

**Economía y Derecho penal en Europa:
una comparación entre las experiencias italiana y
española**

Actas del Congreso hispano-italiano de Derecho penal
económico (Università degli Studi di Milano, Milano,
29-30 de mayo de 2014)

Edición a cargo de Luz María Puente Aba

A Coruña 2015

Universidade da Coruña
Servizo de Publicacións

Economía y Derecho penal en Europa: una comparación entre las experiencias italiana y española. Actas del Congreso hispano-italiano de Derecho penal económico (Università degli Studi di Milano, Milano, 29-30 de mayo de 2014)

PUNTE ABA, Luz María (editora)

A Coruña, 2015

Universidade da Coruña, Servizo de Publicacións

Cursos_congresos_simposios, nº 140

Nº de páxinas: 318

17x24 cm.

Índice: páx. 5-6

ISBN: 978-84-9749-632-2

Depósito legal: C 2313-2015

CDU: 343(460+450)(063)

IBIC: LNF | 1DSE | 1DST

EDICIÓN

Universidade da Coruña, Servizo de Publicacións (<http://www.udc.gal/publicacions>)

© Universidade da Coruña

© Os autores

Esta obra foi revisada e avaliada por dous expertos non pertencentes á UDC

DISTRIBUCIÓN

Galicia:

- Consorcio Editorial Galego. Av. da Estación 25, 36812 Redondela (Pontevedra)
pedimentos@coegal.com

España e internacional:

- Logística Libromares, S.L. C/ Matilde Hernández 34, 28019 Madrid (España)
pedidos@libromares.com
- Pórtico Librerías. C/ Muñoz Seca 6, 50005 Zaragoza (España)
distribucion@porticolibrerias.es

Deseño da cuberta: Julia Núñez Calo

IMPRIME

Lugami Artes Gráficas

Reservados todos os dereitos. Nin a totalidade nin parte deste libro pode reproducirse ou transmitirse por ningún procedemento electrónico ou mecánico, incluíndo fotocopia, gravación magnética ou calquera almacenamento de información e sistema de recuperación, sen o permiso previo e por escrito das persoas titulares do *copyright*.

Índice

Eva María Souto García Presentación Congreso hispano-italiano de Derecho penal económico: Economía y Derecho penal en Europa. Una comparación entre las experiencias española e italiana	7
María Acale Sánchez La lucha contra la corrupción en el ámbito supranacional y su incidencia en el Código penal español	11
Javier Gustavo Fernández Teruelo El fenómeno de la corrupción en España: respuesta penal y propuestas de reforma	55
Francesco Viganò I delitti di corruzione nell'ordinamento italiano: qualche considerazione sulle riforme già fatte, e su quel che resta da fare	77
Luz María Puente Aba Tutela penal del inversor / consumidor e ilícitos penales en la empresa	111
Juan Carlos Hortal Ibarra Crisis financiera, delincuencia de cuello blanco y respuesta penal: una aproximación criminológica y político-criminal	149
Luigi Foffani Politica criminale europea e sistema finanziario: l'esempio degli abusi di mercato	225
Sergio Seminara Riserve extrabilancio e gestione d'impresa: profili penali	237
Patricia Faraldo Cabana Acerca de la idoneidad de la sanción pecuniaria para personas jurídicas. Una reflexión de Derecho español con apuntes de Derecho italiano	251

Norberto J. de la Mata Barranco	
Los protocolos de prevención de delitos en el ámbito empresarial: el referente de los modelos de organización y gestión de la regulación italiana ...	273
Antonio Fiorella / Nicola Selvaggi	
‘Compliance programs’ e dominabilità ‘aggregata’ del fatto. Verso una responsabilità da reato dell’ente compiutamente personale	293

Presentación

Congreso hispano-italiano de Derecho penal económico: Economía y Derecho penal en Europa. Una comparación entre las experiencias española e italiana

EVA MARÍA SOUTO GARCÍA

Profesora ayudante doctora de Derecho penal Universidad de A Coruña

El Libro de Actas que ahora se presenta pretende dar testimonio del encuentro científico que los días 29 y 30 de mayo de 2014 tuvo lugar en el Palazzo Greppi adscrito a la Università degli Studi di Milano (Italia), y que ha sido posible gracias a la estrecha colaboración entre la Universidad de A Coruña y el Departamento de Ciencias jurídicas “Cesare Beccaria” de la Universidad de Milán. En las fechas indicadas se celebró el *Convegno Italo-Spagnolo sul Diritto Penale Economico/ Congreso Hispano-Italiano de Derecho Penal Económico* que, bajo la rúbrica “*Economia e Diritto Penale in Europa: Una comparación entre las experiencias italiana y española*”, reunió a un selecto grupo de profesores e investigadores italianos y españoles especialistas en la materia.

A lo largo de los dos días señalados, los expertos invitados analizaron y debatieron las tendencias legislativas y jurisprudenciales presentes en Italia y España relativas a algunos sectores clave del Derecho penal económico, que son corrupción, Derecho penal societario y del mercado de valores, y responsabilidad penal de las personas jurídicas, tomando siempre como base las cada vez más numerosas obligaciones internacionales que vinculan a los legisladores estatales. Con la finalidad de poner de relieve las principales dificultades con las que se encuentra hoy el ordenamiento penal para la prevención y represión de esta clase de ilícitos, y la exploración de posibles estrategias –de *lege lata* y *ferenda*– que permita superarlas, el Congreso se estructuró de la forma que a continuación se detalla.

Tras la apertura del Congreso con la intervención del Magnifico Rettore dell'Università degli Studi di Milano, D. Gianluca Vago, la primera sesión, desarrollada a largo de la tarde del día 29 de mayo, e intitulada “*La corruzione in ambito pubblico e privato*”/”*La corrupción en el ámbito público y privado*”, fue presidida por el Director del Departamento de Ciencias jurídicas “Cesare Beccaria” D. Emilio Dolcini, y contó con las siguientes ponencias que se transcriben en este Libro de Actas:

- “I delitti di corruzione nell’ordinamento italiano: qualche considerazione sulle riforme già fatte, e su quel che resta da fare”, a cargo de D. Francesco Viganò, Ordinario di Diritto Penale en la Università degli Studi di Milano.
- “La lucha contra la corrupción en el ámbito supranacional y su incidencia en el Código Penal Español”, a cargo de Dña. María Acale Sánchez, Catedrática de Derecho Penal de la Universidad de Cádiz.
- “El fenómeno de la corrupción en España: respuesta penal y propuestas de reforma”, a cargo de D. Javier Fernández Teruelo, Profesor Titular (Catedrático acreditado) de Derecho Penal de la Universidad de Oviedo.

