

UNIVERSIDAD DE COSTA RICA

FACULTAD DE DERECHO

**Tesis de Grado para optar por el título de Licenciado en
Derecho.**

**Fraudes colectivos mediante las sociedades mercantiles.
Relaciones entre el bien jurídico orden económico del Estado y
los fines político-criminales del Ordenamiento Jurídico
costarricense.**

Autor

Warren Rodolfo Jugo Madrigal

Carné A11886

San José, 2013.



20 de mayo del 2013
FD-AI-0694-13

Doctor
Daniel Gadea Nieto
Decano
Facultad de Derecho

Estimado Decano:

Para los efectos reglamentarios correspondientes, le informo que el Trabajo Final de Graduación (categoría Tesis), del (la) estudiante (s): **Warren Jugo Madrigal**, carné **A11886**, denominado: "**Fraudes colectivos mediante las sociedades mercantiles. Relaciones entre el bien jurídico orden económico del Estado y los fines político-criminales del ordenamiento jurídico costarricense**", fue aprobado por el Comité Asesor, para que sea sometido a su defensa final. Asimismo, el suscrito ha revisado los requisitos de forma y orientación exigidos por esta Área y lo apruebo en el mismo sentido.

Igualmente, le presento a los (as) miembros (as) del Tribunal Examinador de la presente Tesis, quienes firmaron acuso de la tesis (firma y fecha) de conformidad con el Art. 36 de RTFG que: "**EL O LA ESTUDIANTE DEBERA ENTREGAR A CADA UNO DE LOS (AS) MIEMBROS (AS) DEL TRIBUNAL UN BORRADOR FINAL DE SU TESIS, CON NO MENOS DE 8 DIAS HABLES DE ANTICIPACION A LA FECHA DE PRESENTACION PUBLICA**".

Tribunal Examinador

Informante	Lic. Federico Torrealba Navas
Presidente	Dr. Álvaro Burgos Mata
Secretaria	Lic. Gustavo Jiménez Madrigal
Miembro	Lic. Carlos Estrada Navas
Miembro	Dr. Erick Gatgens Gómez

Por último, le informo que la defensa de la tesis es el **06 de junio del 2013**, a las **06:00 pm**, en la Sala de Réplicas, ubicada en el **5º** Piso de la Facultad de Derecho, **Sede de Rodrigo Facio**.


Andrés Montejo Morales
DIRECTOR



San José, 16 de Mayo de 2013

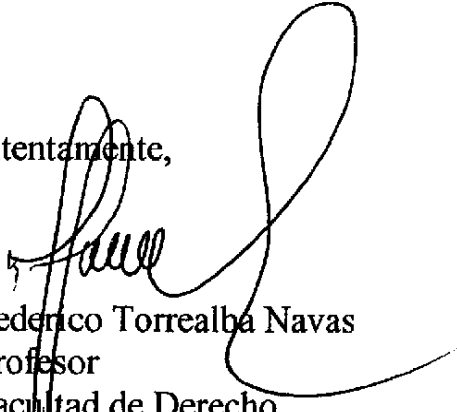
Dr. Andrés Montejo Morales
Director Área de Investigación
Facultad de Derecho
Universidad de Costa Rica
S. D.

Estimado Señor:

Reciba un cordial saludo. Por medio de la presente brindo mi aprobación a la Tesis Final de Graduación para optar por el título de Licenciado en Derecho, la cual se ha titulado "Fraudes colectivos mediante las sociedades mercantiles. Relaciones entre el bien jurídico orden económico del Estado y los fines político-criminales del Ordenamiento Jurídico costarricense", elaborado por el estudiante Warren Jugo Madrigal, carné A11886, la cual he dirigido. En la revisión de dicha tesis he encontrado que se brindan elementos importantes para el análisis de los fraudes colectivos y su ligamen con los institutos mercantiles que configuran el orden económico del Estado, por lo cual considero que cumple con los requisitos tanto formales como de contenido que se requiere en este tipo de trabajo.

Agradeciendo de antemano su atención, se despide;

Atentamente,



Lic. Federico Torrealba Navas
Profesor
Facultad de Derecho
Universidad de Costa Rica

San José, 15 de Mayo de 2013

Dr. Andrés Montejo Morales
Director Área de Investigación
Facultad de Derecho
Universidad de Costa Rica
S. D.

Estimado Señor:

Reciba un cordial saludo. Por medio de la presente brindo mi aprobación al Trabajo Final de Graduación para optar por el título de Licenciado en Derecho titulado "Fraudes colectivos mediante las sociedades mercantiles. Relaciones entre el bien jurídico orden económico del Estado y los fines político-criminales del Ordenamiento Jurídico costarricense", elaborado por el estudiante Warren Jugo Madrigal, carné A11886, y del cual soy lector. Dicho trabajo fue revisado por mi persona y cumple con todos los requisitos de una tesis, tanto formales como materiales y hace un aporte de importancia al conocimiento de la figura de los fraudes colectivos en el ordenamiento jurídico costarricense.

Agradeciendo de antemano su atención, se despide;

Atentamente,



Lic. Gustavo Adolfo Jiménez Madrigal
Profesor
Facultad de Derecho
Universidad de Costa Rica

San José, 15 de Mayo de 2013


Dr. Andrés Montejo Morales
Director Área de Investigación
Facultad de Derecho
Universidad de Costa Rica
S. D.

Estimado Señor:

Reciba un cordial saludo. Por medio de la presente brindo mi aprobación al Trabajo Final de Graduación para optar por el título de Licenciado en Derecho titulado "Fraudes colectivos mediante las sociedades mercantiles. Relaciones entre el bien jurídico orden económico del Estado y los fines político-criminales del Ordenamiento Jurídico costarricense", elaborado por el estudiante Warren Jugo Madrigal, carné A11886, y del cual soy lector. Dicho trabajo fue revisado por mi persona y cumple con todos los requisitos de una tesis, tanto formales como materiales y hace un aporte de importancia al conocimiento de la figura de los fraudes colectivos en el ordenamiento jurídico costarricense.

Agradeciendo de antemano su atención, se despide;

Atentamente,



Lic. Gustavo Adolfo Jiménez Madrigal
Profesor
Facultad de Derecho
Universidad de Costa Rica

San José, 20 de mayo del 2013

Dr. Andrés Montejo Morales
Director del Área de Investigación
Facultad de Derecho
Universidad de Costa Rica
S. D.

Reciba un saludo cordial. Le dirijo la presente para brindar mi aprobación del Trabajo Final de Graduación para optar por el título de Licenciado en Derecho, la cual ha sido elaborada por el estudiante Warren Jugo Madrigal, carné A11886 y que lleva el título "Fraudes colectivos mediante las sociedades mercantiles. Relaciones entre el bien jurídico orden económico del Estado y los fines político-criminales del Ordenamiento jurídico Costarricense", de la cual he sido lector. Dicho trabajo cumple con los requisitos formales y de contenido que requiere esta clase de investigación y aporta una perspectiva novedosa con respecto al tema tratado.

Agradezco de antemano su atención;

Atentamente;


Lic. Carlos Estrada Navas

Profesor

Facultad de Derecho

Universidad de Costa Rica

San José, 26 de mayo del 2013

Doctor:

Andrés Montejo Morales

Director del Área de Investigación

Facultad de Derecho

Universidad de Costa Rica

Estimado señor:

He revisado y corregido los aspectos referentes a la estructura gramatical, ortografía, puntuación, redacción y vicios del lenguaje de La Tesis para optar por el grado de Licenciatura en Derecho, denominada: **Fraudes colectivos mediante las sociedades mercantiles. Relaciones entre el bien jurídico orden económico del Estado y los fines político-criminales del Ordenamiento Jurídico costarricense**, elaborada, por el estudiante, **Warren Rodolfo Jugo Madrigal**, por lo tanto, puedo afirmar que está escrita correctamente, según las normas de nuestra Lengua Materna.

Respeté, a lo largo del trabajo, el estilo de los autores.

Atentamente,

Profesor


Carlos Manuel Barrantes Ramírez

Filólogo

Cédula 1-0312-0358

Carné afiliado 16308

Dedicatoria

A mi abuelo Román Jugo Lamicq

Agradecimientos

A mi madre y mi hermano, por todo el tiempo, esfuerzo y cariño encaminados a obtener este resultado. A Laura, por el empujón necesario y la inspiración. A todos aquellos que, con razón o sin ella, creyeron siempre en mí.

ÍNDICE GENERAL

Portada _____	I
Copias de Cartas de Aprobación _____	III
Dedicatoria _____	XIII
Agradecimientos _____	IX
ÍNDICE GENERAL _____	X
RESUMEN _____	XII
FICHA BIBLIOGRÁFICA _____	XII
INTRODUCCIÓN _____	1
Capítulo 1 _____	5
Los delitos de Fraude _____	5
I.1 Consideraciones preliminares sobre los delitos de fraude en general. _____	5
I.1.1 Aspectos introductorios _____	5
I.1.2 Antecedentes históricos _____	7
I.1.2.1 Regulación en la Antigüedad _____	7
I.1.2.2 Roma _____	9
I.1.2.3 Edad Media: _____	14
I.1.2.4 Delito de estafa en el siglo XVII y principios del siglo XIX. _____	15
I.1.2.5 La estafa y el fraude en los siglos XIX y XX _____	18
I.1.2.5.1 Francia _____	18
I.1.2.5.2 Alemania _____	20
I.1.2.5.3 España _____	21
I.1.2.6 Evolución del tipo penal en Costa Rica. _____	22
I.1.2.6.1 Código General del Estado de Costa Rica (1841, Conocido como Código de Carrillo) _____	22
I.1.2.6.2 Código Penal de 1880 _____	23
I.1.2.6.3 Código Penal de 1918 (Código de Tinoco) _____	25
I.1.2.6.3 Código Penal de 1924 _____	25
I.1.2.6.4. Código Penal de 1941. _____	27
I.1.2.7 Código penal de 1970. _____	28
I.1.2.8 Conclusión _____	29
I.2 Análisis de tipo _____	30
I.2.1 Elementos objetivos _____	30
1.2.1.1 El Ardid o engaño _____	30
I.2.1.1.1 Concepto _____	30
1.2.1.1.2 Características _____	31
I.2.1.1.3 Modalidades _____	33
I.2.2 El Error _____	34
I.2.2.1 Concepto _____	34
I.2.2.2 Contenido _____	35
I.2.3 El Acto dispositivo patrimonial _____	38
I.2.3.1 Formas de disposición _____	38
I.3 Conclusión. El Fraude y la Estafa _____	39
Capítulo II.: Fraudes Colectivos _____	41
2.1 Introducción _____	41
II.2 Concepto Fraude Colectivo. _____	42

