, 2002, pp. 161 ss.

13 *RDPP 8-2*, 2002, p. 68, p. 74.

como garantía de la libertad de elección de los integrantes de la demanda (consumidores o usuarios) con respecto a los productos o servicios publicitados.¹⁴

Esta idea también se expresa asimismo parcialmente como derecho de los consumidores a la información, a recibir un mensaje publicitario veraz,¹⁵ o bien se hace recaer el acento en la libertad de disposición económica.¹⁶ La consideración parcial de uno de ambos aspectos no reúne a mi juicio entidad suficiente para alcanzar la condición de bien jurídico-penal. El derecho a la información (veraz) no presenta de por sí entidad suficiente para su protección¹⁷ si se le desvincula de las consecuencias de recibir información mendaz; como lo demuestra que no se prevea el castigo de la información falsa con carácter general al margen de la actividad publicitaria, y en este marco no se veda toda información falsa, sino sólo la susceptible de producir perjuicio,¹⁸ puesto que la prohibición penal de toda forma de engaño prácticamente paralizaría la actividad publicitaria. Igualmente, hacer residir el bien jurídico en la libertad de disposición económica

-
- 14 Así GONZÁLEZ RUS, J. J., en COBO DEL ROSAL, M. (coord.), *Derecho Penal español. Parte Especial*, Madrid, 2005, pp. 598 s.; VALLE MUÑOZ, J. M. / MORALES PRATS, F., en en QUINTERO OLIVARES, G. / MORALES PRATS, F., *Comentarios el Código penal*, t. II, PE, 2008, p. 934; MORENO Y BRAVO, E., en BACIGALUPO ZAPATER, E., *Curso de Derecho penal económico*, 1998, p. 294; GÓMEZ RIVERO, C., *La Ley*, 1997, 4, p. 1231.
- 15 BAJO FERNÁNDEZ, M. / BACIGALUPO SAGESSE, *Derecho penal económico*, Madrid, 2010, pp. 557 s., aludiendo a la protección indirecta de la libre competencia y al funcionamiento del mercado, así como del patrimonio; CUGAT MAURI, M., en QUINTERO OLIVARES, G. / MORALES PRATS, F., *El nuevo Derecho penal español. Estudios penales en memoria del Prof. J. M. Valle Muñiz*, 2001, p. 1172.
- 16 HERNÁNDEZ PLASENCIA, J. U., “El delito publicitario”, en *Actualidad Penal*, nº 48, 1998, p. 1109; BAUCCELLS LLADÓS, RDPP 8-2, 2000, p. 94 (como bien inmediato, en la línea de MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, y subrayando su carácter de protección anticipada, mediante delito de peligro, de intereses económicos; pero estimando que se protegen también mediatamente los intereses de los competidores del anunciante).
- 17 GÓMEZ RIVERO, C., *La Ley*, 1997, p. 1232.
- 18 A lo que se suma la ubicación del precepto dentro de los delitos que protegen las condiciones esenciales del sistema económico.

resulta demasiado genérico, al no permitir precisar frente a qué formas de ataques se defiende tal libertad.

En un plano más general, se ha mantenido que lo que realmente se protege es la confianza en la publicidad como aspecto de la economía de mercado esencial para su funcionamiento, en tanto que si a la publicidad falsa no se le opusiesen barreras, se resentirían tanto su *credibilidad* como —consiguientemente— el cumplimiento eficaz de su *función*. Esto es, tras la aparente protección de los intereses del consumidor, primordialmente económicos, cumpliendo formalmente el mandato constitucional al respecto, en realidad se está protegiendo la función de la publicidad en el engranaje económico.¹⁹

Resulta muy útil la llamada de atención de Mapelli sobre la protección de la propia eficacia de la institución publicitaria mediante el reforzamiento de su credibilidad. Y puede que ésta haya sido una de las motivaciones del legislador para tipificar la publicidad falaz. Sin embargo, entiendo que en la configuración concreta del tipo no se protege toda la función publicitaria y su credibilidad (así, no está castigada la difamación comercial de competidores), sino sólo la que afecta a los intereses económicos de los consumidores, con peligro de perjudicarlos, pero precisamente por no poder tomar sus decisiones económicas libres de engaño. El acento de lo protegido recae en la veracidad de la actividad publicitaria que garantiza un grado razonable de libertad de elección económica del consumidor, exenta de engaño; e indirecta o colateralmente la credibilidad y la función de la actividad publicitaria, por una parte, y el patrimonio de los consumidores, por otra, incumbiéndole a este segundo aspecto una función selectiva derivada del principio de intervención mínima. De manera que sólo cuando se origina un peligro para el patrimonio de los consumidores se lesiona el bien jurídico colectivo.²⁰

19 MAPELLI CAFFARENA, B., *El delito de publicidad fraudulenta*, Valencia, 1999, p. 49. En sentido similar, DE JORGE MESAS, en *Estudios sobre consumo*, n.º 43, 1977, p. 12.

20 Así, PUENTE ABA, L. M., *Los delitos contra los consumidores*, p. 17.

Así pues, el tipo se configura en torno a la protección de intereses patrimoniales de la colectividad de consumidores y usuarios mediante la tutela de su libertad de elección frente al engaño sobre aspectos objetivos del producto o servicio ofertados. Presenta por tanto, puesto que sólo se requiere la potencialidad para el perjuicio, pero no el peligro concreto, su condición de delito de peligro hipotético, o de aptitud objetiva para lesionar el patrimonio de los consumidores. Y justifica su previsión expresa como forma anticipada de protección de los intereses patrimoniales de los consumidores su carácter masivo, de especie de *ráfaga* indiscriminada que supone un riesgo de lesión múltiple.

Antes de concluir el análisis sobre el bien jurídico protegido, no resultará ociosa una breve referencia a la tesis que, puesto que el legislador simplemente requiere posibilidad de “perjuicio a los consumidores” sin especificar en qué intereses, extiende la protección a la salud de los consumidores, y basa en esta circunstancia la apreciación de concurso ideal con la estafa, que no abarcaría el peligro para la salud.²¹

A este respecto, la mera argumentación gramatical no lleva muy lejos. En todo caso, la experiencia enseña que en la mayor parte de los supuestos la publicidad u ofertas engañosas sólo generan la posibilidad de perjuicio *patrimonial* grave. Si la *única* fundamentación del concurso ideal residiera en la afectación de la salud, en los supuestos mayoritarios en que falta tal peligro, habría que optar por el concurso de leyes. En cambio, el bien protegido es la publicidad verídica como institución básica del libre mercado, si bien sólo en el aspecto de protección de la libertad de elección de los consumidores frente al engaño defraudatorio, como corrobora la argumentación sistemática. Así, también en el art. 283 CP se requiere realizar la conducta

21 NIETO MARTÍN, A., en GÓMEZ RIVERO, C. (coord.), *Nociones fundamentales de Derecho Penal. Parte Especial*, Madrid, 2010 p. 496. Cfr. amplias referencias a las tesis favorables a incluir la idoneidad para lesionar la salud en MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, *DPEEPE*, pp. 242, ss. TERRADILLOS BASOCO, *op. cit.*, p. 75, nota 15.

prohibida simplemente “en perjuicio del consumidor”, y aunque el perjuicio no necesite ser “manifiesto y grave” como en el tipo del art. 282 CP, en un contexto de facturación indebida no tiene sentido aludir a ningún bien distinto al perjuicio económico. Más bien, del eventual perjuicio para la salud que pueda derivarse de la publicidad engañosa se da cuenta en el art. 282 CP, pero en su último inciso, que ordena la aplicación de la regla del concurso ideal para la posible comisión simultánea de “otros delitos”.²² Por no hablar de que los delitos de peligro para la salud pública se castigan específicamente en otro lugar del CP, entre los delitos contra la salud pública, y que la protección redundante de la salud junto al patrimonio en el art. 282 CP, aun constituyendo un delito pluriofensivo, se haría acreedora del reproche de estar éste castigado con menor pena. Y que no se entendería que en relación con un tipo orientado a proteger (también) la salud pública, bien esencialmente indisponible, se estableciera como condición de perseguibilidad la denuncia por parte de los posibles agraviados.²³

En suma, la doctrina mayoritaria entiende que el bien jurídico protegido es de carácter colectivo, no de la generalidad sino de un sector de la actividad económica (la demanda), perteneciente a la categoría de los bienes difundidos o difusos, y que en todo caso trasciende al mero patrimonio de los consumidores tomados de uno en uno. De aquí se deriva que la conducta fraudulenta ha de realizarse en el marco de publicidad u ofertas generales, masivas, quedando descartada la oferta individual, que no afectaría al bien jurídico, y que simplemente constituiría tentativa o incluso acto preparatorio de estafa.²⁴ Sin embargo, no se olvide cómo se

22 Así se resolverían casos como el indicado por NIETO MARTÍN, A. (*op. cit.*, p. 496), de una dieta fraudulenta publicitada, que además causa perjuicios para la salud.