En la sesión, comentando cuestiones conexas con los temas analizados, intervino D. Paolo Ielo, miembro de la Procura della Repubblica di Roma.

La segunda sesión, correspondiente a la mañana del 30 de mayo, denominada “*Illeciti penal nell’impresa e tutela penal del risparmiatore*”/”*Ilícitos penales en la empresa y tutela penal del inversor*”, estuvo presidida por el Ordinario di Diritto Penale Commerciale en la Università Luigi Bocconi (Milano) D. Alberto Alessandri, y se compuso de las intervenciones que aparecen a continuación:

- “Politica criminale europea e sistema finanziario: l’esempio degli abusi di mercato”, a cargo de D. Luigi Foffani, Ordinario di Diritto Penale en la Università degli studi di Modena e Reggio Emilia.
- “Riserve extrabilancio e gestione d’impresa: profili penali”, a cargo de D. Sergio Seminara, Ordinario di Diritto Penale en la Università degli Studi di Pavia.
- “Tutela penal del inversor/consumidor e ilícitos penales en la empresa”, a cargo de Dña. Luz María Puente Aba, Profesora Contratada Doctora (Titular acreditada) de Derecho Penal de la Universidad de A Coruña.

- “Crisis financiera, delincuencia de cuello blanco y respuesta penal: una aproximación criminológica y político-criminal”, a cargo de D. Juan Carlos Hortal Ibarra, Profesor agregado de Derecho Penal de la Universidad de Barcelona.

La tercera sesión, enmarcada en la tarde del día 30 de mayo, “*Responsabilità penale delle persone Giuridiche*”/”*Responsabilidad penal de las personas jurídicas*”, y presidida por el Ordinario di diritto penale en la Università Cattolica del Sacro Cuore (Milano) D. Gabrio Forti, contó con las últimas intervenciones presentes en este Libro:

- “Compliance programs e dominabilità aggregata del fatto. Verso una responsabilità da reato dell’ente compiutamente personale”, a cargo de D. Antonio Fiorella, Ordinario di Diritto penale en la Università La Sapienza di Roma, y de D. Nicola Selvaggi, Ricercatore di Diritto penale en la Università degli Studio Mediterranea di Reggio Calabria.
- “Sull’idoneità della sanzione pecuniaria per le persone giuridiche. Una riflessione dal diritto spagnolo con spunti di diritto italiano, a cargo de Dña. Patricia Faraldo Cabana, Catedrática de Derecho penal de la Universidad de A Coruña.
- “Los protocolos de prevención de delitos en el ámbito empresarial: el referente de los modelos de organización y gestión de la regulación italiana”, a cargo de D. Norberto de la Mata Barranco, Catedrático de Derecho Penal de la Universidad del País Vasco.

En la sesión intervino asimismo, analizando cuestiones generales relacionadas con los temas de las ponencias presentadas, D. Carlo Enrico Paliero, Ordinario di Diritto Penale en la Università degli Studi di Milano.

El presente Libro de Actas recoge el contenido, incluso ampliado, de todas las ponencias enumeradas, dejando de esta forma constancia de las problemáticas jurídico- penales que durante el Congreso se trataron, y plasmando los resultados que del mismo se derivaron.

Finalmente, ha de señalarse que la celebración del *Convegno Italo-Spagnolo sul Diritto Penale Economico/ Congreso Hispano-Italiano de Derecho Penal Económico*: “*Economia e Diritto Penale in Europa: Una comparación entre las experiencias italiana y española*”, así como la publicación de este Libro de Actas, se enmarcan en el proyecto de investigación “Protección penal de la inversión y del crédito público y privado”, financiado por el Ministerio de Economía y Competitividad (DER2012-34302) y por

la Consellería de Cultura, Educación e Ordenación Universitaria de la Xunta de Galicia (EM 2012/076). La investigadora principal de este proyecto, la Profa. Dra. Luz María Puente Aba, de la Universidad de A Coruña, ha colaborado con el Prof. Dr. Francesco Viganò, de la Universidad de Milán, para la organización de este evento, en la cual también han participado otros miembros del Departamento de Ciencias Jurídicas “Cesare Beccaria” de la Universidad italiana (con especial referencia a la investigadora Alessandra Galluccio).

Tutela penal del inversor / consumidor e ilícitos penales en la empresa

LUZ MARÍA PUENTE ABA

Profesora contrataa doctora de Derecho penal (Titular acreditada) Universidad de A Coruña

SUMARIO: 1. Introducción. – 2. Los consumidores como adquirentes de bienes y servicios: tutela anticipada y sanción de lesiones patrimoniales. – 3. Los consumidores como inversores. – 4. Delitos en el ámbito de la empresa: cómo determinados ilícitos empresariales pueden afectar al patrimonio de los consumidores / inversores. – 5. Conclusión*.