II.2.1- De los delitos de Masa. _____	42
II.2.2 Características de los Fraudes Colectivos _____	47
II.2 Del delito continuado. _____	61
I.2.1 Consideraciones preliminares. _____	61
II.2.2 Delito continuado. Aspectos Generales _____	62
II.2.3 Características y requisitos del delito continuado. _____	64
II.2.3.1 El elemento patrimonial. _____	64
II.2.3.2 La Unidad _____	65
II.2.3.3. Tiempo y espacio. _____	67
II.2.3.4 Restricciones. _____	68
II.2.3.8 Análisis Jurisprudencial. _____	69
II.2.3.7 Diferencia teórica entre Delito continuado y Fraude colectivo. _____	77
I.2.3.8 Conclusión _____	80
Capítulo III Acerca del Bien Jurídico en los Fraudes Colectivos, su caracterización y la influencia del Derecho Mercantil en las relaciones y contratos que degeneran en Fraudes de Masa. _____	82
3.1 Aspectos Preliminares _____	82
3.2 El Orden Económico del Estado como Bien Jurídico. _____	83
3.2.1 Bien Jurídico _____	83
3.2.1.1 Definición de Bien Jurídico _____	83
3.2.2 Orden económico del Estado _____	91
3.2.2.1 Origen de la tutela Estatal del Comercio y la Economía del País _____	91
3.2.2.2 El Orden Económico del Estado _____	99
3.2.2.2.1 Legitimación del Derecho Penal para intervenir en temas económicos _____	99
3.2.2.2.2 Los delitos económicos y su configuración conceptual _____	103
3.2.3 El Orden Económico del Estado como Bien Jurídico. _____	109
3.2.3.1 El Orden económico como objeto de estudio. _____	109
3.3 Sobre la intervención estatal en delitos contra el bien jurídico orden económico _____	118
3.3.1 Justificación Teórica _____	118
3.3.2 La construcción de un bien jurídico que integre las tesis garantistas y proteja efectivamente las relaciones económicas _____	123
3.3.3 Caracterización del Bien Jurídico _____	129
3.4 Conclusión. _____	136
CONCLUSIONES _____	137
BIBLIOGRAFÍA _____	147

RESUMEN

Con las revoluciones burguesas y el surgimiento del modelo de producción capitalista, el Estado requiere regular las condiciones económicas que surgen de las nuevas relaciones sociales. Éstas, como todas las relaciones de ese tipo, devienen históricamente y mutan en nuevas formas para adaptarse a las nuevas condiciones materiales. El derecho penal no es la excepción y de la mano con el desarrollo tecnológico y científico van apareciendo nuevas conductas que enfrentan la conceptualización que se desarrolla en esta materia.

Así las cosas, conceptos como el de bien jurídico, lesividad, y afectación mínima, se ven permeados por las relaciones materiales existentes en un contexto social dado. Aunado a este aspecto, las formas de conductas relevantes para el derecho penal se perfeccionan y adaptan a estas nuevas circunstancias. Es, por esta razón, que entre otras conductas, aparecen los fraudes colectivos. Estos, por su parecido con las estafas y defraudaciones comunes, han sido tratados por la jurisprudencia y doctrina tradicional como tales, asignándoles, entre otras cosas. Este tratamiento no ha agotado todas las afectaciones de éstas sobre el contexto socioeconómico existente y requiere una revisión en cuanto al bien jurídico que afectan y a sus características y peculiaridades que las separan de aquellos delitos.

El objetivo general de este trabajo es encontrar si existe alguna relación entre las acciones relevantes conocidas como fraudes colectivos y el bien jurídico orden económico del Estado, el cual engloba situaciones de hecho que afectan más intereses que el patrimonio de los afectados y parece ubicar a los fraudes colectivos en una esfera de afectación diferente a las defraudaciones señaladas.

Para esto se deben esclarecer las características de los delitos de defraudación de acuerdo con una Teoría General de la Estafa, lo cual tiene el

objetivo de establecer los parecidos de dichos delitos con los fraudes colectivos y sacar a la luz las semejanzas de estos con aquellos. Pero a su vez, esta caracterización sirve de soporte teórico para delimitar el tema en el tanto brinda un modelo del cual se pueden extraer diferencias.

En segundo lugar, se debe comparar lo anterior con las características propias de los fraudes colectivos, lo cual permite diferenciarlas de las que aparecen en la Teoría General de la Estafa. Esta diferenciación, a su vez, lleva a determinar si la conceptualización precedente agota los niveles de afectación de los fraudes colectivos o si se debe de buscar algún otro soporte conceptual que sirva para lograr caracterizar éstos.

Por último, se particulariza el bien jurídico orden económico del Estado, se extraen sus particularidades y se relacionan las mismas con los delitos de Fraude colectivo, lo anterior para determinar si existe alguna relación relevante entre éste y aquellas.

Luego de este análisis, se concluye, por un lado, que el bien jurídico patrimonio, tal y como se ha concebido, resulta de una intervención económica del Estado en la vida de los administrados. Así visto, es el legislador, quien por la poca significación que algunas acciones causan en este orden económico o por conveniencias de carácter político criminal, extrae de éste algunas acciones para someterlas al bien jurídico patrimonio. Este, precisamente, es el caso de las estafas comunes, sin embargo, como se ha dicho, debido a las características particulares de los fraudes colectivos, esto de ningún modo agota las posibilidades de afectación de estos delito. Así las cosas, se puede afirmar que debido a la afectación extensiva, la indeterminación de la totalidad de perjudicados y el perjuicio causado, se puede, en este caso, apelar a la relación género especie existente para partir hacia una nueva interpretación de estos delitos.

FICHA BIBLIOGRÁFICA

Jugo Madrigal, Warren Rodolfo. Fraudes colectivos mediante las sociedades mercantiles. Relaciones entre el bien jurídico orden económico del Estado y los fines político-criminales del Ordenamiento Jurídico costarricense. Tesis para obtener el grado de Licenciado en Derecho. Universidad de Costa Rica. San José, Costa Rica, 2013. XIV y 149.

Director: MSc. Federico Torrealba Navas.

Palabras Claves: Derecho Penal, Derecho Mercantil, Fraudes Colectivos, Delito de Masa, Orden Económico del Estado, Estafa.

INTRODUCCIÓN

El Derecho, como forma de legitimación de un proyecto de Estado, se inserta dentro de determinados contextos sociales, económicos, políticos y culturales. Esta inserción, mayoritariamente, se realiza en el marco de un ordenamiento jurídico positivo que plasma los valores deseables o las conductas que se buscan de los individuos, grupos o instituciones que conviven o pretenden hacerlo en el ordenamiento. Todos esos contextos que interactúan en la circunscripción del Ordenamiento recién descrito tienen una característica en común, a saber, son dinámicos debido a los constantes cambios sociales que se gestan dentro de una sociedad por las variantes, en la mayoría de los casos aleatorias, que se dan en las condiciones materiales de vida. Mientras tanto, el ordenamiento jurídico, por requerir ser positivo para brindar seguridad y confianza, es estático y responde siempre a los cambios en las condiciones materiales de manera tardía.

Es, precisamente, esta característica, que dicho sea de paso coloca al Derecho dentro de la superestructura social, lo que hace que sea un medio reactivo- y en algunos casos reaccionario- de las condiciones materiales que se desarrollan en un contexto histórico determinado. La revolución de la información, el desarrollo tecnológico, y la globalización, entre muchos otros factores, genera o permite que el cambio en las citadas condiciones materiales se vuelva vertiginoso, dejando al Derecho, en la mayoría de las ocasiones, sin reacción oportuna ante éstos. Cabe señalar que esto se da, generalmente, en todas las ramas del

Derecho, sin embargo, sus efectos más notorios se ven en el Derecho Penal.

Así, se observa, por ejemplo, que en temas como el de la criminalidad económica, los fraudes se hayan ido profesionalizando, y además dotándose de medios tecnológicos, logísticos y de información; idóneos para contactar a una masa la cual se convertirá en su próxima víctima y así obtener los fines que caracterizan dichos delitos. Al referirnos a la criminalidad económica es menester indicar que, además del bien jurídico lesionado en nuestro Código Penal cual es el patrimonio, se daña la confianza en el tráfico comercial de nuestra sociedad, de manera que ese mismo avance o apertura comercial se convierte en un campo apto para ser alterado por los delincuentes. Un caso específico de esto es la aparición de fraudes colectivos especializados que retan al ordenamiento jurídico en por lo menos dos frentes: primero, en la configuración de presupuestos y principios jurídico penales para enfrentar este tipo de criminalidad, que por sus características e impacto social genera la necesidad de establecer un aparato conceptual que le sea propio; y segundo, el hecho de que este tipo de fraudes, actualmente, se relaciona con Sociedades Mercantiles establecidas, en apariencia de manera legal, pero, que por sus mismas características, sirven para cometer este tipo de delitos.

Así vemos cómo la confianza en el tráfico comercial se vulnera de esa manera, pues si, por ejemplo, se advierte en las noticias locales o en las redes sociales de Internet las quejas de víctimas de la actividad ilícita de una sociedad anónima que utiliza su estructura y organización para hacerles creer a los clientes

que es una empresa confiable que brinda servicios turísticos y, por ende, vende paquetes vacacionales; cuando en realidad se aprovecha de la falta de conocimiento de la víctima en materia del disfrute y el uso de este tipo de servicio; se menoscaba la credibilidad en cualquier otra empresa que en realidad haya sido constituida legalmente para fines comerciales y que esté inscrita ante la Cámara Nacional de Turismo.

Respecto de esta situación, si bien, en la legislación penal se tipificó el delito de estafa en el artículo 216 que contempla elementos como la existencia del dolo por parte del sujeto activo, el ardid planeado para obtener un beneficio injusto y el daño patrimonial sufrido por el sujeto pasivo quien dispone de su patrimonio inducido en error, no se examinó la posibilidad de que tal acción se efectuara de una manera más perjudicial para la sociedad. Es así como el fraude colectivo encontró un portillo legal que le permitió avanzar en Costa Rica sigilosamente, pues el trato legal que se la ha dado en la jurisprudencia es el de la figura agravada de la estafa, que consta en el último párrafo del artículo mencionado, en donde se estipuló que la pena se elevará en un tercio cuando al sujeto activo sea apoderado o administrador de una empresa que obtiene sus recursos del ahorro público o por quien obtenga personalmente o mediante una entidad inscrita o no inscrita los recursos del ahorro público. De manera que se establece la posibilidad de responsabilizar penalmente a quien utilice una sociedad mercantil para estafar quedando a criterio del juez qué se debe considerar como ahorro público, o bien, efectuando un análisis de delito continuado. Pero parece no ser suficiente tal tipo ante las artimañas ideadas por los “delincuentes de cuello

blanco” que se esconden ante la discrecionalidad de las personas jurídicas.

Para desarrollar este trabajo de investigación, se cuenta como guía informativa el estudio de la figura del fraude colectivo que consta en el derecho comparado europeo, por ejemplo, en España a través de autores como Gerardo Landrove Díaz, José Sainz Cantero, entre otros. En Costa Rica se cuenta con la obra de la Dra Frezie María Jiménez, quien hace énfasis en la unidad de la acción ilícita que se confunde en varias acciones individualizables pero las cuales están unidas en el interés de lograr un objetivo en común que es el defraudar una colectividad.