23 Así, TERRADILLOS BASOCO, *op. cit.*, p. 75.

24 Así, PUENTE ABA, L. M., *Delitos económicos contra los consumidores y delitos publicitario*, Valencia, 2002, pp. 298 ss.; NIETO MARTÍN, A., *op. cit.*, pp. 497 s.; en contra, MUÑOZ CONDE, F., *Derecho Penal. Parte Especial*, Valencia, 2010, p. 511, para el delito publicitario, y p. 514 para el fraude a inversores. El TS ha requerido la difusión del mensaje publicitario

restringe el ámbito de intereses tutelados del consumidor, hasta el punto de que únicamente cuando la inveracidad puede generar grave peligro patrimonial se realiza el tipo, lo que permite distinguir al delito de la mera infracción administrativa. Ello relativiza la supuesta heterogeneidad del objeto de protección del delito publicitario con respecto al fraude consumado y puede dar lugar a un tratamiento específico para los raros supuestos en que quepa acotar el ámbito de consumidores expuesto al peligro patrimonial.

Tras las necesarias consideraciones sobre el bien jurídico protegido en el art. 282 CP CP, es el momento de abordar la delimitación de los ámbitos respectivos de delito publicitario y estafa, así como de la resolución de sus eventuales solapamientos.

De que mediante la publicidad u ofertas engañosas pueden lesionarse con frecuencia a la vez otros bienes jurídicos distintos al central del delito es consciente el propio legislador, que prevé para ellos expresamente en un cláusula final la aplicabilidad de las reglas del concurso ideal, descartando las del concurso de leyes: "...sin perjuicio de la pena que corresponda por la comisión de otros delitos."

Conocida es, sin embargo, la dudosa utilidad de reglas de este género, puesto que las normas concursales rigen en todo caso,²⁵ salvo como llamada de atención a quien ha de aplicar el Derecho con respecto a la *frecuencia* con que la comisión de la publicidad engañosa puede realizar simultáneamente la conducta típica de otras figuras delictivas. Así y todo, vendrán obviamente en consideración, como se subrayó *supra*, los delitos contra la salud pública cuando se propicie un peligro o un daño para la salud de los consumidores, pero a mi juicio también el delito de estafa. Si sólo se tratara de una alusión a los delitos contra la salud individual o la salud pública, se habría especificado así

como requisito del tipo (STS de 14 de mayo de 2009). Y ha de entenderse que asimismo la *oferta* al público del producto, en la modalidad alternativa.

25 Y si en virtud de las normas generales procede en determinados supuestos el concurso de delitos, habrá éste de aplicarse aun en contra de la regla específica que apunta al concurso de leyes, o viceversa.

expresamente.²⁶ La explicación razonable de que no se produzca esa mención específica reside en que la voluntad del legislador se orienta a castigar por separado y adicionalmente la producción efectiva y ocasional del perjuicio patrimonial a consumidores determinados. Sí vulneraría, en cambio, el *ne bis in idem* considerar el delito contra los consumidores simultáneamente constitutivo de pluralidad de *tentativas* de estafa, y castigarlo en concurso ideal como un solo hecho constitutivo de ambos delitos.

Pero antes de abordar cuestiones de detalle, conviene recapitular sobre el estado del debate en doctrina y jurisprudencia.

La **doctrina** española se muestra mayoritariamente favorable al concurso (medial) de delitos.²⁷ El concurso de delitos

26 Al igual que p. ej. en el delito de robo, extorsión o usurpación se especifica la punición adicional por los actos de violencia física realizados, o en el de acceso ilícito a secretos de empresa se alude específicamente a la punición separada por el eventual apoderamiento o destrucción de los soportes informáticos del secreto.

Vendrían aquí en consideración las conductas que realizaran simultáneamente los tipos de los artículos 361 y 362 CP (relativos a ofrecimiento de medicamentos con peligro para la salud), así como 363 CP (ofrecimiento en el mercado de productos alimentarios que pongan en peligro la salud de los consumidores, venta de bebidas o comestibles nocivos para la salud; tráfico de géneros corrompidos). Por otra parte, cabría asimismo pensar en supuestos de concurrencia de la figura de publicidad falaz con los delitos contra la propiedad industrial consistentes en la usurpación de signos distintivos sin autorización del titular.

27 BAJO FERNÁNDEZ, M. / BACIGALUPO SAGESSE, S., *Derecho penal económico*, p. 565; CARRASCO ANDRINO, *La publicidad engañosa y el Derecho penal*, pp. 129 s. (aun admitiendo que el bien jurídico es de carácter individual, por no dar cuenta la estafa del peligro para el patrimonio individual de una pluralidad de consumidores); BAUCCELLS LLADÓS, *RDPP* 2000, p. 101; GÓMEZ RIVERO, *La Ley* 1997, p. 1232; GONZÁLEZ RUS, *DPEPE*, p. 599, condicionándolo a que el engaño en la publicidad alcance la suficiencia para el error exigida en la estafa; MAPELLI CAFFARENA, *op. cit.*, p. 96; MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, *DPEPE*, pp. 256 s., el mismo, *LH Bacigalupo*, p. 1054; el mismo, en *Derecho penal de la empresa*, 2002, p. 347; MORENO Y BRAVO, E., *El delito de publicidad falsa*, Barcelona, 2001, p. 133. (concurso de delitos, sin más especificación); MUÑAGORRI LAGUÍA, I., *La protección penal de los consumidores frente a la publicidad engañosa. Artículo 282 del CP*, 1998, pp. 130 s.; NIETO MARTÍN, A., *op. cit.*, p. 496; PUENTE ABA, L. M., *Delitos económicos*, pp. 425 ss., *Los delitos contra*

entre el art. 282 CP y tantas estafas consumadas como lesiones patrimoniales se hayan producido en consumidores concretos, se fundamenta recurriendo al distinto objeto de protección (*vid.* al respecto *supra*) atendiendo sobre todo a que el interés protegido en el art. 282 CP trasciende al mero patrimonio de consumidores concretos y reside en la publicidad como una de las instituciones del mercado, especialmente protegidas, que interrelacionan oferta y demanda, o más en concreto en la libertad de disposición económica de los consumidores, que debe verse exenta del peligro de fraude.

Pero también teniendo en cuenta el diferente ámbito de protección de ambas figuras (lesión de patrimonios concretos, peligro para incontables patrimonios) y el diferente círculo de sujetos pasivos de la publicidad falsa y de la estafa.²⁸ En efecto, si el art. 282 CP se concibe como delito de peligro patrimonial y la estafa como delito de lesión, ha de aplicarse la teoría general acerca de la relación entre ambos géneros de tipos, y considerando que el tipo de lesión sencillamente consume al de peligro estaremos dejando de tener en cuenta un desvalor adicional, el peligro patrimonial para los múltiples consumidores que no han resultado al final perjudicados, esto es, las víctimas potenciales que no llegaron a ser reales²⁹ (por no hablar, aunque esta es una cuestión procesal-penal, de la *cifra negra* de perjudicados efectivos). Dado lo indeterminado de los sujetos pasivos del delito publicitario, sólo muy excepcionalmente podrá hablarse de coincidencia del círculo de sus sujetos pasivos con el de los delitos de estafa consumada.

los consumidores, pp. 75 ss.; QUERALT JIMÉNEZ, J. J., *Derecho penal español. Parte Especial*, 2008, p. 602; TERRADILLOS BASOCO, *op. cit.*, p. 88; VALLE MUÑIZ, J. M. / MORALES PRATS, F., en *Comentarios al Código penal*, t. II, 2008, p. 938.

A favor de la consunción en la estafa, DE VICENTE MARTÍNEZ, R., *Infracciones y sanciones en materia de consumo*, Madrid, 2000, p. 56.

28 PUENTE ABA, L. M., *Los delitos contra los consumidores*, pp. 121 ss.

29 SIERRA LÓPEZ, M. V., “El delito de publicidad engañosa en la jurisprudencia”, en *Problemas actuales del Derecho Penal y de la Criminología. Estudios penales en memoria de la Profesora Dra. María del Mar Díaz Pita*, Valencia, 2008, p. 902.