1. Introducción

La tutela penal del consumidor / inversor resulta una cuestión de especial relevancia en tiempos actuales, puesto que si bien constituye un sector consolidado en el marco del Derecho penal patrimonial y económico, conviene prestarle especial atención ante la actual situación de los mercados, puesto que la duradera crisis económica ha generado determinadas disfunciones y problemas en el funcionamiento de las empresas, que sin duda repercuten de forma negativa en los ciudadanos en su faceta de consumidores / inversores. Así, en primer lugar se efectuará una breve visión de los preceptos penales destinados a tutelar los intereses patrimoniales de consumidores / inversores como adquirentes de bienes y servicios en el mercado, analizando cómo ha venido desarrollándose su aplicación práctica en estos últimos tiempos, y cuáles han sido las principales cuestiones problemáticas que se han suscitado. En segundo lugar, se hará una especial referencia a ciertas particularidades que se plantean en relación

* Abreviaturas utilizadas: AP, Audiencia Provincial; CNMV, Comisión Nacional del Mercado de Valores; CPE, Código penal español; CPI, Código penal italiano; LMV, Ley del mercado de valores (Ley 24/1988, de 24 de julio); SAP, Sentencia de la Audiencia Provincial; STS, Sentencia del Tribunal Supremo.

con un sector del mercado muy específico, al que han prestado especial atención los legisladores: el mercado de valores. En este punto se atenderá a la normativa tanto penal como extrapenal relacionada con los mercados de valores, para determinar cuáles constituyen sus puntos débiles a la hora de otorgar una protección eficaz al consumidor / inversor, especialmente frente a casos de gran repercusión social en los últimos tiempos en España. Por último, se aludirá a la influencia indirecta que puede tener la comisión de ilícitos penales en el ámbito de la empresa sobre los intereses económicos de los consumidores / inversores. Todo ello se analizará con ocasión de determinados casos reales, con el objetivo de poner de relieve las posibles problemáticas o lagunas legales que se plantean a la hora de aplicar las normas penales y de lograr una tutela real y eficaz del consumidor / inversor.

2. Los consumidores como adquirentes de bienes y servicios: tutela anticipada y sanción de lesiones patrimoniales

La protección de los intereses económicos de los consumidores como adquirentes de bienes y servicios viene tradicionalmente de la mano del tipo penal de estafa (art. 248 CPE; art. 640 CPI); se castiga de este modo a quienes induzcan a error a otra persona con el fin de provocar un daño económico que suponga un correlativo enriquecimiento patrimonial para el autor de la conducta.

No obstante, esta clase de tutela penal no es suficiente para la actual sociedad de consumo, fundada en una economía de mercado en la que existe una multiplicidad de ofertas de bienes y servicios con predominio de grandes empresas como sujetos oferentes, donde se recurre a la publicidad masiva como medio de dar a conocer los productos y servicios, y donde se hace cada vez más frecuente la contratación a distancia (fundamentalmente a través de Internet) y el uso de condiciones unilaterales de contratación; de este modo, el consumidor no tiene capacidad real de negociación y, además, se dificultan sus posibilidades de detección de un posible fraude y de reclamación de los perjuicios sufridos.

Este específico orden social y económico ha tenido reflejo en el Derecho penal con la toma de conciencia sobre la necesidad de proteger bienes jurídicos colectivos o supraindividuales. En el ámbito que estamos tratando se han configurado los intereses económicos de los consumidores como un bien jurídico supraindividual o institucionalizado, cuya lesión equivale a la puesta en peligro de los patrimonios individuales de un número muy amplio e indefinido de consumidores. Así, el Código penal español de 1995 destaca en esta línea por haber creado el **delito publicitario** (art. 282 CPE), que

en coherencia con la caracterización del bien jurídico protegido constituye un delito de peligro para los patrimonios del colectivo de los consumidores. La idea que subyace a la articulación de este tipo penal es que, dado que la publicidad se ha convertido en una forma privilegiada de realizar ofertas de bienes y servicios, y teniendo en cuenta su inabarcable radio de expansión, el Derecho penal interviene ya para sancionar conductas peligrosas para el patrimonio de los consumidores, sin esperar a la producción de efectivas lesiones patrimoniales que, dada la especial forma de interacción entre oferentes y adquirentes, podrían ser muy numerosas.

De este modo, la tutela penal de los consumidores como adquirentes de bienes y servicios se articula a través de este binomio delito publicitario – delito de estafa: si bien el tipo penal de estafa va a reaccionar ante lesiones patrimoniales efectivas a cada consumidor individualizado, el delito de publicidad falsa pretende sancionar mensajes publicitarios que presentan aptitud para causar un daño grave y manifiesto a los consumidores. La definición de los bienes jurídicos tutelados y de las técnicas de tipificación ha de permitir resolver cuál es la relación entre ambos preceptos, fundamentalmente si se admitiría un concurso entre ambos delitos. A este interrogante ha de responderse de forma positiva, rechazando que el delito de lesión (la estafa) absorba al delito de peligro (la publicidad falsa). Por lo tanto, si como consecuencia de un mensaje publicitario falso varios consumidores adquieren un producto y resultan dañados económicamente, por un lado habrá que apreciar tantas estafas como sujetos individuales resulten perjudicados, pero por otro lado habrá que aplicar también el delito publicitario, pues el mensaje falso sigue desplegando sus efectos, y por lo tanto constituye un peligro para los patrimonios del colectivo global de los consumidores¹.

Sin embargo, este sistema de tutela de los consumidores no funciona de forma tan clara y perfecta en la realidad, y para constatarlo es necesario examinar cómo se lleva a cabo su aplicación práctica, y ante qué tipo de problemas se encuentra.

La aplicación del delito publicitario por parte de los tribunales puede calificarse casi como anecdótica, pues es considerablemente reducido el número de resoluciones judiciales que han tratado la posible aplicación al caso concreto del delito publicitario, y mucho menor aún el número de condenas por esta infracción delictiva. Curiosamente el principal argumento esgrimido por los tribunales para no aplicar este tipo penal es que, cuando en el caso concreto se ha verificado alguna estafa, se entiende que el en-

¹ Puede verse sobre todo esto, por ejemplo, PUENTE ABA, L.M., *Delitos económicos contra los consumidores y delito publicitario*, Tirant lo Blanch, Valencia 2002, pp. 419 ss.