El propósito de este trabajo, entonces, es efectuar un análisis de los fraudes colectivos relacionados con institutos mercantiles y determinar si hay ligamen entre éstos y la aparición y el éxito de dichos fraudes. Dicho de otra forma, el trabajo tiene dos objetivos principales, el primero de ellos de carácter descriptivo, consiste en detallar las características que poseen los fraudes colectivos en las sociedades mercantiles, el segundo, se aboca a determinar si existe alguna relación entre dichos fraudes y la manera como el ordenamiento jurídico costarricense regula el tema de la economía del Estado.

Capítulo 1

Los delitos de Fraude

I.1 Consideraciones preliminares sobre los delitos de fraude en general.

I.1.1 Aspectos introductorios

La investigación de la que se ocupa, actualmente, y de la que se trata este trabajo tiene como tema central el de la dinámica y el espectro de afectación de los fraudes colectivos. Es necesario, entonces, definir primero lo que constituye un fraude, cuáles son sus características esenciales y cómo se desarrolla modernamente en la realidad. Aquí y para lo que resta de la investigación se va a entender por fraude la aplicación de un engaño o ardid, que puede ser activo u omisivo, para la consecución de un beneficio patrimonial antijurídico, es decir, la definición de fraude se regirá o se equiparará (con fines de precisión) al delito de estafa, con las precisiones y diferencias que sean convenientes en su momento. Cabe señalar que con esta denominación de Fraude se identifica a varias acciones defraudatorias, sin embargo, como comparten la mayoría de elementos y tienen una conceptualización similar, se trabajará con el concepto de estafa hasta

donde sea posible. Esto no quiere decir que la identificación sea total, el punto de partida de este trabajo es averiguar si estas defraudaciones o estafas colectivas lesionan el orden económico del Estado, por lo que no sería coherente adaptar el estudio del bien jurídico al de la estafa simple o individual. No por esto se está señalando que se difiere de la tesis que sostiene que las estafas simples son delitos meramente patrimoniales, al contrario, se comparte plenamente la misma, sino, que por sus características especiales, vale la pena estudiar si en los fraudes colectivos (incluidas las estafas colectivas) se afecta el orden económico y por ello se deben clasificar e investigar como delitos económicos.

Dicho esto , en primera instancia, es indispensable determinar los factores históricos que determinan la aparición en la sociedad del fenómeno del fraude (o estafa), cuáles son los factores que hacen que esta conducta genere una tutela del Estado y las características propias que va generando la aparición de esta clase de delitos.

Luego se pasará a definir y delimitar los alcances de este delito y sus características, se le diferenciará, además de otras figuras que comparten ciertas aristas con la estafa y que resultan, ciertamente en una defraudación y un beneficio antijurídico para su agente activo y que por la misma razón pueden ser confundidas con las estafas o fraudes en sentido estricto.

Esta conceptualización es de particular importancia en este trabajo, ya que, posteriormente, a estas características peculiares de los fraudes en sentido

estricto, se le agregarán las particulares de los fraudes colectivos, lo que generará que se identifique y dimensiones de mejor manera el objeto de estudio.

I.1.2 Antecedentes históricos

Según el autor Francisco Castillo González " El delito de estafa tiene una larga historia que, en el derecho occidental, se remonta al derecho romano" ¹ Es, precisamente, que el recorrido histórico para entender la evolución del delito de estafa en los Ordenamientos Jurídicos de tradición continental en general y en el costarricense en específico, debe tener especial hincapié en Roma. Las elaboraciones fundadas por los romanos son fundamentales para la comprensión del fenómeno del fraude como delito, además de su tipificación y abordaje dentro del derecho continental.

I.1.2.1 Regulación en la Antigüedad

Sin embargo, el abordaje histórico de la estafa como fenómeno social se remonta más allá. Así, autores como Finzi, señalan: " El fraude no solo fue castigado por las leyes de Roma, sino también por otros varios derechos (sic),

¹ Castillo, González, Francisco (2001). El Delito de Estafa. Editorial Juricentro, 1 ed. Costa Rica. P.30.

algunos de los cuales pertenecen a la más remota antigüedad. Previeron disposiciones contra el fraude y distintos tipos de fraude, por ejemplo, la ley babilónica de Hammurabi (siglo XX a.d.J.C.), el Avesta persa, el Libro del Profeta Amós, el Corán, los Códigos de Manú y de Yajnavalkaya (conminación, a menudo, de castigos feroces, como en el caso del orfebre fraudulento, a quien se daba muerte mediante descuartizamiento con golpes de navaja) y las leyes de Atenas" ²

Dentro de estas leyes antiguas, y a manera de ejemplo, se citará la disposición de la Biblia en torno al tema de las defraudaciones en el libro de Amós, el cual viene a ser uno de los más descriptivos en torno al tema, en su capítulo 8, versículos 4, 5 y 6, Amós señala: " Oíd esto, los que pisotréáis a los necesitados y arruináis a los pobres de la tierra diciendo: 'Cuándo pasará la luna nueva, para que vendamos el trigo ; y el sábado, para que abramos los almacenes del trigo; para que reduzcamos el peso y aumentemos el precio, falsificando fraudulentamente las balanzas; para comprar a los pobres por dinero y a los necesitados por un par de zapatos; para que vendamos los desechos del trigo"³

Esta cita pone de relieve dos aspectos muy importantes, el primero de ellos es que el tema de la estafa y el fraude es de una antigüedad inmemorial, ya que no solo en Amós se trata del tema sino que en las leyes del Deuteronomio sobre la honestidad y en los Salmos y los Proverbios se indica sobre los fraudes con pesas

² Finzi, Conrado. La estafa y otros Fraudes. Citado por: Rojas Araya, Huber (1970). La estafa. Tesis para optar por el grado de Licenciado en Derecho, Universidad de Costa Rica. p2.

³ La Biblia. Libro de Amós.

y balanzas, lo cual es de particular importancia para nuestros efectos, ya que es de sobra sabida la influencia que tiene la Biblia sobre toda la producción cultural occidental. En segundo lugar, que este tema da una noticia acerca de los orígenes de las actuaciones fraudulentas en la cultura occidental: La mayoría de casos que documenta y describe la Biblia refieren a la defraudación mediante pesas y medidas falsas, lo que a la par de ofrecer el referente cultural de las relaciones sociales reinantes entre los judíos de ese tiempo, liga, como se señalará posteriormente, los casos de fraude al funcionamiento económico y sobre todo, comercial del estado de Israel. Si bien, no se dice mucho acerca de la pena o del castigo de ese tipo de acciones, sí se señala que este tipo de controversias se llevarán ante los jueces de las tribus y de ser hallada una persona culpable, se le podría castigar con cuarenta latigazos⁴.

I.1.2.2 Roma

Así se pasa inmediatamente a la elaboración romana. Lo primero que se debe de decir acerca de ésta es que la primera regulación de importancia acerca de las conductas de fraude aparece en la ley de las XII Tablas. Según los autores Francisco Castillo González y Huber Rojas Araya, la estafa era reducida al caso conocido como *vindiciam falsum tulit*, " que ocurría cuando alguien, por medio de un título falso, se hacía remitir la posesión de una cosas litigiosa o cuya posesión (sic) fuera controvertida"⁵.

⁴ La Biblia. Libro de Deuteronomio. 25;13.

⁵ Castillo, González, Francisco (2001). El Delito de Estafa. Editorial Juricentro, 1 ed. Costa Rica. P.31.

Esta elaboración resulta muy vaga y con poca precisión, por lo que posteriormente, se complementa con al menos otras tres formas de fraude tipificadas. Estas tres formas se recogían en la *lex Cornelia de falsis*, la cual, en un principio, sin embargo, "castigaba únicamente la falsificación de testamentos y de monedas de oro o de plata"⁶. Después de cierto tiempo, por métodos legislativos las defraudaciones se dividieron en las siguientes formas:

-*Crimen Furti*: Es una denominación amplísima, "cubría todas las lesiones a la propiedad, incluso las perpetradas mediante engaño"⁷, este tipo le daba primordial importancia al carácter patrimonial del daño, e incluía varios tipos de lesiones, no solo la estafa, sino también, otras lesiones patrimoniales en las que no existía fraude; dicho de otro modo, el elemento primordial en este tipo de delitos era el daño patrimonial sin importar tanto el medio por el cual se había llevado a cabo.

- *Crimen Falsi*: Resultado de la amplitud conceptual del primer tipo y de la indeterminación de la conducta fraudulenta, un grupo de leyes, senadoconsultos y constituciones diversas configuró esta clase de delitos, los cuales consistían en "la hechura de una cosa o la modificación de ella, de tal modo que adquiriera la apariencia de otra. Perteneían al *crimen falsi* casos de fraudes como el uso de

⁶ Íbidem.

⁷ Castillo (2001).Op.cit. p31.

falso nombre, la simulación de calidades personales con fines defraudatorios o la venta a diversas personas de la misma cosa"⁸. Se ha hablado hace poco de la indeterminación conceptual que se origina en la *lex Cornelia de falsis*. La creación de este segundo tipo no logra determinar mayormente la cuestión, según señala Finzi: " Esta gran variedad dificultaba la determinación de los elementos jurídicos que integraban el *crimen falsi*; en los casos más importantes y numerosos (falsedades monetarias, documentales, testamentarias), [el] objeto de la lesión era la fe pública; de ahí que el falsum deba considerarse un delito público. Otros casos solo tenían de común con la falsedad circunstancias no esenciales, pero en todos, el elemento objeto se encuentra en la modificación de la verdad- con la cual el delito se consuma- no siendo necesaria normalmente la obtención del resultado"⁹.

Esta clase de acciones clasificadas bajo la clase *crimen falsi*, introducen dos aspectos fundamentales para la investigación y que merecen que detenerse un momento a analizar. El primero de ellos tiene que ver con el origen sistemático del ligamen que existe entre las acciones defraudatorias con bienes jurídicos o intereses supraindividuales, el hecho de que se considere que una acción defraudatoria perjudique intereses que van más allá de lo individual introduce la polémica, que es fundamental en esta investigación, entre el bien jurídico patrimonio y otros bienes jurídicos que se ven lesionados con la estafa. Por el momento, se hará hincapié en que, al igual que los hebreos en la Biblia, los romanos comenzaron a darse cuenta de que este tipo de acciones trascienden la

⁸ Íbidem.

⁹ Finzi, Conrado. La estafa y otros Fraudes. Citado por: Rojas Araya, Huber (1970). La estafa.

esfera patrimonial del individuo y se insertan en intereses que tienen que ver con el funcionamiento de la economía.