Precisamente de estas dos circunstancias relativas a la estructura de los respectivos tipos: que no coinciden el círculo de sujetos pasivos (sujetos pasivos estafados en concreto, en un caso; los consumidores expuestos al peligro patrimonial, en el otro) ni el resultado típico (peligro patrimonial, daño patrimonial valuable), puesto que no coinciden todos los presupuestos de ambos tipos, se deduce su carácter de concurso real, no ideal en la modalidad de un solo hecho constitutivo de dos delitos. Y dada la necesidad en concreto de la realización de un delito para la consumación del otro (estafa masiva), el concurso se estima medial.³⁰

Un recorrido por la **jurisprudencia** permite comprobar, en cambio, que la del TS sólo recoge el criterio del concurso de leyes, en virtud del cual la estafa desplaza la posible aplicación del art. 282 CP, si bien existen múltiples resoluciones de las Audiencias Provinciales a favor de la relación de concurso medial.³¹

La postura del TS se basa en considerar los tipos de los arts. 282 y 283 CP como formas imperfectas de ejecución de la estafa, pero sin fundamentar por qué se castigan específicamente determinadas formas imperfectas de ejecución de la estafa, ni por qué se prevén en otro capítulo distinto del CP, siendo así que la ubicación en capítulo distinto más bien apuntaría a la heterogeneidad del bien jurídico protegido en uno y otro caso.³²

La STS que aborda más directamente el problema concursal que nos ocupa es la de 19 de marzo de 2004, la cual establece que existe concurso de leyes³³ cuando el engaño se haya realizado

30 PUENTE ABA, L. M., *Los delitos contra los consumidores*, pp. 12 s.

31 Así, SAP Logroño de 12 de febrero de 2003, SAP Barcelona de 30 de noviembre 2005 y SAP La Coruña de 17 de agosto de 2008.

32 Y dándose además la circunstancia de que en la STS de 19 de marzo de 2004 (que se comentará en el siguiente párrafo) no se ve inconveniente en corregir la resolución de primera instancia y apreciar en el etiquetado falso de botellas de vino concurso de delitos entre los delitos de falsedad de certificados y uso indebido de denominación de origen arguyendo precisamente la heterogeneidad del bien jurídico protegido en uno y otro caso.

33 La sentencia sobre este mismo supuesto de hecho en primera instancia (SAP Logroño de 12 de febrero de 2003), en cambio, sí apreció concurso de delitos con la publicidad fraudulenta.

exclusivamente a través de la publicidad: “El delito de publicidad falsa (art. 282), cuando ya la estafa se ha iniciado en su ejecución (tentativa o consumación) y el engaño radica sólo en tal publicidad falsa, queda absorbido en ésta (la estafa), porque pasa a integrarse en el engaño, elemento central de esta infracción.” Y puntualiza sobre la relevancia a efectos concursales de la exclusividad de la publicidad mendaz como conducta engañosa: “La falsa publicidad fue el único elemento constitutivo del engaño mediante el cual la estafa fue cometida (...). Otra cosa podría ocurrir cuando para configurar ese engaño, esencial, en la estafa, hubieran concurrido otros elementos diferentes a esa publicidad falsa y aptos para provocar el error en la persona que realiza el acto de disposición perjudicial para él o para otra persona.”³⁴

La referida doctrina jurisprudencial merece ser sometida a crítica. En primer lugar, porque no tiene en cuenta el desvalor adicional representado por las múltiples estafas imperfectas que no llegaron a término, y cuya existencia ni siquiera puede cuantificarse, dada la indeterminación de los destinatarios, como enseña la teoría general del concurso entre delitos de peligro y de lesión. Ciertamente, por lo que respecta al bien jurídico patrimonio, el delito publicitario entraña un delito masivo de estafa en grado de tentativa, necesitado de previsión penal expresa precisamente debido a su carácter masivo que aumenta el riesgo de lesión múltiple, como una especie de bomba de racimo. Pero este aumento de peligro, dado el carácter masivo de potenciales destinatarios, quedaría compensado por la propia dispersión del esfuerzo fraudulento, esto es, la falta de concentración en objetivos concretos de la energía criminal encaminada a engañar, a inducir a error.

En segundo lugar, tampoco cabe asumir el criterio de que el hecho que la publicidad falaz haya constituido con exclusividad el contenido del engaño conduzca directamente a su consumación en la estafa.

Incomprensiblemente, también la sentencia en primera instancia, (SAP Logroño de 12 de febrero de 2003) recurre, para

34 Fundamento jurídico 6°.

sustentar la conclusión opuesta, a la argumentación sobre la exclusividad o no del engaño a través de la publicidad, aduciendo que en la estafa el engaño determina con exclusividad la disposición patrimonial, ligada a aquél mediante una relación causal a través del error; mientras que en el delito publicitario el engaño no tendría que ser el único motivo para el consumo del producto, sino que bastaría con que fuera una de las causas que, junto con otras posibles, contribuyera a hacer el producto más atractivo.³⁵

Ambas sentencias se centran en un aspecto a mi juicio irrelevante, el de si la publicidad pudo constituir o no el único factor motivador de la decisión de contratar el producto o servicio. En la SAP de Logroño este aspecto asume una función diferenciadora entre el género de peligro que desencadena la publicidad falaz y el que se ha de concretar en la estafa, con lo que abre el camino a la decisión en sentido contrario que adopta el TS en casación. Pero en particular, el razonamiento del TS adolece de falta de lógica, ya que no indica qué cambiaría en la relación de consunción por el hecho de haberse realizado la estafa a través de publicidad engañosa y *además* mediante otro tipo de manipulaciones para con el cliente. Pues probada la relación causal entre la oferta engañosa, el error y la disposición patrimonial, resulta irrelevante que a la oferta engañosa se hubieran sumado otros factores (concausas) o no; en uno y otro caso, la oferta engañosa ha formado parte del elemento engaño del delito de estafa y el que haya necesitado

35 Así también MAPELLI CAFFARENA (*op. cit.*, p. 97), aludiendo, por comparación con la estafa, a la posibilidad de que el fraude publicitario sea simplemente una cualidad que, junto con otras, “hace más atractivo el producto de cara al consumidor”.

Lo que sí resulta posible es que, aun concurriendo los elementos del delito publicitario y habiéndose producido perjuicio patrimonial, éste no se haya debido a error alguno, sino a factores distintos, como esnobismo en relación con determinados productos o servicios, factor imitación, etc., casos en que no cabrá afirmar estafa, pero sí el delito del art. 282 CP. A este aspecto de heterogeneidad respecto a la estafa parecen referirse VALLE MUÑOZ, J. M. / MORALES PRATS, F., en *Comentarios al Código Penal*, t. II, PE, 2008, p. 937.

concausas no le otorgaría individualidad adicional al delito publicitario, que condujera al concurso de delitos.

Por otra parte, el planteamiento del TS conduce a infringir el principio de proporcionalidad, al dispensar peor tratamiento a los supuestos de publicidad verdaderamente engañosa, que no requiere ulteriores maniobras fraudulentas (publicidad que, al ser el único factor determinante del error y de la disposición patrimonial, quedaría subsumida en la estafa) que a la de menor potencial engañoso, la cual, al requerir ulteriores conductas de engaño,³⁶ no alcanzaría a integrar el elemento engaño *bastante* de la estafa, todo lo más actos preparatorios destinados a captar a las víctimas, y por tanto no quedaría subsumida en el delito de estafa. No se tendría en cuenta, así, que precisamente la primera es la que entraña más obviamente el peligro hipotético, la aptitud para causar un perjuicio grave y manifiesto a la multitud indiscriminada de consumidores, en tanto que se trata de supuestos (p. ej., venta por catálogo, por teléfono o por Internet) en que la única información acerca del producto o servicio proviene de la publicidad, sin posibilidad de contacto personal con el producto o servicio que despeje posibles errores.