gaño propio de la estafa ya absorbe el desvalor propio de la falsedad publicitaria; así razonan, por ejemplo, la Sentencia del Tribunal Supremo (STS) 357/2004, de 19 de marzo, y la STS 457/2006, de 21 de marzo (que confirma la Sentencia de la Audiencia Provincial (SAP) de Barcelona 21-7-2004)², obviando lo indicado con anterioridad: que el peligro derivado de la publicidad falsa afecta a más patrimonios que los dañados de forma efectiva. Y por otro lado, una dificultad inherente a este tipo penal está constituida por la interpretación del elemento típico “aptitud para producir un perjuicio grave y manifiesto a los consumidores”, puesto que no toda publicidad falsa es delictiva, sino sólo la que represente un peligro de suficiente entidad para los intereses económicos de los consumidores. Precisamente la dificultad de valorar tal aptitud ha motivado un buen número de absoluciones por este delito, por ejemplo en los supuestos enjuiciados por la STS 1456/2002, de 13 de septiembre (que confirma la SAP Toledo 34/2000, de 15 de diciembre), la STS 774/2002, de 6 de mayo (que confirma la SAP Granada 228/2000, de 3 de abril), o la SAP Burgos 15/2005, de 11 de abril³. Y otro dato interesante que cabe extraer del examen de la jurisprudencia en esta materia es que, en muchos casos, no se llevó a cabo una auténtica actividad publicitaria, sino que se trataba simplemente de engaños en el ámbito de negociaciones contractuales entre dos partes, lo cual nos llevaría al ámbito propio de la estafa; así ocurre, por ejemplo, en los supuestos tratados en la SAP Málaga 180/2000, de 29 de junio, la STS 1456/2002, de 13 de septiembre (que confirma la SAP Toledo 34/2000, de 15 de diciembre) y la SAP Zaragoza 101/2005, de 22 de marzo⁴.

En suma, a la tutela penal anticipada del consumidor no ayuda que su interpretación esté vinculada al tipo penal de estafa, cuando en realidad el radio de acción de ambos

² El primer caso citado se trataba de un supuesto de venta de vino con etiquetado falso, y el segundo caso se refería a una empresa dedicada a la compraventa de vehículos.

³ Los supuestos enjuiciados se referían a ventas de pienso para pollos, ventas de mezclas de licores, y ofertas de servicios funerarios. Ciertamente se trata de un elemento típico valorativo, y entre los criterios propuestos para sostener que el mensaje publicitario falso es idóneo para causar un perjuicio grave y manifiesto a los consumidores están los siguientes: el coste del producto o servicio anunciado, la relevancia de los extremos sobre los que recae la falsedad o del propio bien o servicio publicitado, la disponibilidad económica del colectivo de consumidores afectado, el número de potenciales perjudicados, etc. *Vid.* al respecto; PUENTE ABA, *Delitos económicos*, cit., pp. 350 ss; y también “El delito publicitario”, en AAVV, *La protección penal de los consumidores*, CEACCU, Madrid 2008, pp. 306-308.

⁴ En los supuestos enjuiciados por la AP de Málaga (caso de venta de viviendas prefabricadas) y la AP de Toledo (caso de venta de pienso para pollos) realmente se trataba de meras relaciones contractuales, si bien en el primer caso el tribunal absolvió entendiendo que el mensaje era veraz, y en el segundo caso consideró que no se verificaba el requisito de aptitud para perjudicar gravemente a los consumidores. En el caso enjuiciado por la AP de Zaragoza (caso de compraventa de viviendas en construcción), el tribunal entendió que estaba ante un simple incumplimiento contractual.

tipos penales es totalmente diferente. Buena prueba de ello la aporta la SAP Granada 383/2002, de 28 de junio, que condena por delito publicitario y absuelve de la comisión de varios delitos de estafa⁵. El tribunal entendió que, aun siendo la publicidad falsa, no existía un “engaño bastante” en relación con las personas que presuntamente habían sufrido el perjuicio patrimonial; concretamente, en la sentencia se pone de relieve la escasa credibilidad de las presuntas “víctimas”, y se pone en duda que esas concretas personas realmente ignorasen, después de los tratos contractuales, que la realidad no coincidía con lo mencionado en la publicidad⁶.

Es cierto que en muchos casos empieza a actuarse contra la publicidad ilícita cuando ya se han verificado daños patrimoniales, pero ello no resta sentido a esta “anticipación” en las barreras de intervención penal. Actuar contra la publicidad falsa cuando ya se han producido perjuicios económicos no resulta en absoluto inútil, pues como se ha indicado el mensaje publicitario afecta a todo el colectivo de consumidores, para cuyos intereses patrimoniales continúa significando un peligro. Además, otra de las razones que justifican la intervención penal en este ámbito reside en la imposibilidad de delimitar o identificar a todas las personas que pueden haber sufrido un perjuicio patrimonial como consecuencia de la publicidad⁷.

⁵ Se trataba de un caso de cursos ofrecidos por una escuela de turismo; se condenó a los acusados como autores del delito publicitario porque se constató la existencia de mensajes publicitarios falsos (se anunciaba que los cursos estaban homologados por una Universidad británica, cuando aún no se había concretado tal homologación, que finalmente no llegó a verificarse), que podían ser calificados como idóneos para producir un perjuicio grave y manifiesto a los consumidores. Por el contrario, no se apreció la existencia de estafa con respecto a las personas que habían pagado la matrícula en estos cursos falsamente publicitados.

⁶ Vid. sobre esta sentencia GALLEGU SOLER, J.I., “Algunas cuestiones político-criminales sobre la eficacia de la protección penal de los consumidores”, en MIR PUIG, S. / CORCOY BIDASOLO, M. (Dir.), *La política criminal en Europa*, Atelier, Barcelona 2004, pp. 226 ss.; PUENTE ABA, L.M., “Comentario”, cit., pp. 304 ss.

Esta sentencia sirve para ejemplificar el distinto radio de acción del delito publicitario y del delito de estafa. Ya se ha indicado anteriormente que el delito de publicidad falsa constituye un tipo penal de peligro que pretende reaccionar anticipadamente frente a conductas peligrosas para los intereses económicos del colectivo global de consumidores; de tal modo, basta con constatar la existencia de publicidad falsa, siempre que tenga la entidad suficiente para poder generar un peligro grave y manifiesto para los patrimonios de los consumidores. En cambio el delito de estafa, al constituir un tipo penal de lesión de patrimonios individuales, exige constatar que el engaño desplegado ha sido “bastante” para inducir a error a las posibles víctimas individualizadas. Así, si bien un mensaje falso puede ser apto con carácter general para engañar y perjudicar a los consumidores, puede ocurrir que las concretas personas que han adquirido el bien o servicio ofertados no hayan sido realmente víctimas de un engaño “bastante” como consecuencia de la publicidad.