En segundo lugar, y como complemento de lo anterior, los romanos visualizan que el perjuicio patrimonial no es el elemento principal en la configuración del delito de estafa o fraude, sino que el delito se consuma con la sola aplicación efectiva del engaño. Esto resta importancia al contenido patrimonial de esta clase de delitos y pone, una vez más en el tapete la polémica anteriormente señalada. Sin embargo, esto no debe de llamar a engaño, el elemento patrimonial si juega un papel importante en las defraudaciones, es una guía del fin del sujeto activo, lo que se dice en este acápite es que los romanos comienzan a prestar atención en la afectación a otros bienes jurídicos lesionados en las estafas conocidas en su contexto socio-histórico.

- *Stellionatus*: Producto de la elaboración conceptual de la clase de delitos de las defraudaciones, surge en la época imperial esta figura. En un principio denominada como *crimen extraordinarium stellionatus*, esta elaboración jurídica "es considerada como el antecedente histórico inmediato de la estafa moderna. [...] Por *crimen extraordinarium* se entendía un delito que, desarrollado por la doctrina y la jurisprudencia, carecía de una ley que lo definiera".¹⁰

Según el mismo Castillo, " el Derecho Romano consideró al *stellionatus* un

Tesis para optar por el grado de Licenciado en Derecho, Universidad de Costa Rica. p 4.

¹⁰ Castillo, González, Francisco (2003). El Delito de Estafa. Editorial Juricentro, 1 ed. Costa Rica.

delito subsidiario en doble sentido. Por un lado, involucraba todos aquellos engaños, destinados a obtener un beneficio patrimonial indebido, que no consistieran en un cambio o alteración de la cosa, para hacerla aparecer como otra y que en general, no pudieran ser subsumidos en otros tipos penales. [...] Por otro lado, el *stellionatus* era diferente al *fraus* civil, que carecía de connotaciones penales. Para distinguir, ambas conductas, los romanos utilizaron los conceptos de *dolum malum* y *dolum bonum*.¹¹

De acuerdo con esta delimitación, se encontraría, según Cuello Callón, con que " El digesto sanciona como casos de estelionato la enajenación a otro de la cosa disimulando la obligación existente, el empleo insidioso de locuciones obscuras en las negociaciones y contratos, vender la cosa ya vendida a otro, etc. y en general, se consideró como *stellionatus* todo género de improbidad no realizado de modo franco y manifiesto cuando no constituyera otro delito"¹²

Acerca de las conductas reguladas por este delito, se subraya su subsidiariedad y se dice acerca de ésta que la diferenciación con el fraude civil se deriva en la magnitud de la puesta en escena o ardid que despliega el sujeto activo y además en la gravedad del mismo. Esta diferenciación es también útil para los fines de esta investigación ya que se introduce en el análisis el tema de la magnitud del ardid o del engaño, y las posibilidades del autor de realizarlo, tema

P.33.

¹¹ *Ibidem*

¹² Cuello Callón Eugenio. Citado por: Rojas Araya, Huber (1970). La estafa. Tesis para optar por el grado de Licenciado en Derecho, Universidad de Costa Rica. p 4.

vital cuando se habla de estafas o fraudes supraindividuales, ya que como se dirá, la elaboración del ardid debe de ser lo suficientemente refinada, como para engañar a las múltiples personas que constituyen la masa de perjudicados.

De estas tres formas se derivan casi todas las figuras de fraude que se conocen, actualmente, en el Derecho Continental, y además introducen conceptos que pueden llegar a ser útiles para un adecuado estudio de éstas. Elementos como la supraindividualidad de las afectaciones, la puesta del elemento patrimonial en un plano que ya no es el principal y el prestar atención a elementos como el de la magnitud y la elaboración del ardid, constituyen un aporte interesante para el estudio y el análisis del fenómeno del fraude.

I.1.2.3 Edad Media:

Según Castillo en la obra supracitada, dada la elaboración teórica tan desarrollada que alcanzó la figura romana del *stellionatus*, no se dio un aporte significativo en cuanto a la estafa en la Edad Media. Mas bien, según el autor, se cometió un error conceptual serio: "los juristas medievales hicieron una confusión entre estafa y falsedad, que ocurrió (sic) porque consideraron que la falsedad era el simple medio de comisión de la estafa; por tanto, esta englobaba la falsedad y no era necesario separarlas. Esta confusión entre la estafa la falsedad perduró en el Derecho Penal Europeo hasta el siglo XIX." ¹³

Sin embargo, a pesar de esta confusión, se avanzó en el sentido de la elaboración conceptual de los elementos constitutivos de la estafa, acerca de este punto, Finzi ha dicho: "Los elementos jurídicos del *falsum* medieval, determinados con dificultad por la doctrina y objeto de muchas discusiones, eran el dolo, la modificación de la verdad y el daño ajeno."* Ya se comienza, por lo menos, con una sistematización de esa clase de delito, si bien, esa sistematización parte de la confusión anteriormente señalada.

Según Castillo, por otro lado, la labor de los glosadores y post-glosadores no contribuye en gran cosa al desarrollo conceptual del tema, ya que los autores del mismo " afirmaron un concepto genérico de *falsum* , que incluía los casos de estafa."¹⁴ Estos autores además, persistían en la confusión generada por sus antecesores y explicada anteriormente.

I.1.2.4 Delito de estafa en el siglo XVII y principios del siglo XIX.

Se llega con esta confusión hasta finales del siglo XIX, cuando se produce un cambio importante en la visión de la Estafa. A pesar de que la confusión se mantiene, se va delimitando conceptualmente ambos términos y se señala que "ambas figuras tienen una nota en común, que es el modo de comisión, pues en ambos delitos el hecho ilícito se produce por el ocultamiento de la verdad,

¹³ Castillo (2003) Op cit. p 34.

realizado mediante engaño; pero también reconoce que la estafa y la falsedad tienen un diferente objeto de protección: la primera, el patrimonio; la segunda, la fe pública"¹⁵, sin embargo, para Cucumus, "la separación entre el concepto de fraude y de el de falsedad, [consistía en] que el objeto del fraude no era, el patrimonio en sentido económico, sino la falsedad intelectual de la víctima; y que para la falsedad no era necesaria la producción de un daño, encontrándose el fundamento de su incriminación en la lesión a un derecho social, cual era la fe pública." ¹⁶Es importante señalar de este extracto, para los efectos del presente trabajo, que la defraudación puede afectar bienes jurídicos diversos del patrimonio de los afectados y trascender al mismo.

Según señala es de este modo que surge, conceptualmente, la división entre los delitos de falsedad y la estafa, la cual se hace, según se ha visto, a partir del interés protegido. Sin embargo, como persiste la confusión entre las falsedades y la estafa pura y simple, se busca un común, incluso dentro de lo que se podría llamar bienes jurídicos. Es decir, entre la afectación patrimonial que supone la estafa y la lesión a la fe pública que genera la falsedad, debe haber un intermedio que concilie estos conceptos similares. Este común lo aporta Feuerbach, quien propone que ambas acciones vulneran un supuesto derecho general a la verdad, el cual se formula negativamente como " el derecho de cada

¹⁴ Rojas Araya,(1970) Op. cit. p 5.

¹⁵ Castillo (2003). Op. Cit. p 37.

¹⁶ Rojas Araya (1970). Op. cit. p 6.

uno a que se omitan acciones engañosas en su contra"¹⁷

Además de esto, el mismo Feurbauch ahonda en la diferenciación del concepto, ya que es quien "parte de un concepto general, que es la falsedad, que cubre dos especies: el falso y la estafa. En el falso, la falsedad debe de entenderse como la modificación de una cosa en perjuicio de bienes ajenos y comprende la falsificación de mercaderías, la falsificación de cosas con determinada calidad asignada por ley (por ejemplo, metales preciosos) y la falsificación de documentos. La estafa ocurre cuando se dan las siguientes circunstancias: cambio doloso en los signos distintivos de una persona (por ejemplo, cambio de un niño por otro u ocultamiento del nombre), alteración o uso falso de una cosa que tiene las características de otra (por ejemplo, alteración de testamentos o sellos) o cuando se causa un perjuicio patrimonial por medio de declaraciones mentirosas o de acciones engañosas."¹⁸ Para los que creían en esta suerte de bien jurídico del derecho a la verdad, no se requería perjuicio económico, ya que bastaba con la alteración de las condiciones de la realidad para la consumación del delito. Esto como se verá posteriormente, choca con el concepto moderno de construcción del bien jurídico y con el Estado de Derecho, sin embargo, es importante el hecho de que estos tratadistas consideraban que mediante la estafa, puede haber afectaciones a bienes jurídicos supraindividuales. Al margen de este aporte, los autores de la época no logran salir de la confusión anteriormente mencionada. No es hasta los siglos XIX y XX que los juristas

¹⁷ Castillo (2003) Op.cit. p. 37.

¹⁸ Castillo (2003) Op.cit. p. 38.

terminan de separar no solo conceptualmente, sino en los cuerpos normativos, la estafa de la falsedad.

I.1.2.5 La estafa y el fraude en los siglos XIX y XX

I.1.2.5.1 Francia

Desde la tradición romana había otra confusión de alguna importancia: algunos jurisconsultos, tanto romanos como medievales, tenían la tendencia a confundir el hurto con la estafa. Esta confusión se plasmó en la legislación francesa del siglo XIX. Según Castillo, al referirse a la Ley Francesa de 1891: "esta ley confundió dolo penal con dolo civil, porque para configurar el delito bastaba que el autor hubiera abusado "con dolo" de la credulidad de otro y lo hubiere defraudado en su fortuna y porque los tribunales civiles podían reprimir el dolo penal, al conocer acciones por daños y perjuicios, pues podían remitir a los demandados a la justicia penal si, en su criterio habían incurrido en maniobras fraudulentas y engaños"¹⁹. Esta confusión perduró durante todo el período revolucionario, donde se intentó, mediante la jurisprudencia, separar los conceptos.

Con el Código de 1810, se trató de legislar taxativamente el delito de estafa. Este Código tuvo una importancia trascendental en la historia del Derecho

¹⁹ Castillo, González, Francisco (2001). El Delito de Estafa. Editorial Juricentro, 1 ed. Costa Rica. p.41-46.

Continental y fue utilizado como influencia en casi todas las codificaciones posteriores que se emitieron en casi todas las legislaciones romanistas.

Acerca de este artículo, es importante en este momento señalar que se incluye dentro de esta figura un medio de comisión del delito que consiste en utilizar maniobras engañosas para persuadir de la existencia de falsas empresas para lograr estafar. Este punto es primordial para este estudio, se ve desde acá que, desde ese momento, existe una protección que se extiende no solo a los intereses patrimoniales del defraudado, sino que también tiene matices de una intervención en el mercado y en el comercio. El concepto de empresa, en ese nacimiento del sistema capitalista, está íntimamente ligado con el mercado y el intercambio de bienes y servicios; en ese sentido, esta disposición establece un control que remite a la legislación mercantil dado que introduce un concepto de "empresa verdadera" en contraposición a la engañosa mencionada y además que se puede inferir el texto en cuestión que existe una serie de características que deben cumplir estas empresas para que las personas que las representan no incurran en el delito de estafa. Esta intervención estatal en la economía y en el mercado, de la cual se hablará posteriormente, parece no solo hacerse para proteger al estafado, ya que a este poco le importaría ser estafado por una empresa legítima o una falsa, sino que más bien, tiende a tutelar un concepto de empresa y una idea de mercado, por lo que se puede entresacar del texto de esta norma que la estafa por medio de empresas perjudica al mercado y al funcionamiento de las otras empresas.