Una última observación sobre la STS de 19 de marzo de 2004. A inclinarse por la consunción esta sentencia ha podido contribuir el hecho de que para una conducta empresarial de oferta y puesta en el mercado de supuesto vino de la denominación de origen Rioja, para dar cuenta de la conducta fraudulenta el TS ha tenido que apreciar falsedad de certificados, por el uso de precintas y contraetiquetas falsas (calificación ausente en la sentencia de primera instancia) y uso indebido de denominación de origen protegida por el ataque a la colectividad de productores titulares de la marca, e incluso la estafa en grado de tentativa por mantener el género almacenado y presumiblemente con actos

36 La cual, dicho sea de paso, no realizaría ni siquiera el tipo del art. 282 CP, sino sólo un ilícito administrativo, puesto que la publicidad no resultaría apta para “causar un perjuicio grave y manifiesto a los consumidores”.

previos a la distribución al mercado ya realizados (engaño a los supuestos adquirentes, lo que no forma parte de la relación de hechos probados). Inconscientemente se debe haber pensado que el fraude, en sus aspectos de peligro, quedaba suficientemente castigado con las penas de las tres figuras referidas, como para añadir la responsabilidad por el delito publicitario.³⁷ ¡Demasiados puntos de vista, demasiadas perspectivas de tutela distintas para un solo supuesto de hecho!

Éste ha debido ser el verdadero motivo de fondo de la decisión, puesto que no se aprecia una línea jurisprudencial continuada en el sentido de la consunción. Porque en la STS de 14 de mayo de 2009 sí se reconoce que la figura de publicidad engañosa “ha de ser considerada, en principio, compatible con la estafa”. Cuestión distinta es que en este caso concreto se atiendan las razones del recurrente y se estime no suficientemente fundamentado el *carácter público* de los anuncios de la inmobiliaria que indujeron a algunos adquirentes de viviendas a realizar la disposición patrimonial perjudicial. Y teniendo en cuenta, como invoca el recurrente, que los anuncios formaban parte esencial de la trama o maquinación dirigida al engaño de los dos perjudicados, vulneraría el *ne bis in idem* castigar como infracción independiente un extremo tan determinante para integrar la figura de la estafa.

Lo que esta resolución judicial deja traslucir es que en los hechos probados no se determina con claridad que los anuncios alcanzaran trascendencia pública, sino sólo que simplemente formaban parte de la maniobra engañosa dirigida a los dos adquirentes que efectivamente resultaron estafados, de donde deriva la exclu-

37 Incomprensiblemente, con respecto al género almacenado, se realizan verdaderos esfuerzos por calificar de tentativa de estafa, próximos a infringir la presunción de inocencia, cuando (al menos) la tentativa del delito de ofertas falsas resultaba obvia, como por cierto afirma la sentencia en primera instancia (SAP La Rioja de 12 de febrero de 2003), con comentario crítico de GALLEGOS SOLER, J. I. (“Algunas cuestiones político-criminales sobre la eficacia de la protección penal de los consumidores,” en MIR PUIG / GÓMEZ MARTÍN / CORCOY BIDASOLO, *La Política criminal en Europa*, Barcelona, 2004, pp. 231 s.), que aprecia consumación. A favor de la posibilidad de tentativa en el delito publicitario, MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, *DPEEPE*, pp. 254 s.

sión del pronunciamiento condenatorio por delito publicitario que recayó en primera instancia. Lo cual puede resultar escasamente verosímil, ya que probablemente se distribuyera publicidad como mínimo en la localidad de la promoción inmobiliaria, pero la vía casacional no permite superar esta ausencia de prueba.

Nos encontramos en este hecho, por tanto, únicamente ante un problema de ausencia de prueba de los elementos de la conducta típica del art. 282 CP, concretamente de la comunicación de las características del producto a una multitud de potenciales consumidores o usuarios, y no de principio, puesto que la compatibilidad entre publicidad engañosa y estafa ha quedado reconocida con carácter general. De haberse considerado probado el elemento de la trascendencia pública de la comunicación publicitaria, en esta sentencia habría habido un pronunciamiento contrario al de la STS de 19 de marzo de 2004. Téngase no obstante presente que, dado lo indeterminado de los sujetos pasivos del delito publicitario, sólo muy excepcionalmente podrá hablarse de coincidencia del círculo de sus sujetos pasivos con el de los delitos de estafa. Y precisamente éste constituye uno de esos supuestos excepcionales, en que no consta (no se incluye entre los hechos probados en primera instancia) que se realizase publicidad destinada a otras personas distintas a las efectivamente estafadas.

Haciendo balance de lo hasta ahora expuesto, cabe verificar que en la doctrina prevalece el criterio de la relación concursal medial entre las estafas consumadas y el delito publicitario, mientras que en la praxis jurisprudencial se defiende asimismo la solución del concurso de leyes, con un elemento adicional que interfiere innecesariamente e introduce confusión en cómo decidir: el de si la publicidad monopoliza o no la realización del engaño característico de las estafas. Al margen de este aspecto peculiar de la jurisprudencia, la clave para la decisión se centra en, presupuesto el distinto círculo de sujetos pasivos en los delitos de estafa y de publicidad falaz,³⁸ y una vez clara la responsabilidad por

38 Salvo supuestos absolutamente excepcionales, como el de la STS de 14 de mayo de 2009.

fraudes concretos consumados, cómo tener en cuenta el resto de desvalor representado por el peligro patrimonial para la multitud de consumidores expuestos a la posibilidad de fraude en que no se alcanza (o no consta que así haya sido) la disposición patrimonial lesiva. En estos últimos casos se produce un solapamiento entre el delito publicitario y formas imperfectas de estafa, que tendrían relevancia penal de constituir bien formas imperfectas de la participación previas a la tentativa, bien tentativa. ¿Cabría la apreciación conjunta, o habrá de optarse por la aplicación preferente de una de ellas, y en ese caso de cuál?

A este ámbito ha dedicado especial atención Gómez Rivero,³⁹ desde la perspectiva de tomar en serio la concepción del art. 282 CP como protección anticipada de los consumidores frente al fraude, preguntándose sobre todo por si queda un margen de aplicación legítimo para este tipo con respecto a estafa. Para Gómez Rivero, el art. 282 CP está llamado a aplicarse en los supuestos en que, dando por sentado el castigo de las estafas consumadas, queda un resto de desvalor del que no den cuenta las tentativas de estafa que (con respecto a otros consumidores más afortunados) no han alcanzado la consumación. El art. 282 CP abarcará, en este ámbito, las tentativas de estafa cuyo número de sujetos pasivos o cuyas cuantías se desconocen; así como, con respecto a las de cuantía conocida, pero no suficiente como para determinar la aplicación —como marco de partida— del art. 250 CP, en que el del art. 282 CP daría lugar a un marco superior.

La tesis de Gómez Rivero, siendo compatible con la dominante del concurso medial, permite dar respuesta a la cuestión que incomprensiblemente apenas ha sido objeto de debate: la de la eventual responsabilidad por las formas imperfectas de estafa presentes en prácticamente todo delito publicitario; cuestión, por

39 *RGDP* 2008, pp. 13 ss. Además de los supuestos que se indican a continuación, alude a aquellos otros en que podría ser discutible que la tentativa de estafa con dolo eventual no fuera una contradicción en los términos. En tanto que sólo discutible, puede ello quedar ahora al margen.

cierto, independiente de que se lleguen a consumir o no algunas de esas estafas.

Si hay lesión, ha de partirse del concurso de delitos entre el delito de lesión y el de peligro patrimonial, siempre que exista peligro adicional. La cuestión que ha de resolverse es la de cómo dar cuenta de ese peligro, si mediante pluralidad de formas imperfectas de estafa o mediante el delito publicitario. Una vez que respondamos afirmativamente a la cuestión de que no hay conducta típica del art. 282 CP que no constituya a la vez tentativa (o acto preparatorio)⁴⁰ de estafa, y una vez que dejamos a un lado los tipos de estafa efectivamente consumados por haberse producido una lesión del patrimonio de consumidores determinados, que darán lugar a la pena correspondiente, en su caso, mediante la aplicación de la figura del delito masa, queda por resolver simplemente si el resto de desvalor no tenido en cuenta, el campo restante, da lugar a responsabilidad por el marco penal de las múltiples tentativas de estafa o por el art. 282 CP: éste será de aplicación por consideraciones prácticas, esto es, por dificultades de determinación o de simple demostración procesal de los intentos de estafa; o bien por el principio de alternatividad, si, de ser determinable (rara vez) la pena por tentativa de estafa, ésta resulta inferior. Pero, expresado complementariamente, en los supuestos escasamente probables en que pudieran determinarse perfectamente las tentativas de estafa y sus cuantías, y éstas dieran lugar como marco de partida al del art. 250 CP, *el art. 282 CP quedaría desplazado por las tentativas de estafa*. Naturalmente, en la medida en que ello resulte en absoluto posible en un delito de peligro hipotético, en que el círculo de destinatarios es *a priori* indeterminable. No obstante, en algún supuesto con características singulares ello no será descartable.