⁷ Vid. extendiéndose sobre las situaciones que permiten fundamentar la existencia del delito publicitario, GÓMEZ RIVERO, M.C., “La aplicación jurisprudencial del delito de publicidad engañosa. Claves para delimitar el contenido material del precepto”, *Revista General de Derecho penal*, 2008, nº 9, pp. 1 ss.

Como dato curioso, realmente no cabría desdeñar al menos el aspecto preventivo de esta regulación si tenemos en cuenta que en 1995, el mismo año de entrada en vigor del vigente Código penal español (que introdujo por primera vez en nuestro ordenamiento el delito publicitario), se constituyó Autocontrol, la Asociación para la autorregulación de la comunicación comercial, creada por los principales anunciantes, agencias y medios de comunicación para gestionar el sistema de autorregulación publicitario español⁸.

* * *

En cualquier caso, incluso el funcionamiento práctico de tradicionales tipos penales como la **estafa** no está exento de problemas.

Uno de los principales escollos que plantea el delito de estafa es la necesidad de deslindarlo de la responsabilidad civil por existencia de engaño en la contratación. Puede partirse de un criterio básico de distinción frecuentemente empleado tanto por la doctrina como por la jurisprudencia en España: si en el momento de conclusión del contrato existía voluntad de cumplirlo en todos sus términos, y es con posterioridad cuando surge la intención de no hacerlo, se trataría de una mera responsabilidad civil por incumplimiento de contrato. Efectivamente, en tal supuesto no se verificaría un delito de estafa porque el engaño de una de las partes no ha sido previo y determinante del acto de disposición patrimonial; en tales casos, por lo tanto, estaríamos ante un incumplimiento doloso del contrato, y con arreglo a los arts. 1101 y 1107 del Código civil español el causante del dolo estaría obligado a indemnizar a la otra parte contratante por todos los daños y perjuicios derivados de la falta de cumplimiento de sus obligaciones⁹.

⁸ Véase su página web www.autocontrol.es. Vid. también LÁZARO SÁNCHEZ, E.J. (Coord.), *Derecho de la publicidad*, Civitas, Cizur Menor 2012, pp. 171 ss; VILAJOANA ALEJANDRE, V., *Las leyes de la publicidad: límites jurídicos de la actividad publicitaria*, UOC, Barcelona 2011, pp. 231 ss.

⁹ Vid. al respecto PUENTE ABA, L.M., “Comentario a las primeras sentencias que estudian la aplicación del delito de publicidad falsa (art. 282 CP)”, *Revista de Derecho penal y Criminología*, nº 14, 2ª época, 2004, pp. 297 ss, y bibliografía citada. Vid. CHOCLÁN MONTALVO, J.A., *El delito de estafa*, Bosch, Barcelona 2009, p. 103; DOPICO GÓMEZ-ALLER, J., “Estafa y dolo civil: criterios para su delimitación”, *Dereito*, Vol. 21, nº 1, 2012, pp. 10-11; REBOLLO VARGAS, R., “Propuestas para la controversia en la delimitación típica del delito de estafa: la distinción con el fraude civil y la reinterpretación del engaño”, *Revista de Derecho y proceso penal*, 2008, nº 19, pp. 98 ss.

Puede verse en la doctrina civilista, BERCOVITZ ÁLVAREZ, G., “Artículo 1269”, en BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R. (Coord.), *Comentarios al Código Civil*, Thomson Reuters-Aranzadi, Cizur Menor 2009, pp. 1501-1502; LACRUZ BERDEJO, J.L. Y OTROS, *Derecho de obligaciones. Teoría general del contrato*, Vol II, nº 1, Dykinson, Madrid 2011, pp. 366 ss; SÁNCHEZ CALERO, F.J. (Coord.), *Curso de Derecho civil II. Derecho de obligaciones, contratos y responsabilidad por hechos ilícitos*, Tirant lo Blanch, Valencia 2012, p. 178.

Sin embargo, este criterio no permite solucionar todos los problemas fronterizos entre el delito de estafa y la responsabilidad civil contractual, puesto que el Código civil regula también la figura del denominado dolo “in contrahendo”, esto es, el dolo desplegado en el momento mismo de contratar, que implica que una de las partes celebra un contrato con la intención ya previa de no cumplir las obligaciones que le corresponden. Estamos aquí ante el dolo vicio como causa de nulidad del contrato; su definición se halla en el art. 1269 del Código civil, según el cual “hay dolo cuando, con palabras o maquinaciones insidiosas de parte de uno de los contratantes, es inducido el otro a celebrar un contrato que, sin ellas, no hubiera hecho”; continúa el art. 1270 que “para que el dolo produzca la nulidad de los contratos, deberá ser grave y no haber sido empleado por las dos partes contratantes. El dolo incidental sólo obliga al que lo empleó a indemnizar daños y perjuicios”. Por consiguiente, nos encontramos con que un engaño de tales características podría ser calificado únicamente como una causa de nulidad del contrato, o podría ser considerado como engaño bastante propio del delito de estafa (que llevaría aparejada, obviamente, la responsabilidad civil derivada de delito)¹⁰.

Así, el examen de la jurisprudencia en esta materia no resulta especialmente alentador, pues no existen pautas claras para deslindar el ilícito civil del ilícito penal. De hecho, pueden encontrarse supuestos de hecho similares que son resueltos de forma diversa por diferentes tribunales.