Al margen de esto, según Castillo²⁰, la norma presentaba varios problemas:

- Al ser una enumeración taxativa de las ilicitudes, para cumplir con el principio de legalidad criminal, dejaba por fuera una serie de ilicitudes, lo cual generaba impunidad.

- No se establece un criterio seguro para garantizar si la simple mentira constituye el delito de Estafa.

Sin embargo, el gran aporte de esta codificación es la que tiene el mérito de haber separado a la estafa de otras falsedad y de comenzar a configurar el tipo penal tal y como es conocido actualmente. Como se dijo, este Código es influencia de la mayoría de la legislación de su época y es por ello que se parte de su regulación para el análisis de los tipos penales modernos en el Derecho Continental.

I.1.2.5.2 Alemania

La influencia del Código Francés de 1810 se prolongó a través del tiempo. A lo largo de esos años el principal aporte que se realiza en el derecho alemán tiene que ver con la definición del ardid como medio idóneo para la estafa, "así concebida [la estafa], tiene mayor claridad en la definición de conceptos y cierra discusiones que han agobiado innecesariamente a la doctrina, -por ejemplo, la definición de acción engañosa-, al mismo tiempo que clausura algunos de los grandes huecos en la represión de la estafa que se habían producido en nuestro

²⁰ Castillo (2003) Op. cit. p40

derecho."²¹ Cabe señalar acá, que el artículo 216 de nuestro Código penal, en el cual se regula la Estafa, está mayoritariamente basado en el Código Alemán.

I.1.2.5.3 España

También, la codificación penal española sufrió la influencia prolongada del Código Francés de 1810. Cabe señalar, desde luego, que los españoles ponen especial hincapié en diferenciar las estafas de los abusos de confianza. Así por ejemplo, en el Código Penal español de 1822 existe "un tipo básico del delito de estafa, es decir, una definición del concepto de estafa con sus elementos típicos: el engaño, un acto de disposición patrimonial y el consiguiente perjuicio."²² Es éste, entonces, un intento de sistematizar y delimitar el concepto de estafa. Posteriormente, y con algunas confusiones conceptuales, la estructura se mantiene en el Código de 1870 y la influencia del Código de 1810 se profundiza. Se establece, al igual que en el de 1810, la figura de la empresa que tanto llama la atención del cuerpo normativo francés. A su vez, salva la barrera de la taxatividad que enfrentaba el Código de 1810 ya que establece una figura abierta. Además, cabe agregar que la figura de este Código español de 1870 permeó la legislación argentina, desde donde se trasladó a Costa Rica.

²¹ Castillo (2003) Op. cit. p41.

²² Romero N., Gladys. (2007) Delito de estafa. Análisis de modernas conductas típicas de estafa. Nuevas formas de ardid o engaño. 2º Edición. Editorial Hammurabi. Madrid España. p 30.

I.1.2.6 Evolución del tipo penal en Costa Rica.

Una vez llegados a este punto, es importante resumir, de manera sucinta, la regulación que ha tenido la estafa a nivel nacional en sus diversas codificaciones. Como se mencionó antes, las primeras normativas penales estaban muy influenciadas por el derecho Penal argentino de la época, el cual copiaba en gran parte a los códigos españoles, estos a su vez, se basaban en el Código Penal de 1810. Asimismo, la reforma de 1989 al Código de 1970 en lo referente a Estafa, es inspirada en el Código Penal Alemán de 1871.

I.1.2.6.1 Código General del Estado de Costa Rica (1841, Conocido como Código de Carrillo)

Es bastante conocido que el Código General de Carrillo es el primer intento de codificación de la normativa nacional. Basado en el Código Napoleónico se divide en tres partes: Civil, Penal y Procesal. La parte penal del mismo rigió hasta el año 1880 y contenía el delito de Estafa en su artículo 637. El tipo estaba formulado de la siguiente manera: "Cualquiera que con algún artificio, engaño, superchería, práctica supersticiosa u otro embuste semejante, hubiere sonsacado a otro, dineros, efectos o escrituras, o le hubiere perjudicado de otra manera en sus bienes, sin alguna circunstancia que lo constituya verdadero ladrón, falsario o reo de delito especial, sufrirá la pena de reclusión por el tiempo de un mes a dos años y una multa de diez a cien pesos, sin perjuicio de la mayor pena que

merezca como ladrón, falsario o reo de otro delito, si justamente lo fuere. Si no tuviere con que pagar la multa, la pena será de tres meses a tres años de obras Públicas."²³

Se nota la formulación clásica española de la que se habló anteriormente en el sentido de que se establece la tríada engaño-disposición patrimonial-perjuicio. Además, aparece en este tipo penal la confusión con el hurto y otras figuras como el abuso de confianza, las cuales son heredadas de la normativa española y francesa.

I.1.2.6.2 Código Penal de 1880

La segunda normativa penal de nuestro país coincidió con la época histórica Liberal en Costa Rica. Consecuentemente con la escuela liberal que se instauró en el Gobierno, se comenzó a renovar la Normativa Estatal costarricense. Asimismo, ésta coincide con una época de consolidación del proyecto-nación costarricense, el cual quería desligarse de los modelos anteriores y reclamaba su diferencia.

Este Código entró en vigencia desde el 27 de abril de 1880 y fue redactado por el Profesor de Derecho de la Universidad de Santo Tomás, el Lic. Rafael Orozco, quien se inspiró en el Código Penal Español de 1870. El delito de Estafa

²³ Costa Rica (Autor Corporativo) (1848) Código General de la República de Costa Rica. Versión Digital Facilitada por la Biblioteca del Poder Judicial de Costa Rica. Artículo 637.

venía regulado en el artículo 841, el cual señala:

"Incurrirá en las penas del artículo anterior el que defraudare a otro usando de nombre fingido, atribuyéndose poder, influencia o créditos supuestos; aparentando bienes, crédito, comisión, empresa o negociación imaginarios, o valiéndose de cualquier otro engaño semejante"²⁴.

De este cuerpo normativo cabe destacar por lo menos dos aspectos. El primero es que las personas que elaboraron el Código se cuidaron bien de dejar supuestos de hecho fuera de la punición e incluyeron una fórmula general para salvar la taxatividad de la cual adolecían las codificaciones europeas en general.

El segundo aspecto que se va a tocar y el cual tiene gran importancia en este trabajo, es el énfasis que le da el legislador a las relaciones comerciales y al comercio dentro del delito de estafa. La mayoría de los supuestos contemplados en la lista que proporciona el tipo penal, proviene de los actos comerciales o sus derivados, lo que hace suponer, que la tipificación de la estafa y los fraudes similares a éstas incluye una tutela a la empresa y a la economía en general, lo que justifica, precisamente, el interés del legislador en incluir estos temas. Como se ve, se hacía una relación entre el delito de estafa y un cierto modo de ver el comercio y el cambio de bienes y servicios.

²⁴ Costa Rica (Autor Corporativo) (1880). Código Penal. Ejemplar digital Facilitado por la Biblioteca del Poder Judicial. Artículo 841.

I.1.2.6.3 Código Penal de 1918 (Código de Tinoco)

Producto del ascenso al poder de Federico Tinoco Granados, el Código Penal de 1918 tuvo corta vida, anulado por la polémica ley de Nulidades de 1920, contenía el delito de estafa en su artículo 360, y lo regulaba de la siguiente forma:

" Se infligirá prisión en sus grados primero a cuarto al que defraudare a otro con nombre supuesto, calidad simulada, falsos títulos, influencia mentido o abuso de confianza, o aparentamiento de bienes, crédito, comisión, empresa o negociación, o valiéndose de cualquier otro ardid o engaño, cuando la especie no tuviere señalada otra pena en el presente capítulo"²⁵

Como se puede ver, existen muchos supuestos en los cuales el agente puede incurrir en el delito de estafa, imitando así el modelo argentino del que se ha hablado anteriormente. Asimismo, cabe señalar que se mantiene la confusión que se daba en los anteriores cuerpos normativos, ya que entre el ardid se mete el abuso de confianza y el ocultamiento de situaciones.

I.1.2.6.3 Código Penal de 1924

El Código Penal de 1924 es conocido como el Código de Astúa, dado que

²⁵ Serrano Baby, William (1997) Estafa Colectiva: un aporte a la luz del Ordenamiento Jurídico Costarricense. Tesis para optar por el grado de Doctor en Derecho. p13.

en su elaboración participó el conocido abogado José Astúa Aguilar. Se inspiró en la legislación argentina de 1922 y entró en vigencia el 1º de julio de 1924. El delito de estafa se regulaba en los artículos 382 y 383, los cuales se transcribirán a continuación:

"Artículo 382- Será castigado por estafa mayor, con prisión en sus grados primero y tercero, el que defraudare a otro con un nombre supuesto, calidad simulada, falsos títulos, influencia mentida o abuso de confianza, o aparentando bienes, crédito, empresa o negociación; o valiéndose de cualquier otro ardid o engaño, cuando la especie no tenga señalada otra pena en el presente capítulo y el perjuicio respectivo no sea de más de veinticinco colones."²⁶

El artículo 283 señala casos especiales de defraudaciones y se tipifican las siguientes acciones: 1) Defraudar en la sustancia, calidad o cantidad de las cosas que entregue; 2) El que niegue haber recibido o se niegue a restituir una cosa que recibió; 3) El que haga, con engaño, suscribir a otro un documento en el cual se renuncie a un derecho; 4) El que se sirva de una firma en blanco, para elaborar un documento perjudicial al firmante; 5) El dueño que despoje de una cosa a su poseedor legítimo.

Como se puede ver en este extracto, se entiende por defraudaciones acciones tan disímiles como las estafas comunes, las retenciones indebidas y las

²⁶ Costa Rica (Autor Corporativo) Código Penal de 1924. Citado por Rojas Araya (1970). Op. cit. p 27.

falsedades de diversos tipos, lo que complica el panorama de aplicación de la norma. Sin embargo, a su vez, esta normativa, al tipificar dichas acciones, hace evidente la necesidad de tipos penales especiales, lo que origina, aunque posteriormente, que se configuren tipos penales derivados de éstas.

I.1.2.6.4. Código Penal de 1941.

La legislación penal de 1941 regula el delito de estafa de forma casi idéntica a la que aparecía en Código Penal Argentino vigente para la época. Asimismo, mantiene la confusión entre la estafa y otras defraudaciones que se dio en el Código de 1924. Esta confusión se traducía en la equiparación de penas y de sanciones, las cuales eran compartidas por todos los supuestos de defraudación.