40 GÓMEZ RIVERO, *RGDP* 2008, pp. 9 ss. , con respecto a la tesis contraria de las sentencias de las Audiencias Provinciales de Barcelona de 8 de noviembre de 2001 y Granada de 28 de junio de 2002. Téngase presente que si no se trata de acto preparatorio *de la participación* (art. 269 en relación con 248 CP), la conducta será atípica por estafa, y determinará la aplicación del art. 282 CP, de darse los requisitos correspondientes.

III. Fraude a inversores y estafa

Estrechamente relacionada con la tipificación del fraude publicitario al consumidor se halla el fraude mediante la publicidad dirigida a inversores, descrito en el art. 282 bis CP, introducido por la reforma del CP de 2010.⁴¹ En concreto, dicho precepto perfila un delito de publicidad falsa⁴² dirigida a un sector específico de los consumidores, los de productos financieros, en un sector concreto del mercado, el de valores. Se articula así la tutela penal del inversor frente a determinadas formas de engaño que vician su libertad de elección de productos financieros, lo que sólo puede lograrse mediante el refuerzo penal de la plena *transparencia* informativa del mercado (amén de su necesaria supervisión por los poderes públicos)⁴³. Bien entendido que bajo el concepto de inversores ha de entenderse abarcado desde luego el denominado “capitalismo popular”, pero también las entidades financieras, inversores institucionales y entes públicos. Exactamente del mismo modo que el concepto de consumidor no sólo incluye al consumidor final, sino al resto de operadores del sistema económico que adquieren el bien o servicio para dedicarlo a su actividad característica,⁴⁴ siempre que se dé la nota de indeterminación de los destinatarios de la información falaz.

El bien jurídico protegido puede situarse por tanto también en el interés económico legítimo de los consumidores, en este caso en tanto que inversores, para tomar decisiones de inversión

41 Como señala la propia Exposición de Motivos de la LO 5/2010 de 2 de junio se toma como pauta la Directiva 2003/06 del Consejo de la UE, de 28 de enero de 2003.

42 Así, ya antes de su previsión en el Código penal, MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, C., “La tutela penal de la información societaria dirigida al público en el ámbito del mercado financiero”, en *Dogmática y ley penal. Libro homenaje a Enrique Bacigalupo*, t. II, Madrid, 2004, p. 1050) establecía la posible subsunción en el delito del art. 282 CP de las conductas similares al actual 282 bis, previstas en la legislación italiana.

43 Cfr. DEL ROSAL BLASCO, B., *LH Bacigalupo*, 2004, pp. 1177 ss.

44 Cfr. por todos PUENTE ABA, L. M., *Los delitos contra los consumidores*, pp. 19 ss.

libres de engaño.⁴⁵ Resulta, en cambio, excesivamente genérico situar el bien jurídico en la integridad o transparencia de los mercados financieros, en su correcto funcionamiento, y en concreto el sistema crediticio.⁴⁶

En la tutela de los inversores frente a la información falaz el legislador ha preferido seguir la técnica del delito de peligro abstracto, de tipificación de una conducta abstractamente peligrosa, como el falseamiento de determinada información económico-financiera (falsedad ideológica), a la que se le da publicidad, complementada con la exigencia del propósito de captar inversores o depositantes o en general obtener financiación (párrafo 1º del art. 282 bis CP), sin exigir expresamente la idoneidad del falseamiento para la captación pretendida y consiguiente perjuicio patrimonial. De este modo se aparta al menos formalmente del modelo seguido en el delito publicitario, sin necesidad alguna. Sin embargo, aun en ausencia de previsión expresa, de acuerdo con la ubicación sistemática del tipo, entiendo que hay que requerir la aptitud objetiva de la conducta de falseamiento para la consecución del objetivo de captar inversores.⁴⁷ Con el entendimiento opuesto, la punición de la mera actividad sin aptitud lesiva, incluso transparentemente falaz a ojos del inversor medianamente informado, supondría una anticipación injustificada, por desmedida, de la barrera de protección del patrimonio de los inversores.

En cualquier caso, también en esta figura delictiva, dada su configuración típica, se plantea el problema de calificación cuando al falseamiento de información esencial tendente a captar inversores se suma la consumación del fraude. También a este respecto el legislador ha innovado innecesariamente, en lugar

45 RODRÍGUEZ PUERTA, M. J. / MORÓN LERMA, E., en ÁLVAREZ GARCÍA, F. J. / GONZÁLEZ CUSSAC, J. L. (dirs.), *Comentarios a la reforma penal de 2010*, Valencia, 2010, p. 313.

46 BONILLA PELLA, J., *Memento Experto. Reforma penal 2010*, Madrid, 2010, p. 273 s.

47 BONILLA PELLA, *Memento Experto. Reforma penal 2010*, p. 280; NIETO MARTÍN, A., *op. cit.*, p. 493.

de seguir el modelo del delito publicitario, tratándose como se trata de fenómenos análogos. Pues bien, lo que distingue en este punto a la tutela penal del inversor con respecto al resto de delitos contra los consumidores es que aquella incluye la regulación específica de los supuestos de acaecimiento del daño patrimonial. Así, en el párrafo 2º del art. 282 bis CP se prevé un marco penal agravado para la consecución del propósito de *colocar* los productos financieros, acompañada de la producción de perjuicio patrimonial para los sujetos pasivos; con posibilidad incluso de ulterior agravación⁴⁸ si el perjuicio fuera de notoria gravedad (inciso 2º). ¿Supone esta regulación específica el desplazamiento de la eventual aplicación del delito masa de estafa, en virtud de especialidad o bien de alguna consideración de política criminal? En la doctrina se advierten varias posiciones al respecto.

Muñoz Conde,⁴⁹ que concibe el tipo básico simplemente como una tentativa de estafa, prevista como anticipación de la barrera de protección de los intereses de los inversores, estima que la producción del perjuicio patrimonial debería poder dar lugar a la aplicación de la estafa consumada. Y si bien a ello se opondría lo indeterminado del número de inversores que pueden resultar perjudicados individualmente, a su juicio la posibilidad de apreciar estafa no queda excluida con carácter general,⁵⁰ re-

48 Marco penal que, por cierto, aun cuando prevé cumulativamente la pena de multa, prevé un límite inferior de *un* año de prisión, frente al de *dos* años del tipo al que supuesta “agrava”. Si bien, por otra parte, al superar su límite superior los cinco años de prisión, comporta un endurecimiento del plazo de prescripción, que pasa de cinco a diez años en virtud del art. 131.1 CP.

La razón del marco penal escogido para el tipo superagravado probablemente resida en su coincidencia con el previsto para las estafas agravadas del art. 250, cuyas circunstancias 4ª o 5ª es difícil que no se den en estos supuestos de estafas a inversores. Los 50.000 euros del art. 250.5ª deberán marcar asimismo el límite para entender que se da un perjuicio de notoria gravedad en el art. 282 CP (así, BONILLA PELLA, *Memento Experto. Reforma penal 2010*, p. 282). Cuestión distinta es la eventual aplicación del marco agravado del delito masa (art. 74.2 CP).

49 DPPE, 2010, pp. 516 s

50 Lo de menos es que el inversor engañado ejercite o no la acción penal por estafa (como parece dar a entender MUÑOZ CONDE, DPPE, p. 515 s.),

solviéndose el conflicto mediante la regla de alternatividad, que podría llegar a dejar sin contenido al art. 282 bis, 2º párrafo, CP.

En opinión de Nieto Martín,⁵¹ el párrafo 2º del art. 282 bis CP resulta de aplicación preferente a la estafa, por cuanto representa una suerte de estafa especialmente regulada con el fin de resolver la problemática concursal. Y la razón de la tipificación expresa la sitúa en la imposibilidad de verificar en estos casos, debido a su carácter masificado, la secuencia típica de la estafa, lo que lleva al legislador a conformarse con que se haya publicado información relevante falsa, objetivamente apta para causar error en el inversor medio, y se haya ocasionado perjuicio patrimonial, englobando por tanto a víctimas que pueden haber sufrido perjuicio, pero no guiadas por la información falsa, sino p. ej. imitando el comportamiento de otros, u obteniendo la información por otras vías.

En la concepción de Nieto Martín, el fraude a inversores no requeriría el elemento error como desencadenante del perjuicio. El error podría faltar efectivamente, o en todo caso no haría falta demostrarlo. Se trataría por tanto aquí de un fraude compuesto de menos elementos que la estafa y en que la demostración del perjuicio patrimonial resulta notablemente complicado, teniendo en cuenta que éste depende de multitud de factores y no siempre se podrá retrotraer al falseamiento realizado, salvo que circunscribamos el perjuicio exigido a los supuestos de pérdida de gran parte de su inversión, o toda ella, por insolvencia del emisor de valores.⁵² En este caso, la aplicación de la estafa parece más ajustada al supuesto de hecho.