Por citar un ejemplo característico, pueden contraponerse los casos resueltos en la STS 289/2009, 5-5 (Sala de lo Civil) y en la STS 607/2013, 12-7 (Sala de lo Penal). En el primer caso se declaró la nulidad del contrato de compraventa de una parcela por existencia de “dolo in contrahendo”, pues la entidad vendedora de la parcela había

¹⁰ Vid. PUENTE ABA, *ibidem*. Vid. asimismo CHOCLÁN MONTALVO, *El delito*, cit., pp. 104 ss. Vid. REBOLLO VARGAS, “Propuestas para la controversia”, cit., pp. 106 ss, centrándose en el ánimo de lucro como el elemento que particulariza al delito de estafa frente al dolo civil. Vid. en la doctrina civilista, precisando justamente la posible superposición o el difícil deslinde entre el dolo en la contratación y el engaño bastante en la estafa, DÍEZ-PICAZO, L. / GULLÓN, A., *Sistema de Derecho civil*, Vol. II, nº 1, Tecnos, Madrid 2012, p. 52; NAVARRO MENDIZÁBAL, I.A., *Derecho de obligaciones y contratos*, Thomson Civitas, Cizur Menor 2013, p. 326; PASTOR MUÑOZ, N., “La construcción de un tipo europeo de estafa: rasgos de la definición del comportamiento típico”, en ARROYO ZAPATERO, L. / NIETO MARTÍN, A. (Coord.), *Fraude y corrupción en el Derecho penal económico europeo. Eurodelitos de corrupción y fraude*, Universidad de Castilla La Mancha, Cuenca, 2006, p. 275. Es interesante recordar la obra de PEDRAZZI, C., *Inganno ed errore nei delitti contro il patrimonio*, Giuffrè, Milano 1955 (*vid.* esta obra en PEDRAZZI, C., *Diritto penale. II. Scritti di parte speciale*, Giuffrè, Milano 2003, concretamente p. 221), que la diferencia no puede ser radicada en una exégesis literal de los términos legales, teniendo en cuenta su similitud también en el ordenamiento italiano: el art. 640 CPI define la conducta constitutiva de estafa como “artifizi o raggiri”, y el art. 1439 del Código civil italiano se refiere al dolo contractual empleando el término “raggiri”.

falseado determinadas cualidades de la finca en el momento de la contratación, ya que tales características la hacían inservible para construir una estación de servicio, que era el objetivo de la compraventa manifestado expresamente por la entidad compradora; el Tribunal condenó a la restitución del precio pagado y demás gastos satisfechos, con resarcimiento de daños y perjuicios. En el segundo caso se apreció la existencia de un delito de estafa en una venta de parcelas destinadas a la construcción de una vivienda, ocultando que en tales fincas no se podía realizar este tipo de edificaciones y que ya existían expedientes sancionadores abiertos por la Administración local; el Tribunal condenó a los acusados a las correspondientes penas por el delito de estafa, y asimismo satisfacción de daños materiales y daños morales en concepto de responsabilidad civil derivada de delito.

Asimismo, puede anticiparse aquí el caso de las “participaciones preferentes”, que será objeto de tratamiento más adelante. Basta ahora con adelantar que gran parte de las personas que habían adquirido este específico producto bancario sin conciencia de su naturaleza y características reales, decidieron acudir a los tribunales civiles para reclamar la nulidad del contrato; no obstante, posteriormente empezaron a incoarse diligencias penales por posible comisión de un delito de estafa en estos supuestos.

Otra cuestión de indudable dificultad, y que sin duda también influye en la respuesta judicial a los casos de estafas a consumidores, reside en otorgar un determinado papel al denominado “deber de autoprotección de la víctima”. Con carácter general se considera que no cabe apreciar un delito de estafa en los casos en que la víctima tenía posibilidades reales de protegerse frente al comportamiento engañoso (v.gr. efectuando unas mínimas comprobaciones sobre la veracidad de las afirmaciones presentadas), o cuando las manifestaciones realizadas resultaban difícilmente creíbles¹¹. En tales supuestos, se

¹¹ Ya sea porque se parte de que el Derecho penal, en virtud del principio de subsidiariedad, no puede intervenir para sancionar comportamientos frente a los que podía defenderse fácilmente la víctima; ya sea porque se entiende que en estos supuestos queda roto el nexo de imputación objetiva entre la acción y el resultado en el delito de estafa. *Vid.* PÉREZ MANZANO, M., “Acerca de la imputación objetiva en la estafa”, en AAVV, *Hacia un Derecho penal económico europeo. Jornadas en honor del Profesor Klaus Tiedemann*, Madrid, 1995, p. 305; *vid.* también CHOCLÁN MONTALVO, *El delito*, cit., p. 109; LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, J., “Deberes de autoprotección en el delito de estafa”, *Revista Aranzadi Doctrinal*, 2012, n° 4, p. 716; MAGALDI PATERNOSTRO, M.J., “Artículo 248”, en CÓRDOBA RODA, J. / GARCÍA ARÁN, M., *Comentarios al Código penal. Parte especial*, Tomo I, Marcial Pons, Madrid 2004, pp. 755-756; PUENTE ABA, “Comentario”, cit., pp. 302 ss., y bibliografía citada; RODRÍGUEZ-MIGUEL RAMOS, J., *La autoprotección en la estafa en la jurisprudencia del Tribunal Supremo*, Tirant lo Blanch, Valencia 2013cit., pp. 36-37; VOGEL, J., “Estafa en la UE”, en ARROYO ZAPATERO, L. / NIETO MARTÍN, A. (Coord.), *Fraude y corrupción en el Derecho penal económico europeo. Eurodelitos de corrupción y fraude*, Universidad de Castilla La Mancha, Cuenca, 2006, p. 48.

parte de que el resultado de daño no cabe atribuirlo al engaño, sino a la propia falta de diligencia de la víctima, y asimismo se fundamenta en el hecho de que la norma penal sólo protege frente a los ataques más graves e intolerables a los bienes jurídicos, en este caso al patrimonio¹². Si bien existe un acuerdo generalizado en afirmar que el delito de estafa ha de excluirse en estos casos en que la víctima no desplegó ningún tipo de diligencia para comprobar la información, o las manifestaciones vertidas no eran en absoluto creíbles, el problema es que habrá que aplicar tales pautas al caso concreto teniendo en cuenta las capacidades y circunstancias subjetivas de cada víctima, pues no todas las personas tienen la misma capacidad para sospechar sobre la veracidad de una determinada información o para realizar averiguaciones sobre ella; asimismo, hay que atender al tipo e importancia del concreto negocio jurídico, y al funcionamiento habitual del específico sector del mercado¹³. Como pone de relieve la jurisprudencia, en cada caso es necesario hallar el equilibrio entre la exigencia de una mínima autoprotección y diligencia por parte de la víctima, y el mantenimiento del principio de buena fe en las relaciones comerciales, es decir, la necesidad de que exista una mínima confianza en el ámbito de las transacciones en el mercado, pues de otro modo se dificultarían enormemente los negocios y relaciones jurídicas¹⁴.