En este Código era el artículo 281 el que regulaba la estafa y en su texto decía así: "El que defraudare a otro con nombre supuesto, calidad simulada, falsos títulos profesionales, influencia mentido o abuso de confianza, o atribuyéndose poder o aparentando bienes, crédito, comisión, empresa o negociación, o valiéndose de cualquier otro ardid, engaño o timo, será reprimido..."²⁷ Como se puede ver, el parecido con su predecesor es bastante grande, por lo que todo lo dicho para éste, aplica también en este caso, se continúa como se dijo, la confusión entre la estafa y otros tipos de defraudaciones.

²⁷ Costa Rica (Autor Corporativo) Código Penal de 1941. Citado por Rojas Araya (1970). Op. cit. p 158.

I.1.2.7 Código penal de 1970.

Durante la Administración de José Figueres Ferrer, se da el Código de 1970, en el cual la regulación de la estafa se depura y cambia grandemente el concepto. En primera instancia, la regulación quedó de la siguiente manera: "Será reprimido con prisión de seis meses a diez años, el que, induciendo a una persona en error por medio de artificios o engaños obtenga para sí o para un tercero un provecho patrimonial con perjuicio de otro"²⁸

Posteriormente y por medio de una serie de reformas en las décadas de los 80 y 90, el tipo finalmente tomó esta forma: "ARTÍCULO 216.- Quien induciendo a error a otra persona o manteniéndola en él, por medio de la simulación de hechos falsos o por medio de la deformación o el ocultamiento de hechos verdaderos, utilizándolos para obtener un beneficio patrimonial antijurídico para sí o para un tercero, lesione el patrimonio ajeno, será sancionado en la siguiente forma:

1.-Con prisión de dos meses a tres años, si el monto de lo defraudado no excediere de diez veces el salario base.

2.- Con prisión de seis meses a diez años, si el monto de lo defraudado excediere de diez veces el salario base.

Las penas precedentes se elevarán en un tercio cuando los hechos señalados los realice quien sea apoderado o administrador de una empresa que obtenga, total o parcialmente, sus recursos del ahorro del público, o por quien, personalmente o por medio de una entidad inscrita o no inscrita, de cualquier

naturaleza, haya obtenido sus recursos, total o parcialmente del ahorro del público"²⁹.

Para el autor Serrano Baby, "el gran paso que se da, es eliminar la ejemplificación de los medios engañosos, ya que se llega a la conclusión que esta técnica jurídica no logra su objetivo, al contrario, dificulta la labor judicial cuando se presentan novedosas clases de Fraude."³⁰

I.1.2.8 Conclusión

Como se ha señalado en este breve análisis histórico del tipo de estafa, en la configuración de este delito han abundado las confusiones conceptuales con otros delitos como el hurto, con situaciones civiles como el abuso de confianza, y con otras defraudaciones como las falsedades y el estelionato. Pero, sin embargo, entre todas estas confusiones, se destaca el hecho de que, si bien, desde un principio se tenía claro que la estafa tiene un elemento de carácter patrimonial, los legisladores, a través de la historia, detectaron una arista social a estas defraudaciones y la asociaron, dependiendo de las características, a bienes jurídicos colectivos, tales como la buena fe en los negocios, la fe pública e incluso un derecho a la verdad. Esto es fundamental para este trabajo. Se trasluce de esta

²⁸ Serrano Baby.(1997) Op. cit. p37.

²⁹ Costa Rica (Autor Corporativo) (1970) Código Penal. Código penal.

http://disp04/scij/busqueda/normativa/normas/nrm_repartidor.asp?param1=NRTC&nValor1=1&nValor2=5027&nValor3=90233&strTipM=TC..

³⁰ Serrano Baby (1997) Op. cit. p 39.

información, que históricamente ha existido la preocupación en los legisladores acerca de la trascendencia de las defraudaciones hacia campos colectivos de la vida social. Con esta idea fundamental comienza el análisis del tipo penal de la estafa y de sus características.

I.2 Análisis de tipo

I.2.1 Elementos objetivos

1.2.1.1 El Ardid o engaño

I.2.1.1.1 Concepto

Según el Código Penal en su artículo 216, el engaño o acción engañosa consiste en "la simulación de hechos falsos", "la deformación de hechos verdaderos" o "el ocultamiento de hechos verdaderos". Acerca de esto, el autor Francisco Castillo precisa: "El autor simula un hecho falso cuando lleva a conocimiento de otro un hecho inexistente como existente, deforma un hecho verdadero cuando le falsifica al ofendido el cuadro total del hecho, sea mediante la adición o la supresión de sus particulares individuales y oculta un hecho verdadero cuando sustrae del conocimiento del ofendido determinada circunstancia o particularidad respecto a una situación o persona."³¹

³¹ Castillo González (2003). El Delito de Estafa. Op. cit. p 85.

1.2.1.1.2 Características

Esta acción engañosa, además puede recaer sobre al autor o el objeto de las circunstancias fácticas que se quieren alterar, es sobre el *objeto* cuando tienen relación con "la sustancia, calidad o cantidad de las cosas"³² o sobre el sujeto cuando el autor engaña sobre condiciones personales como su nombre, sus calidades o sus condiciones financieras.

Ahora bien, se puede afirmar que esta acción engañosa es una deformación o manipulación de circunstancias fácticas, capaces de causar una manipulación de la realidad de tal calibre que lleven a pensar al destinatario de la acción que el cuadro de hechos que se le está presentando es real. Dicho de otra forma, esta acción engañosa o ardid debe ser apta para producir los efectos esperados por el sujeto activo. Esto requiere una cierta elaboración y logística, más o menos complicada, según el objetivo del agente. Esta aptitud que tiene esta acción engañosa de hacer incurrir en error al objetivo, depende de la elaboración de la puesta en escena de los hechos que se quieren hacer creer.

Cabe destacar que el objeto sobre el que recae la acción engañosa deben ser hechos. Se puede entender por hechos " acontecimientos, acciones, estados, relaciones del presente o del pasado, que ocurren u ocurrieron en la realidad, que

³² Romero N., Gladys. (2007) Delito de estafa. Análisis de modernas conductas típicas de estafa. Nuevas formas de ardid o engaño. 2º Edición. Editorial Hammurabi. Madrid España. p 110.

son perceptibles por los sentidos y, por ende, son susceptibles de ser sometidos a un proceso probatorio"³³ o también, dicho de una manera más simple: "Hecho es todo aquello susceptible de ser conocido"³⁴. Estas experiencias sensoriales pueden ser referidas a seres humanos, animales o entes de ficción, como, por ejemplo, gravámenes y derechos. Así, si se malinforma acerca de la no existencia de una hipoteca, ésta constituye un referente y el objeto de la acción engañosa es ocultar su existencia.

El autor Castillo afirma que ese objeto no puede versar sobre juicios de valor, opiniones o incluso creencias. Sin embargo, existen ejemplos en los que se ha determinado que existe un engaño basado en juicios de valor sobre hechos reales, por ejemplo, "el caso de información falaz de un abogado a su cliente en que valoró la situación de 'muy grave' ocultando datos como que las reclamaciones podían estar canceladas, y de esta manera consiguió la entrega de varias sumas de dinero para comenzar el caso."³⁵ Como se ve, se puede usar esta acción engañosa para emitir juicios de valor alarmantes acerca de algún estado de cosas para crear un efecto psicológico tal en el afectado que termine por disponer de su patrimonio. Esta tesis está reforzada por el hecho de que existen relaciones sociales en las cuales los juicios de valor son reforzados por la posición que ocupa una persona en la misma, por ejemplo, el trato entre un abogado y su cliente.

³³ Castillo González (2001) Op. cit. p 83.

³⁴ Romero (2007) Op. cit. p167.

³⁵ Romero (2007) Op. cit. p 113.

I.2.1.1.3 Modalidades

Según la autora Romero: "El engaño puede manifestarse de diversas formas:

- a) De manera expresa.- Es decir, que el sujeto, mediante una declaración de voluntad verbal o escrita, realiza *explícitamente* una aserción con las características del engaño.
- b) De manera concluyente.- Por acción concluyente se entiende una acción positiva- 'un determinado hacer positivo, el cual admite una declaración determinada'- [...] Ejemplo de acción concluyente es el caso del que entra al restaurant dando a entender que puede y quiere pagar, come y luego no paga.
- c) Finalmente, se discute en la doctrina si el engaño en la estafa se puede ejecutar a través de una forma omisiva."³⁶

Para Castillo, sin embargo, la estafa es también un delito de resultado, por lo cual consecuentemente, puede cometerse por omisión. Establece que: "la doctrina dominante parte del principio de que la estafa se puede cometer por acción y por omisión impropia (comisión por omisión). "³⁷ Esto implica, que el callar una circunstancia relevante, de la cual, además se tiene el deber jurídico de informar, se estaría realizando la acción engañosa que requiere el tipo penal.

³⁶ Romero (2007) Op. cit. p 121.

³⁷ Castillo González (2003) Op cit. p 100.

1.2.2 El Error

1.2.2.1 Concepto

El error es el segundo elemento objetivo de la estafa. Es definido corrientemente como una representación mental contraria a la realidad o que no responde a ésta. Para nuestros efectos "el error sólo tendrá relevancia típica si es resultado de una acción engañosa. En efecto, el error para que sea relevante, debe haber sido causado por el engaño y motivar la disposición patrimonial."³⁸ Esta representación falsa, también, debe ser lo suficientemente relevante para que provoque, por sí misma la disposición patrimonial, una falsa representación que no influya en el negocio o que no afecte su carácter económico, no cuenta como acción engañosa ni como error relevante. Por ejemplo, un vendedor de seguros que afirme ser de Colombia, pero en realidad es de los Estados Unidos.

Como se señaló anteriormente, debe de haber una relación causal entre el engaño o la acción engañosa y el error cometido por el ofendido. Así las cosas, se debe de evaluar la puesta en escena engañosa y la aptitud de ésta para producir el error en el perjudicado. Teorías como la de la imputación objetiva, promovida por Roxin, señalan, que además de esa aptitud de la acción engañosa para inducir a error al perjudicado, se debe de comprobar que "dicha acción ha creado un peligro jurídicamente desaprobado que se ha materializado en el resultado típico[...] De acuerdo con esta fórmula, es imprescindible, en primer lugar,

comprobar el modo en que se ha producido realmente el resultado jurídicamente relevante."³⁹

I.2.2.2 Contenido

Según la autora Gladys Romero, existe una relación de causalidad entre engaño y error, la cual presupone que el engaño, como se mencionó, debe producir directamente el error, o ser determinante para que se de. Dentro de esta concepción, la autora enmarca algunas de las posibilidades de que se de el engaño. Serían formas válidas de que se produzca la señalada causalidad. Se hará referencia brevemente a cada una de ellas:

a- Imputación objetiva: en este presupuesto, se debe de partir de que solo puede ser imputable de manera objetiva una acción humana "cuando dicha acción ha creado un peligro jurídicamente desaprobado que se ha materializado en el resultado típico, o lo ha aumentado"* Esto genera que en la comprobación de los hechos para delimitar la acción y el error, ésta debe ser fundamental para que se produzca aquel, e idónea, a su vez, para que el error genere la disposición patrimonial lesiva.

b- Negligencia de la Víctima: uno de los puntos que más ha causado polémica entre los juristas es el de determinar, si en caso de ciertas estafas, la

³⁸ Romero (2007) Op. cit. p161.