Creo, sin embargo, que la *intoxicación* informativa a los inversores sólo merece protección penal si se ajusta a la lógica de la estafa, esto es, si el engaño, mediante error, lleva a la disposición patrimonial consistente en la adquisición de productos

puesto que se trata de delitos perseguibles de oficio, tanto la estafa como el fraude a una pluralidad de inversores.

51 *Op. cit.*, p. 493

52 BONILLA PELLA, *Memento Experto. Reforma penal 2010*, p. 282.

financieros,⁵³ ya que de otro modo se castigaría por un daño patrimonial simplemente yuxtapuesto al —pero no conectado con el— peligro de error que comporta publicitar la información relevante falsa, incurriéndose en una especie de responsabilidad objetiva por el resultado. Los casos que Nieto Martín indica de ausencia de error, o bien quedarían también fuera del tipo consumado (información por otras vías) o podrían conceptuarse como errores oblicuos o reflejos (adquisición por imitación de otros que sí han resultado engañados).

Parece de todos modos obvio, y en esto sí comparto su criterio, que el párrafo 2º del art. 282 bis CP representa una regulación expresa de los supuestos de fraude consumado al inversor. Puesto que la lesión está expresamente regulada para el delito de peligro abstracto del párrafo 1º art. 282 bis, y a su medida, no cabe hablar en ningún caso de un resto de desvalor que quedara por considerar, como sí ocurriría si la lesión se viera abocada a la regulación de la defraudación genérica (estafa),⁵⁴ lo que obligaría a optar por el concurso de delitos.

Con ello, sin embargo, aún no se ha respondido a la cuestión de determinar la relación entre este tipo específico agravado y la estafa, y en concreto si media especialidad del art. 282 bis, 2º CP con respecto a los genéricos arts. 248 ss. CP, o bien alternatividad.

A este respecto, el legislador ha procurado cierta coordinación con los marcos penales del delito de estafa, aunque sin haberlo logrado plenamente. De haberlo conseguido, no quedaría espacio para la regla de alternatividad, pero no es ése el caso.

En efecto, para el delito de resultado del primer inciso del art. 282, 2º párrafo, CP, su marco penal (de dos a cuatro años de prisión) no coincide con el del tipo básico del delito de estafa (de seis meses a tres años de prisión), por no hablar de los criterios

53 Esta concepción armonizaría con la exigencia, propugnada *supra*, de idoneidad objetiva de la publicación de datos falsos para ocasionar el daño patrimonial.

54 En tal caso, habría que remitir simplemente a las consideraciones hechas sobre el delito publicitario.

específicos de determinación de la pena previstos en el art. 249 CP (importe de lo defraudado, quebranto económico ocasionado, relaciones previas entre defraudador y defraudado, etc.).

En cambio, el marco penal del tipo superagravado coincide plenamente con el de la estafa agravada (prisión de uno a seis años y multa de seis a doce meses). Para la respectiva aplicación, se requiere perjuicio de notoria gravedad (en el art. 282 bis CP) y especial gravedad del perjuicio, dada en cualquier caso cuando la defraudación supere los 50.000 euros (art. 250, 4º y 5º, CP). Hasta aquí, se aprecia correspondencia. Queda, no obstante, por resolver la cuestión de si cabe aplicar la regulación del delito-masa del art. 74.2 CP, que permite recurrir a la pena superior en uno o dos grados, a los supuestos del art. 282 bis CP, ya que en caso negativo el tipo agravado del art. 282 bis CP supondría un privilegio con respecto a la regulación de la estafa. Y creo que a apreciar tal posibilidad se opone, además de lo discutible de considerarlo un delito patrimonial,⁵⁵ la idea de inherencia: por su propia naturaleza el tipo del art. 282 bis CP ya supone la lesión potencial a una pluralidad de perjudicados indeterminados inicialmente, y esta circunstancia se tiene en cuenta *además* en el elemento del perjuicio de notoria importancia.

Así pues, de optarse por el principio de alternatividad, el delito de estafa desplazaría prácticamente siempre al delito de resultado del art. 282 bis CP, que quedaría privado de contenido. Obviamente, no puede haber sido la voluntad del legislador establecer una regulación expresa de supuestos de concurso llamada a su inaplicación.

55 No ve inconveniente para incluir en el ámbito de aplicación los delitos socioeconómicos GONZÁLEZ CUSSAC, J. L., en VIVES ANTÓN, T. S. (coord.), *Comentarios al CP de 1995*, vol. I, Valencia, 1996, p. 424; en contra de admitir la figura del delito masa en los delitos socioeconómicos MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, *DPEEPE*, p. 267. Téngase presente la circunstancia a que se alude a continuación en el texto: en los delitos socioeconómicos en que los destinatarios puedan ser una generalidad de personas, tal circunstancia con frecuencia ya será tenida en cuenta en el tipo respectivo, como ocurre p. ej. en los delitos contra los consumidores.

En conclusión, cabe afirmar que, dada la categoría de conductas prohibidas en el art. 282 bis CP, nada se opondría en principio a otorgar a estos supuestos el mismo tratamiento que al resto de los casos de delito publicitario seguido de fraude: delito de publicación de la información falsa, que daría cuenta del peligro de engaño dirigido hacia una multitud indeterminada de inversores, en concurso medial con estafa (eventualmente como delito masa), para abarcar los fraudes con perjuicio patrimonial derivado del engaño, con los pormenores que se indicaron *supra* en la relación del delito de peligro con las tentativas de estafa restantes. La especificidad de estos supuestos reside, sin embargo, en que el legislador, guiado por razones de política criminal relacionadas probablemente con la prueba de los elementos de la estafa y particularmente con la determinación del montante del fraude, ha preferido resolver expresamente la relación concursal con el fraude consumado estableciendo un tipo especial que englobaría el peligro indiscriminado y la lesión concreta, tipo que sin embargo representa un inexplicable privilegio, no ya con respecto al concurso medial que en otro caso resultaría de aplicación, sino incluso con respecto al concurso de normas con la estafa, al impedir el juego de la regla de alternatividad. Y este régimen específico, en contra de lo señalado por Muñoz Conde (*vid. supra*), cerraría el paso a la aplicación de la estafa, en virtud del principio de especialidad.

IV. Facturación fraudulenta y estafa

En el delito de facturación fraudulenta del art. 283 CP, el bien jurídico protegido lo sitúa la doctrina genéricamente en el interés económico legítimo de los consumidores,⁵⁶ bien supraindividual, no general sino sectorial, concretado en la corrección y autenticidad de la medición del precio de venta al público y su correspondencia con la cantidad del producto o servicio; la exactitud

56 VALLE MUÑÍZ / MORALES PRATS, en *Comentarios al Código Penal*, t. II, PE, 2008, p. 939.

de las magnitudes precio final-cantidad de producto o servicio.⁵⁷ En una postura más matizada, se considera que lo tutelado es un bien jurídico colectivo institucionalizado o espiritualizado, con referente individual: el interés de los consumidores en la correspondencia del precio de venta con la cantidad de producto o servicio que se le va a suministrar.⁵⁸

Esta figura delictiva, como las anteriormente analizadas, supone una protección anticipada frente a las conductas peligrosas para su patrimonio de los integrantes de la demanda, factor constituyente de la economía de mercado. Y lo supone porque, en el suministro de determinados bienes o servicios, el consumidor se encuentra en una posición subordinada y vulnerable, en cuanto no puede elegir una alternativa a la del aparato contador. Este procedimiento de facturación, si no se quiere que sobrevenga la paralización del sistema económico, sólo cabe fundarlo sobre la confianza del destinatario del suministro en la exactitud de tales mediciones.

El sentimiento mayoritario en la doctrina lleva, pues, a concebir el tipo como delito de *peligro* por lo que respecta al bien jurídico en el que se produce el solapamiento con la estafa: el patrimonio de los consumidores. Pero no se trata aquí de mera aptitud objetiva de la conducta prohibida para la lesión, como en el caso del delito publicitario, sino que incomprensiblemente, puesto que no concurren singularidades que justifiquen distinto tratamiento, se requiere la *puesta en peligro concreta* del patrimonio de los consumidores, como se desprende de la exigencia típica, no sólo de exponerles al peligro que supone la existencia

57 BAJO FERNÁNDEZ / BACIGALUPO SAGESSE, *DPE*, 2010, p. 355; MORENO CANOVÉS, A. / RUIZ MARCO, F., *Delitos socioeconómicos*, Zaragoza, 1996, p. 178.