¹² Vid. MATA Y MARTÍN, R., “Artículo 248”, en GÓMEZ TOMILLO, M. (Dir.), *Comentarios al Código penal*, Lex Nova, Valladolid 2011, p. 966; PÉREZ MANZANO, “Acerca de la imputación objetiva”, cit., p. 305; QUINTERO OLIVARES, “Artículo 248”, en QUINTERO OLIVARES, G. (Dir.), *Comentarios al Código penal español*, Tomo II, Aranzadi, Cizur Menor 2011, p. 81; SILVA SÁNCHEZ, J.M., “Las inveracidades de los particulares ante el Derecho penal”, en SALVADOR CODERCH, P. / SILVA SÁNCHEZ, J.M., *Simulación y deberes de veracidad. Derecho civil y Derecho penal: dos estudios de dogmática jurídica*, Civitas, Madrid 1999, pp. 99-100. Vid. RODRÍGUEZ-MIGUEL RAMOS, *La autoprotección*, cit., pp. 42-43, citando jurisprudencia.

¹³ PASTOR MUÑOZ, N., “Engaños punibles y mentiras impunes: un análisis de los límites del engaño típico en el delito de estafa a la luz del caso de la sentencia del Tribunal Supremo de 18 de julio de 2003, ponente Andrés Ibáñez”, *Anuario de Derecho penal y ciencias penales*, 2003, nº 56, pp. 561-592, cit., pp. 581-582, concreta cuáles serían las informaciones más relevantes para decidir la ejecución de un acto de disposición, cuyo conocimiento sería exigible a la “víctima”: además de ser la conocedora de su propio patrimonio, la víctima también tendría que estar al tanto de los aspectos jurídicos y económicos del sujeto que le ofrece realizar el acto de disposición patrimonial, del funcionamiento del mercado y existencia de ofertas similares en este ámbito, y de los aspectos jurídicos y económicos generales de la propia operación económica. No obstante, puede no resultar exigible a la víctima el conocimiento de alguno de estos extremos cuando se halla en una situación de inferioridad, en el sentido de que carece de accesibilidad a dicha información por estar dominada por la otra parte de la transacción económica.

¹⁴ Vid. entre la jurisprudencia que analiza esta cuestión, por ejemplo: STS 2/2014, 21-1; STS 671/2013, 19-7; STS 867/2013, 28-11; STS 53/2013, 24-1; STS 162/2012, 15-3; STS 832/2011, 15-7; STS 630/2009, 19-5; STS 1027/2007, 30-11; STS 700/2006, 27-6; STS 182/2005, 15-2. Vid. también RODRÍGUEZ-MIGUEL RAMOS, *La autoprotección*, cit., pp. 38-39 y 76, poniendo de relieve la existencia de una corriente jurisprudencial que se inclina por no interpretar de forma estricta este criterio de exigencia de responsabilidad a la víctima. Así, es interesante señalar resoluciones como la ya citada STS 53/2013, 24-1, señalando que el hecho de que la víctima posea una especial cualificación no implica que sea inmune a cualquier tipo

Es interesante tener en cuenta que tanto jurisprudencia como doctrina se han planteado cuál sería el tratamiento adecuado en los denominados “negocios de riesgo”, o más concretamente, en casos de oferta de inversiones que producen una rentabilidad muy elevada. Estamos aquí ante el caso prototípico en que cabría aducir la ausencia de autoprotección o falta de razonabilidad de la víctima, que voluntariamente se involucra en un negocio jurídico que supone un riesgo considerable de causar pérdidas patrimoniales, las cuales finalmente se llegan a verificar. La pauta fundamental que ha de determinar la solución de tales supuestos no debería centrarse en la existencia o ausencia de un deber de autoprotección de la víctima, sino realmente en cuál ha sido la conducta de quien ofrece tal negocio, para determinar si llevó a cabo un comportamiento engañoso. Si las condiciones y elementos del negocio jurídico son expuestos de forma clara y veraz, evidentemente ya no se produce engaño ni delito de estafa, aunque posteriormente la otra parte del negocio sufra pérdidas patrimoniales. Si por el contrario las vicisitudes del negocio o contrato son expuestas con inveracidades o inexactitudes, o se omiten datos esenciales que hacen aparecer la oferta distinta de lo que es en realidad, nos encontraremos ante una conducta engañosa, y lo que habrá que analizar es si tal engaño puede calificarse como “bastante” para inducir a error al sujeto pasivo concreto; aquí es cuando ha de atenderse al grado de conocimientos o experiencia que tiene el sujeto, pues será un criterio fundamental para establecer si, con el comportamiento engañoso verificado, era objetivamente previsible que se podría inducir a error a esa víctima concreta. De hecho, la jurisprudencia no ha venido tratando de forma absolutamente invariable los supuestos de pérdidas patrimoniales en negocios de alto riesgo: así, por ejemplo, en casos de ofertas de inversiones con rentabilidades extraordinarias, se ha llegado a admitir la existencia de estafa en supuestos en los que ya se realizaban inicialmente entregas de dinero como resultado de la inversión para generar confianza en el cliente y que posteriormente concluyera más contratos de esta índole; o también en supuestos en que un sujeto confía en el negocio de inversión porque constata que un elevado número de personas ya lo han realizado previamente¹⁵.

* * *

de engaño. Vid. también NIETO MARTÍN, A., “El papel del engaño en la construcción de un delito de estafa en la UE”, en ARROYO ZAPATERO, L. / NIETO MARTÍN, A. (Coord.), *Fraude y corrupción en el Derecho penal económico europeo. Eurodelitos de corrupción y fraude*, Universidad de Castilla La Mancha, Cuenca, 2006, pp. 246-247.