³⁹ Romero (2007) Op cit. p167.

negligencia y el descuido de las víctimas se vuelven determinantes para que el agente consiga su fin antijurídico. Entonces se concluye que el error debe emanar directamente de la acción del agente y no debe mediar (una vez más, de manera determinante) la torpeza o negligencia de la víctima en la disposición patrimonial.

c- Incapacidad de la Víctima: existe una necesidad de que haya capacidad en el sujeto pasivo para que se configure la estafa. Como explica la autora: "La producción de un error en un sujeto pasivo, supone la posibilidad psíquica de que dicho sujeto pueda tener también una noción correcta sobre el objeto de que se trata. De esta posibilidad carecen los incapaces y los inconscientes en grado tal que les impida actuar con discernimiento y libertad."⁴⁰ La diferencia de este punto con el anterior redundaría en que la impericia o inexperiencia del sujeto pasivo no es una condición psíquica, sino más bien, empírica, por lo que, si bien el sujeto puede tener una capacidad de discernimiento, no la utiliza dado que su torpeza se lo impide. En la incapacidad, es una condición que afecta el psique la que impide que el sujeto pasivo o afectado se percate de la falsedad de la acción, lo que impide, *per se*, que sea ésta la que genere un error y la posterior disposición.

d- Disposición patrimonial con conocimiento del sujeto pasivo: esto se da en el caso de que el sujeto pasivo se entere de que la acción realizada por el agente se basa en alguna falsedad y que su objetivo es defraudarle y aún así, por cualquier motivo, decide hacer la disposición patrimonial. No hay mucho que

⁴⁰ Romero (2007) Op cit. p171.

hablar a este respecto ya que una acción de este tipo no llena las características necesarias para pasar el escollo de la tipicidad.

e- Sujeto pasivo que sabe del engaño y actúa como agente provocador: Igual que en el caso anterior, se tiene un sujeto pasivo que conoce de la determinación defraudatoria del agente. La diferencia es que éste actúa como si no supiera del mismo, de modo que sirve para hacer caer a más personas en error. En este caso, se debe de valorar si el sujeto que así actúa tiene dominio funcional del hecho y si las funciones delictivas son distribuidas de tal modo que éste sea parte del plan de ejecución criminal del sujeto que defrauda. Sólo en este caso se podría decir que estas acciones son punibles.

f- Existencia de aparatos mecánicos: acerca de este tema la autora señala: "En los supuestos de manipulaciones en una máquina automática introduciendo monedas falsas u objetos similares para obtener un artículo, no se puede decir que dicha manipulación pueda constituir estafa, porque de esa manera no puede lograrse una mente errada"⁴¹ En tales supuestos, según la autora no habrá estafa sino hurto. Es decir, no se puede engañar o causar error en una máquina, no se puede hablar de estafa en ese caso. Sin embargo, como mas adelante se mencionará, si bien estas acciones no son punibles como estafa en sentido estricto, sí pueden constituir defraudación. Hay que hacer otra salvedad: En el caso de los contratos de servicios que se regulen mediante un medidor, el cual

⁴¹ Romero (2007) Op cit. p189.

debe ser interpretado, estos manejos sí constituyen estafa, ya que el error no se causa en el aparato mismo, sino en la persona que interpreta o lee sus resultados y es producto además, de una modificación causada por el agente para tal fin.

1.2.3 El Acto dispositivo patrimonial

El objetivo final del agente en la estafa es que el sujeto pasivo, cayendo en el engaño o ardid planeado, disponga perjudicialmente de su patrimonio y que este acto dispositivo beneficie al sujeto activo o a un tercero. Para Castillo, éste es "un actuar, un tolerar o un omitir del engañado, que causa, de manera inmediata, una disminución patrimonial, perjudicial para sí mismo o para un tercero"⁴². Para Gladys Romero, por otro lado, "se entiende por acto de disposición patrimonial, el acto de afectación del patrimonio, ya sea éste un hecho que haga o no a la conservación de aquel [...] consiste en disponer la víctima de la cosa como consecuencia del error en que ha sido inducida por el autor, en provecho de éste". En el caso de que se afecte el patrimonio de un tercero, debe ser por medio de acto de una persona autorizada para realizar dicho acto dispositivo.

1.2.3.1 Formas de disposición

a- Por omisión: de acuerdo con lo que se dijo anteriormente, un omitir de un engañado puede degenerar en la conducta que produzca una disposición

⁴² Castillo González (2003) Op. cit. p 156.

patrimonial que configure el delito de estafa. Por ejemplo, una persona puede ser llevada a creer, por medio de un actuar engañoso de su deudor, que no debe de cobrar un crédito que le pertenece, con lo cual dispondría de manera negativa del mismo y se configuraría la estafa.

b- Acto dispositivo mediante comportamiento activo: es el más común y el más fácil de determinar. Consiste en la disposición patrimonial por medio de un acto (i.e. entrega pura y simple de la cosa), negocio jurídico (v.g. la firma de un contrato), acto administrativo (por ejemplo, un proceso licitatorio) o un acto de imperio (una resolución judicial).

c- Acto dispositivo mediante tolerancia: "Un acto dispositivo mediante tolerancia ocurre cuando, a consecuencia del engaño y del error, el ofendido da su acuerdo (expreso o tácito) para que el autor de la estafa tome la cosa y se la lleve. En este caso, el engañado, a consecuencia del error no impide la disminución patrimonial."⁴³ Por ejemplo, el vigilante del parqueo, que, engañado por el agente sobre su calidad de propietario de un vehículo, entrega la llave a éste y deja salir el vehículo".

I.3 Conclusión. El Fraude y la Estafa

Como se mencionó al principio de este capítulo, se toma como base la figura de la estafa para analizar los fraudes colectivos en su conjunto, se debe de

⁴³ Castillo González (2003) Op. cit. p 161.

tener claro, como objeto de estudio, el mejor parámetro para analizar los Fraudes Colectivos, es la figura de la Estafa. En su mayor parte, los fraudes colectivos, coinciden, en sus aspectos principales, con la figura de la estafa.

Es, por esta razón, que se utiliza como insumo básico para esta investigación la Teoría General de la Estafa, la cual sirve para entender, de manera estructural únicamente, cómo funcionan los fraudes colectivos. Sin embargo, como se verá más adelante, esta estructuralidad común entre fraudes colectivos y estafas comunes, se disgrega dado que los primeros tienen características especiales que los hacen diferentes de los fraudes comunes. Todo esto se apreciará en el siguiente acápite.

Con el fin de aclarar los posibles choques conceptuales en cuanto al bien jurídico y al principio de legalidad, lleva a decir que la estafa se utiliza aquí para definir las características generales de los delitos de fraude colectivo. No se pretende afirmar en este sentido que el análisis de estos deba reducirse al de la estafa tradicional, sino la propuesta se aboca a determinar si existe algo más que el bien jurídico patrimonio en la investigación y el estudio de los fraudes colectivos y de ser así, cuál es la importancia de éste en los fines político-criminales y de tutela del Estado de Derecho.

Capítulo II.: Fraudes Colectivos

2.1 Introducción

Se llega en este punto a establecer el objeto principal de estudio de esta investigación. Del análisis y la delimitación conceptual de esta parte depende el desarrollo de las hipótesis que llevarán a las conclusiones relevantes y las aplicaciones prácticas de este trabajo. Es por esto que el soporte teórico-dogmático que se ofrece en este capítulo debe ser abordado con especial cuidado ya que de él depende el adecuado entendimiento de la evolución e inserción en la sociedad de los llamados “fraudes colectivos” y además de los métodos más comunes por los cuales estos se materializan.

Dicho esto y con el aporte histórico- metodológico brindado en el capítulo anterior se arrancará con la definición conceptual de “fraude colectivo”, delimitando el concepto con fines investigativos y, a la vez, realizando precisiones conceptuales cuando sea necesario. Se arranca diciendo, entonces, que el concepto de “fraude colectivo” puede ser interpretado de diversas maneras – de las cuales se señalarán, más adelante, las principales- pero, con afán de claridad en la investigación y siguiendo parámetros investigativos que dan orden y estructura al trabajo, se ha elegido partir de un significado más o menos estricto, el cual sirve más a los propósitos de este trabajo. Con esta conceptualización,

arranca este capítulo.

II.2 Concepto Fraude Colectivo.

II.2.1- De los delitos de Masa.

El primer aspecto que cobra relevancia cuando se habla de fraude colectivo es el concepto de delito de masa, esto quiere decir que existe, en esta clase delitos, un grupo de personas, denominado masas, que tiene características muy particulares, ya que, a pesar de que la misma está compuesta de personas, que sufren las consecuencias de la acción delictiva individualmente: “llega a convertirse en una unidad, que se abstrae de sus integrantes, obteniendo una serie de parámetros generales y comunes que vienen a definirla en una sociedad.”⁴⁴ Cabe señalar que esta “masa”, entendida como grupo de individuos, presupone, para este tipo de delitos, que estos individuos, comparten una serie de gustos, intereses o preferencias, lo cual los homogeniza, por decirlo de alguna forma y además tiende a guiar el procedimiento de los sujetos activos de los delitos quienes aprovechan estos intereses y/o gustos comunes para desarrollar su modo de operar.

44 Jiménez Bolaños, Friez María (2003) Los Fraudes Colectivos. 1º Edición. San José, Costa Rica: Editorial Juricentro. p.9

En este punto, cabe señalar que, a pesar de esta unidad de intereses, gustos u objetivos, no se debe pensar que en la “masa” como un colectivo organizado- como por ejemplo, un club, un grupo de teatro o una sociedad mercantil-, un grupo de interés en sentido económico⁴⁵ , o una colectividad legal como un concurso de acreedores o la masa hereditaria en un proceso sucesorio. Si bien, los grupos señalados, también, comparten intereses de diversos tipos, y además, también pueden ser sujetos pasivos de fraude, es el mismo ordenamiento jurídico el que agrupa a los individuos que forman el grupo dentro de una misma personería, lo cual hace que los sujetos, perfectamente individualizables en otros aspectos de su actuación jurídica, no lo sean en cuanto pertenecen a esa colectividad. Sin embargo, es necesario puntualizar que estas colectividades sí pueden formar parte de una “masa”, pero en el caso de que lo sean, se toman en cuenta como un solo individuo.