58 MARTÍNEZ BUJÁN PÉREZ, C., “El delito de facturación ilícita en perjuicio de los consumidores”, en *Revista de Derecho Penal y Criminología* nº 1, 1998, p. 65; el mismo, *DPEEPE*, p. 259; el mismo *DPPE*, 2010, CD; PUENTE ABA, L. M., *Los delitos contra los consumidores*, p. 91. En términos similares, BAUCCELLS LLADÓS, *RDPP* 2002, p. 99; MORENO CANOVÉS, E. / RUIZ MARCO, *Delitos socioeconómicos*, pp. 177 s.

de aparatos medidores fraudulentamente alterados, sino además de la emisión de facturas sobre la base de los datos manipulados. Resulta difícil concebir supuestos más concretos de peligro patrimonial.

Es más, este peligro avanza a tal proximidad a la lesión que un sector doctrinal minoritario ha llegado a sostener que el art. 283 CP tipifica un delito de *lesión* patrimonial, puesto que exige la facturación, y ésta suele (estar precedida por o) ir seguida por el pago, tratándose como se trata normalmente de importes exigüos, y además, a diferencia de la regulación del art. 282 CP: no basta aquí con el simple “poder perjudicar”,⁵⁹ no se incluye la cláusula que apunta al concurso de delitos, y la penalidad prevista resulta superior, puesto que consta de prisión y cumulativamente multa.⁶⁰

Sin embargo, que con gran frecuencia el perjuicio patrimonial acompañe a la facturación fraudulenta no significa que la descripción típica contenga un resultado de lesión. La disposición patrimonial determinante del perjuicio para la víctima es un acto perfectamente separable del de facturación, puede que en segundos, pero también en lapsos temporales más largos en supuestos de pago aplazado, como p. ej., si se van anotando ha de entenderse que, si para la relevancia típica en el art. 283 CP se exige facturación efectiva, entre facturación y pago ya no hace falta ningún acto que concrete más el peligro de perjuicio para el patrimonio, que se producirá con el pago. Luego se trata simplemente, como *supra* se indicaba, de un delito de peligro

59 A este argumento cabe replicar: la expresión “en perjuicio de los consumidores” no puede interpretarse como exigencia de perjuicio efectivo, porque entonces desplazaría a la estafa y resultaría ser una estafa atenuada. La expresión “en perjuicio” revela la aptitud o idoneidad lesiva (Baucells Lladós, *RDPP* 2002, p. 99), y resulta superflua junto a la exigencia de facturación, que ya determina la naturaleza de delito de peligro concreto.

60 Así, VARONA GÓMEZ, D., “El delito de facturación fraudulenta en perjuicio de los consumidores”, en *Estudios sobre consumo*, 60, 2002, pp. 194 ss. Sin embargo, en nota 16 contradice este argumento, al indicar que el art. 283 CP tipifica específicamente una *tentativa* de estafa (cuando antes afirmaba que incluía un perjuicio *consumado*) y la castiga más gravemente por afectar a una colectividad indeterminada.

concreto,⁶¹ algo que trasciende a la mera idoneidad abstracta para dañar, pero que no llega a la lesión.

Abordando en concreto la relación concursal con la defraudación efectiva, la tesis minoritaria que concibe al art. 283 CP como delito de lesión conduce al concurso de leyes y a la aplicación preferente del delito de estafa, bien por subsidiariedad, bien por consunción. Para esta tesis, el delito de facturación fraudulenta sólo se aplicaría, subsidiariamente, cuando no se dieran todos los elementos del tipo (principal) de estafa, y en particular (recurriendo ahora más bien a la regla de alternatividad), dada la dificultad de determinar el importe de lo defraudado,⁶² cuando no conste que el valor de la defraudación sobrepasa la cuantía que delimita el delito y la falta de estafa. Con ello se establecería un régimen especial agravatorio para las estafas masivas de escasa entidad, lo que con razón Varona Gómez juzga superfluo, puesto que para ellas ya está prevista la figura del delito masa del art. 74.2 CP.

La tesis del concurso de leyes ha encontrado apoyo asimismo en la praxis jurisprudencial, en concreto basada en la idea de consunción de la facturación fraudulenta en la estafa. La ejemplifica la STS de 31 de diciembre de 2001 (ff. jj. 4 y 8), confirmatoria de la SAP Barcelona de 10 de enero de 2000,⁶³

61 Así, PUENTE ABA, L. M., *Los delitos contra los consumidores*, p. 92; Valle Muñiz / Morales Prats, en *Comentarios al Código penal*, t. II, PE, 2008, p. 940; STS de 31 de diciembre de 2001.

62 VARONA GÓMEZ (*Estudios sobre consumo*, p. 201) señala que, además de dar respuesta a los casos en que no se consigue demostrar la cuantía efectiva de la estafa, exonera al consumidor de la prueba del perjuicio efectivo, así como de la prueba de los consumidores afectados.

MUÑOZ CONDE (*DPPE*, p. 517), si bien sostiene la solución del concurso ideal-medial con la concreta estafa, si se prueban los elementos de ésta; no obstante, coincide con Varona Gómez en cuanto al sentido último del delito del art. 283 CP: su tipificación expresa como delito de peligro para los consumidores se explica cuando no pueden demostrarse las defraudaciones particulares llevadas a cabo, ni su cuantía global.

63 Cfr. al respecto PUENTE ABA, L. M., en *Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad de A Coruña*, 2001, 5, pp. 961 ss.; la misma, *Los delitos*

relativa el fraude mediante manipulación en los contadores de unos camiones suministradores de gasóleo, que condenó sólo por estafa, entendiendo aplicable el principio de consunción, en tanto que el tipo de estafa, una vez consumado el peligro *concreto* (puesto que se requiere facturación, y no sólo manipulación de aparatos, y aun reconociendo como bien jurídico los legítimos intereses económicos de la colectividad de consumidores), abarcaría toda la significación antijurídica del hecho. La referida STS descarta que por el principio de especialidad fuera de preferente aplicación el art. 283 CP, como pretendían los recurrentes, dado que más bien la estafa, como tipo más rico en elementos, al requerir perjuicio patrimonial, abarcaría igualmente al art. 283 CP.

Sin embargo, en el supuesto concreto más bien concurren elementos de juicio para directamente negar el tipo del art. 283 CP, si se atiende a que en el relato de hechos probados queda constancia de que los imputados, repartidores de gasóleo a empresas, “personalizaban” el grado de alteración del aparato medidor, esto es, el perjuicio, teniendo en cuenta por ejemplo las precauciones adoptadas o no por las víctimas concretas. De donde se deduce que el ánimo de lucro se modulaba según las personas concretas, no pudiéndose afirmar que se orientara a una colectividad anónima e indeterminada, por así decirlo: a cuantos más mejor. Como el círculo de víctimas estaba acotado, no puede hablarse en puridad de delito genérico contra los consumidores, puesto que una vez apreciadas las correspondientes estafas (consumadas o intentadas) no queda un resto de desvalor del que dar cuenta, en forma de víctimas desconocidas expuestas a peligro patrimonial hasta el extremo de la facturación.⁶⁴

contra los consumidores, p. 123; VARONA GÓMEZ, D., en *Estudios sobre consumo* 60, 2002, p. 202.

64 En la misma línea, NIETO MARTÍN, A. (*op. cit.*, pp. 499 s.) aprecia concurso de leyes, en virtud del principio de consunción, cuando se completa el delito de estafa (probablemente el delito masa); pero sólo a primera vista, puesto que matiza que cuando quede un resto de desvalor, por existir potenciales perjudicados que no hayan llegado a serlo efectivamente, procedería aplicar el concurso ideal, teniendo en cuenta que el precepto tutela los intereses económicos de los consumidores.

La doctrina mayoritaria, en cambio, de acuerdo con el bien jurídico que entiende protegido y con la naturaleza de delito de peligro de la facturación fraudulenta, propugna la tesis del concurso ideal de delitos con la estafa.⁶⁵

Los argumentos en buena medida se asemejan a los esgrimidos con respecto al art. 282 CP. Así, se subrayan los diferentes objetos de protección, respectivamente los intereses difusos de la colectividad de consumidores y el patrimonio individual; así como que el art. 283 CP es un delito de peligro y la estafa de lesión. Apreciándose dos hechos diferentes con sujetos pasivos diferentes y con resultados diferentes (peligro, lesión), todo apunta al concurso real de delitos.⁶⁶ Y ello aun cuando la facturación indebida dé lugar a efectivo perjuicio (por ejemplo, porque se requiere previo pago, como ocurre en las máquinas automáticas con inserción de monedas), porque se ha lesionado el bien jurídico difuso de los consumidores en general.