¹⁵ Vid. RODRÍGUEZ-MIGUEL RAMOS, *La autoprotección*, cit., p. 60, citando la STS 1516/2001, 18-7. Vid. también la jurisprudencia citada en pp. 86-88, en relación con la posible apreciación de estafas en la celebración de negocios de alto riesgo: como se ha indicado, la jurisprudencia no excluye automáticamente la posibilidad de apreciar un delito de estafa aunque la alta rentabilidad y ventajas del negocio resulten no muy creíbles o difíciles de conseguir (v.gr. SSTS 517/2005, 25-4; 291/2008, 12-5; 839/2009, 21-7).

Si bien tanto las figuras delictivas de estafa y publicidad falsa constituyen los tipos penales genéricos y omnicomprendivos que pueden abarcar los fraudes que afectan a los consumidores como adquirentes de bienes y servicios, los legisladores suelen prestar atención a determinados ámbitos específicos donde se puede afectar de forma especial a los intereses económicos de los consumidores. Aquí cobran especial relevancia los mercados de valores, caracterizados tanto por la fácil negociabilidad de los valores patrimoniales como por el nivel de dificultad que suele ser inherente a determinadas operaciones financieras; a ellos se hará referencia en detalle con posterioridad. No obstante, curiosamente el legislador español ha configurado dos **delitos específicos en materia de protección de los consumidores**, que sancionan determinados fraudes en ámbitos o con modalidades de comisión muy concretas: el delito de facturación ilícita de bienes y servicios facilitados a través de aparatos automáticos previamente alterados (art. 283 CPE) y el delito de detracción de materias primas y productos de primera necesidad (art. 281 CPE). Hay que decir que su significación es puramente simbólica, pues dada su configuración prácticamente nunca han sido objeto de aplicación.

Por un lado, el art. 281 CPE castiga detraer materias primas o productos de primera necesidad con el objetivo de forzar un desabastecimiento del mercado, lograr una alteración de precios o perjudicar de cualquier otro modo al consumidor. Evidentemente es un precepto que sólo podrá ser aplicado en situaciones extremas, que sin duda podrían tener repercusiones mucho más allá de la mera afectación de los intereses económicos de los consumidores¹⁶.

Por otro lado, el art. 283 CPE sanciona la facturación de cantidades superiores a las debidas, pero únicamente por bienes y servicios cuyo coste se mida a través de aparatos automáticos, y siempre que haya existido una previa manipulación del aparato en este sentido. Por consiguiente, este precepto sanciona comportamientos que tienen lugar en relación con un reducido ámbito de productos y servicios, que son comercializados de una determinada manera, y esto ha determinado que la aplicación del precepto resulte anecdótica: hasta la fecha, se ha dictado condena en un caso de cierta repercusión en España a finales de los años 90, el denominado “fraude de las gasolineras”, pues se detectó que en una amplia red de estaciones de servicio se hallaban alterados los surtidores de combustible, de modo que se facturaban cantidades superiores a las debidas a quienes repostaban en tales lugares; además de este caso, se ha aplicado este precepto

¹⁶ Manifiesta QUERALT JIMÉNEZ, J.J., *Derecho penal español. Parte especial*, Atelier, Barcelona 2010, p. 781, que aquí se rescita el antiguo delito de acaparamiento de la postguerra, en relación con la Guerra Civil española (Ley 26-10-1939).

únicamente en un caso de manipulación de un camión repartidor de gasóleo a domicilio y en un supuesto de alteración de un taxímetro. Sin duda el precepto pretende acoger aquellos fraudes en los que no hay un contacto directo con el consumidor al facilitar el servicio y calcular su precio, y que además se caracterizan por afectar a muchas personas, generalmente de forma inadvertida dada la insignificancia de cada fraude individualmente considerado.

Por último, es interesante tener en cuenta que la tutela de otros bienes jurídicos de corte socioeconómico puede servir indirectamente a la protección del consumidor. Si bien esto podría afirmarse, con matices, en relación con la previsión de los delitos relativos a la libertad y la lealtad de la competencia en el mercado, también sería predicable de la protección de otros bienes que pertenecen más bien al oferente de los bienes en el mercado, como la propiedad industrial. Efectivamente, en relación con la tutela de los derechos de propiedad industrial, si bien la protección de las marcas o las denominaciones de origen interesa a sus propietarios, en última instancia redundan en la veracidad de las ofertas en el mercado, y por lo tanto en beneficio del consumidor. En cualquier caso, es interesante tener en cuenta que la confluencia de distintos intereses permite la apreciación conjunta de varios preceptos penales; paradigmático en este sentido es el ya citado caso resuelto por la sentencia de la Audiencia Provincial de La Rioja 17/2003, y posteriormente por el Tribunal Supremo en sentencia 357/2004. Se trataba de un caso de venta de vino falsamente etiquetado con la denominación de origen de La Rioja. Ambas instancias condenaron por un delito contra la propiedad industrial, pero además también se analizó la posible verificación de estafas o de un delito publicitario; curiosamente la sentencia de instancia apreció la existencia de un delito de publicidad falsa pero no de una estafa, mientras que el Tribunal Supremo estimó que se verificaba una estafa y que la falsedad publicitaria quedaba absorbida por el engaño propio de la estafa. Como ya se ha indicado con anterioridad, las inverdades en las ofertas y publicidad de bienes y servicios no quedan absorbidas en el tipo de estafa, sino que es admisible el concurso de delitos entre ambas figuras.

3. Los consumidores como inversores

Una específica categoría de bienes que pueden adquirir los consumidores en el mercado está constituida por los productos de inversión, que constituyen una vía para canalizar el ahorro privado. Se trata de un sector de especial complejidad, dadas las características inherentes a este tipo de productos y su creciente diversificación, contando con el progresivo desarrollo del mercado de valores en este ámbito, pues el ahorro y la inversión de los consumidores no sólo se canalizan a través de contratos bancarios o