Sobre la posibilidad de que la relación sea conceptuable como concurso medial, teniendo en cuenta que la manipulación de los aparatos representa un medio idóneo para la comisión de múltiples estafas a un número indeterminado de consumidores y que objetivamente en estos casos no se puede alcanzar el delito-fin (estafa) sin realizar el delito-medio (manipulación y facturación), se ha pronunciado en contra, sin embargo, Puente Aba,⁶⁷ con razones que recuerdan las ya expuestas de Varona Gómez, aduciendo que, como el tipo requiere facturación, prácticamente con ella, de modo simultáneo, se produce el perjuicio patrimonial y por tanto se consuma la estafa, de manera que no se puede decir que un delito haya sido objetivamente necesario

65 BAJO FERNÁNDEZ, M. / BACIGALUPO SAGESSE, S., *DPE*, p. 569; MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, C., *DPEEPE*, p. 14; *DPPE*, 2010, CD; MORENO Y BRAVO, E., en BACIGALUPO ZAPATER, E. (dir), *Curso de Derecho penal económico*, Madrid, 2005, p. 300; MORENO CANOVÉS / RUIZ MARCO, *Delitos socioeconómicos*, p. 183.

66 PUENTE ABA, L. M., *Los delitos contra los consumidores*, pp. 122 s.

67 *Los delitos contra los consumidores*, p. 125.

para ejecutar otro.⁶⁸ De ahí se deduciría la aplicación de la regla concurso real de delitos, no medial. No entiendo, sin embargo, que la mayor o menor proximidad de la puesta en peligro a la lesión, ni la exigencia de peligro concreto, desvirtúe con carácter general la relación de medio a fin entre una y otra infracción penal. Cuestión distinta, ha de reconocerse, son los supuestos de lesión previa a la facturación.

En todo caso, la tesis del concurso de delitos debe resolver el escollo planteado por la infracción del principio *ne bis in idem* que la doctrina partidaria del concurso de normas le reprocha, ya que aquella no da respuesta a cómo han de valorarse las formas imperfectas de estafa presentes simultáneamente en la facturación subsiguiente a la manipulación de contadores, si por el art. 283 CP y a la vez como tentativas de estafa,⁶⁹ o no. Incidentalmente, tampoco la tesis del concurso de normas da respuesta a esta relación concursal, puesto que deja sin valorar las tentativas de estafa indeterminadas.

En efecto, la referida dificultad ha de tomarse en serio como paso previo para superarla. Si las estafas masivas consumadas no agotan todo el contenido de injusto del hecho, en el desvalor restante aparecen múltiples tentativas de estafa, y ha de indagarse cómo resolver la relación con el delito de peligro concreto contra el patrimonio de los consumidores, compuesto igualmente de una pluralidad de tentativas de fraude. Y, como se ha indicado *supra*, nada obsta para aplicar la solución propuesta para el delito publicitario la condición de delito de peligro concreto.

Ha de propugnarse, pues, que los fraudes consumados darán lugar a aplicar, usualmente, el delito masa de estafa, que

68 También niega el concurso medial, si bien por razones distintas (la manipulación falsaria es elemento central en ambos delitos, por lo que uno no puede ser medio para cometer el otro), la SAP Barcelona de 10 de enero de 2000, rebatiendo los argumentos en pro del concurso ideal del Ministerio Fiscal.

69 Así, VARONA GÓMEZ, *Estudios sobre consumo*, p. 198. Por cierto, dada la proximidad de la facturación a la consumación de la estafa, de la que sólo la separa la disposición patrimonial, se impone la calificación de tentativa *acabada*.

entrará en concurso de delitos: *a*) normalmente con el tipo de peligro, para dar cuenta así de los supuestos en que se ha facturado a consumidores a los que al final no se ha perjudicado; y *b*) muy excepcionalmente (cuando se haya conseguido determinar el círculo de posibles afectados por la facturación fraudulenta que no obstante no han llegado a ser víctimas de fraude *consumado*, y cuantificar el daño potencial) con tantas tentativas de estafa como queden individualizadas, salvo que éstas den lugar a una pena inferior a la del art. 283 CP.

V. Conclusiones

El sistema de los delitos del CP español destinados a proteger los intereses económicos de los consumidores frente al fraude, que consta de una primera línea de contención ante las conductas objetivamente idóneas para lesionar tales intereses, o bien ante conductas peligrosas en concreto; y de una segunda línea que protege del perjuicio patrimonial, presenta fricciones cuando se abordan en detalle las consecuencias jurídicas de la eventual concurrencia de peligro y daño. Del estudio precedente se deduce al respecto el siguiente abanico de soluciones:

I. El delito de publicidad falaz que ha dado lugar a estafas consumadas entrará en relación de concurso de delitos medial con esa pluralidad de estafas consumadas (normalmente, constitutivas de delito masa) en el caso habitual de indeterminación de los consumidores potenciales afectados. Ahora bien, en ausencia de estafas consumadas o en el ámbito restante de las tentativas de estafa no valoradas con la pena por las estafas consumadas, se advierte la necesidad de delimitar los ámbitos respectivos del art. 282 CP y de las tentativas de estafa. La relación entre ambas figuras no puede ser sino la del concurso de leyes: *a*) bien sea en virtud de la especialidad del art. 282 CP para los supuestos más frecuentes, cuando las tentativas no pueden determinarse en cuanto a su ámbito de sujetos pasivos y perjuicio patrimonial, puesto que el art. 282 CP abarca con más precisión el supuesto de hecho, al describir justamente un potencial perjuicio para una

colectividad indeterminada; *b*) bien en virtud de la alternatividad: en caso de poderse determinar el perjuicio potencial, habrá de optarse por las normas que prevean penalidad superior, la pluralidad de tentativas de estafa (delito masa), o, menos probablemente, el art. 282 CP.

II. El delito de facturación fraudulenta previa manipulación de aparatos medidores automáticos seguida en ciertos casos de perjuicio patrimonial, requiere el mismo tratamiento. La única divergencia reside en su exigencia típica de peligro concreto para el patrimonio, lo que no obstante nada cambia en la relación entre el art. 283 CP y las formas imperfectas de la estafa. Salvo en los supuestos de perjuicio previo a la facturación, en que resultará imposible estimar el concurso medial y deberá optarse por el real.

III. En cambio, con respecto al delito de fraude a los inversores, la regulación expresa y específica del perjuicio patrimonial subsiguiente consumado, prevista en el art. 282 bis, párrafo 2º, CP, determina el desplazamiento de la calificación por las posibles estafas consumadas, en virtud del principio de especialidad. Aun cuando puede representar un injustificado privilegio incluso con respecto al posible concurso de normas, tal es el sentido de la voluntad del legislador, como se deduce asimismo de su (fallido) intento de armonizar el marco penal con el correspondiente a la estafa.

IV. Como ha podido apreciarse, la solución a los problemas de concurrencia de normas penales viene dificultada por el hecho, subrayado en la introducción y puesto de relieve a lo largo del estudio, de que tanto la configuración de los tipos como las perspectivas concursales aparecen de distinto modo en cada uno de los tres preceptos considerados, sin que la fenomenología de las conductas respectivamente descritas y el grado de peligro que en la realidad económica representan justifique un tratamiento diferenciado, si se tiene presente que en los tres casos se trata de exponer a una pluralidad de consumidores a un peligro patrimonial, de donde se deriva la elevada probabilidad de lesión patrimonial masiva derivada de la aptitud lesiva de las conductas descritas.

De ahí se deduce una necesidad de racionalización en el sentido de dispensarles un tratamiento legislativo homogéneo. El tipo del art. 282 CP, que prevé el requisito de la idoneidad objetiva para la lesión patrimonial, ofrece a este respecto el modelo para los otros dos delitos; por su parte, el art. 282 bis CP debería incorporar expresamente tal requisito y prescindir de la perturbadora figura de lesión patrimonial; y el art. 283 CP debería prescindir de la exigencia del peligro concreto derivado del elemento típico de la facturación, conformándose con el de exponer a los consumidores al riesgo de cómputo fraudulento del bien o servicio.