Según el autor Gerardo Landrove Díaz, para que se configure un delito de masa, se necesitan varios presupuestos, éstos son una guía para determinar cuando una masa es lo suficientemente identificable para convertirse en sujeto pasivo del delito. Dichos requisitos son los siguientes:

" A) *La unidad de plan criminal*: [...] constituye el más trascendente requisito al diferenciar el delito de masa de los casos de concurso y justificar, en definitiva,

⁴⁵ Se entiende grupo de interés, mercantil a " todos aquellos grupos que se ven afectados directa o indirectamente por el desarrollo de la actividad empresarial, y por lo tanto, también tienen la capacidad de afectar directa o indirectamente el desarrollo de éstas." Así en; http://www.ifef.es/portalempleo/rsocial/grupos_interes_rse.php

el tratamiento específico. Se trata de un designio defraudatorio único que se orienta a obtener un lucro económico global y unitario, integrado por la suma de las cantidades en que resulten perjudicadas una generalidad de personas, cuyas individualidades no interesan al sujeto activo. En el terreno probatorio, las peculiaridades de la "puesta en escena" pondrán de manifiesto que el sujeto se ha propuesto operar sobre una masa de personas. Las distintas defraudaciones deben ser abarcadas por un mismo plan criminal, sin que rompa esta unidad la entidad de tiempo transcurrido entre éstas.

B) *El presupuesto material*: supone una pluralidad de acciones o una sola acción, desarrollada en varios actos distintos, pero en ambos casos con una idéntica resolución criminal que abarque las sucesivas actuaciones.

C) *La unidad del precepto penal violado*: ligada a la unidad de designio antes mencionada, justifica la apreciación de un solo delito. Las distintas acciones o los diversos actos han de ser, aisladamente considerados, constitutivos del mismo delito. Unidad que no se rompe por la posible subsunción de parte de las acciones en el tipo básico y del resto en tipos cualificados.

D) *El sujeto pasivo masa es el destinatario de la maquinación engañosa*: Colectividad humana que el agente contempla como un grupo, como una unidad, diferenciada de los individuos que la integran. La masa- así concebida- es el sujeto pasivo del fraude colectivo, y no cada una de los sujetos que la constituyen, a los que se atribuye el carácter de perjudicados. [...] es esencial al respecto la

ausencia de vínculos jurídicos entre los individuos que componen la masa; su existencia determinaría la destipificación de los supuestos examinados y la entrada en juego de otras figuras penales" ⁴⁶

En cuanto al primer requisito, es claro que para tener un delito de masa, es necesario que exista un plan criminal que unifique e identifique- por las características comunes que poseen- a los sujetos que van a ser defraudados, con el objeto de que estos constituyan un grupo, si bien, amorfo e indeterminado en la mayoría de los casos, pero de todos modos propicio para ejercer la actividad delictiva. Es importante señalar, en este punto, que es fundamental que esta masa tenga algún punto en común, ya que como se señaló anteriormente, la puesta en escena debe aprovechar estos elementos para ser igualmente convincente para todos los sujetos perjudicados; es decir, que no solo se requiere que el conjunto de individuos, en principio dispar, pueda ser identificable por uno o varios puntos en común, sino que además estos puntos en común tomen tal relevancia que sean la base del ardid que se utiliza en la posterior defraudación.

En segundo lugar, es evidente que en cuanto a la resolución criminal, ésta debe ser la misma aún cuando haya una diversidad de actos defraudatorios o cuando la acción delictiva se concentre en un acto. Esto es fundamental, ya que no es necesario, de ningún modo, que todas las defraudaciones se den en el mismo evento, es decir, que la puesta en escena sea una sola, sino que pueden

⁴⁶ Landrove Díaz, Gerardo (1978). Los Fraudes Colectivos, primer Edición, Barcelona, España. p. 45

ser distintos eventos en el transcurso de un período determinado. Tampoco es preciso que dicho ardid sea idéntico en las diversas oportunidades en que se presenta, basta con que cuente con características similares y que, a efectos de diferenciar la masa, se halle dirigido a explotar los mismos puntos en común de las personas.

Luego, en cuanto al tercer requisito, es importantísimo que los actos defraudatorios, aunque sean efectuados en etapas temporales diversas, se puedan tipificar dentro del mismo tipo penal, es decir, que a la hora de establecer un análisis de tipo dentro de las causas de cada uno de los perjudicados se llegue a la conclusión de que no existen concursos que excluyan el delito por el cual la masa se haya perjudicada. Por ejemplo, si el ardid se da de manera similar, se produce la defraudación, pero los bienes defraudados en alguno de los casos son demaniales o se encuentran fuera del comercio, no se puede encajar la conducta en el mismo tipo penal aunque sean los mismos hechos.

Por último, y como detalle más evidente, es necesario que el actuar delictivo y engañoso se dirija hacia una colectividad de personas. Esta colectividad, como se dijo, es amorfa e indeterminada en cuanto a su constitución, pero es homogeneizada por dos factores principales: el primero de ellos es que creen el ardid por tener intereses relativamente similares, lo cual tiene que ver con el diseño del ardid mismo, el cual se encamina, precisamente a defraudar a las personas con esos intereses y segundo, porque esta maquinación delictiva tiene como fin obtener ganancias ilegítimas causando perjuicio a los sujetos

defraudados. Esto hace que en el caso de los delitos colectivos de masa, el ofendido sea la masa misma, y cada uno de los sujetos sea tomado solamente como perjudicado, o lo que es lo mismo, que en esta clase de delitos la individualidad de las personas víctimas se difumina para dar paso a una entidad que, a su vez, los acoge y aumenta la responsabilidad del agente y la reprochabilidad ante sus acciones.

Es claro, entonces, que en esta clase de delitos, la víctima seleccionada por el agente no es, ni mucho menos determinada, sino que al contrario, el sujeto activo elige la característica común- o características comunes- y a partir de ahí elabora su ardid. Esto es fundamental cuando se trata de determinar el sujeto pasivo de estos delitos, ya que el perjudicado individual no interesa al agente, sino que la víctima puede ser cualquiera que comparta los intereses seleccionados para elaborar el ardid. Es decir, el agente elige el ardid, no las víctimas. Sin embargo, ya se habló más profundamente del sujeto pasivo de estos delitos anteriormente.

II.2.2 Características de los Fraudes Colectivos

De las características que se señalaron en el acápite anterior se puede desprender una serie de características de los fraudes colectivos, las cuales les son propias y ayudan para su diferenciación con otras figuras que son similares a los mismos. Entre las más importantes características de este tipo de fraudes

según la Dra. Frezie María Jiménez Bolaños- se pueden encontrar:

1- El sujeto que comete el delito es profesional o experto en su oficio:

El sujeto activo debe de desarrollar un plan elaborado de tal forma que sea creíble por muchas personas, para ello debe de conocer a cabalidad el negocio con el cual pretende obtener su beneficio económico. Es común ver como sujetos que cometen este tipo de delitos a abogados, administradores o ingenieros. Sobre este aspecto es evidente "que el sujeto activo de este tipo de delincuencia posee características criminológicas acordes con el delincuente de 'cuello blanco', en cuanto a que no se trata de un delincuente común, porque la maniobra engañosa que se requiere en este tipo de delito, debe ser elaborada con cuidado, casi siempre a través del establecimiento de una empresa para lograr credibilidad y de esa forma atraer a un mayor número de personas".⁴⁷

Esta característica es de vital importancia para el desarrollo de la presente investigación, ya que, lo que se pretende probar en ésta es que precisamente, hay un modo de ejercer este tipo de fraudes que consiste en el establecimiento y puesta en funcionamiento de una o varias empresas, las cuales, en principio, operan con legitimidad, esto con el fin de lograr reunir un mayor número de personas que inviertan en ésta o en un conglomerado, y al fin sean más personas las que resulten despojadas de su capital. Sobre este tema versará el desarrollo de esta tesis y será ampliado posteriormente.

⁴⁷ Jiménez Bolaños (2003) Op.cit. p. 40

2- El plan elaborado es complejo:

Se debe de elaborar un plan único, el cual debe tener partes claramente definidas y, además formas de solucionar las eventualidades que se presenten. Esto viene relacionado íntimamente con el requisito que se refiere al sujeto pasivo, en el sentido de que, si bien éste es amorfo y colectivo, lo componen sujetos que pueden presentar diferencias específicas. Por ejemplo: una persona que elabore un plan criminal para realizar fraudes por medio de empresas vacacionales, debe de tomar en cuenta que no todas las personas poseen los mismos intereses turísticos, capacidad de pago o disponibilidad de horario, por este motivo, se debe contar con una oferta, que como ya se dijo, debe ser creíble y que, además comprenda estas posibilidades.

Asimismo, como señala la doctora Frieze María Jiménez Bolaños " el modus operandi empleado para la comisión del delito es mediante el uso de mecanismos complejos y sofisticados, que hacen de difícil apreciación su existencia, por ejemplo (sic) sistemas especiales de cómputo, procedimientos de cajeros automáticos o tarjetas de crédito; fondos de inversión, financieras, etc.

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

valiéndose de los instrumentos jurídicos definidos"⁴⁸

Lo primero de lo que se trata acá es que, como se dijo, el sujeto activo debe de desarrollar una estructura interna que involucre personas (Especialistas en su campo, según se señaló en la primera característica) pero además, una especie de "know how" que establezca los procesos necesarios para lograr el objetivo ilícito y las variantes en caso de existir alguna eventualidad con respecto de cualquiera de éstos.

Por otra parte, supone que para cometer un delito de masa y en específico un fraude colectivo, como requisito de idoneidad de la puesta en escena (ardid), se debe contar con todo el arsenal necesario de recursos jurídicos y técnicos que conviertan en creíble la misma, entre los cuales se encuentra, principalmente, instrumentos de derecho mercantil. En este momento, sin embargo, lo importante es la estructura, la cual, como se observó, implica múltiples procesos de funcionamiento y se puede equiparar, hablando de puesta en marcha y de logro de fines, con una empresa lícita.

3. Se trata de un delito pluriofensivo: al ser un delito que afecta a muchísimas personas, es común que, además de representar un peligro para los individuos que son parte de la masa de ofendidos, afectan intereses más colectivos o difusos. Como se señala en la obra citada de Jiménez : " Esa

⁴⁸ Jiménez Bolaños, Friez. Op. Cit, 41.

generalidad de personas a las cuales se afecta en la comisión de un fraude colectivo, genera que en muchas ocasiones, ese perjuicio el plano meramente individual, para aceptar que también se lesionan bienes jurídicos supraindividuales, como el derecho de crédito, la confianza en el tráfico comercial, etc."⁴⁹

Se debe aceptar, entonces, que el fraude colectivo afecta el mercado para las personas - físicas o jurídicas- que ejercen actividades comerciales (legítimas) similares o cuyo curso de operaciones mercantiles (lícitas) se asemeje al del sujeto activo que comete el fraude. Como se expondrá más adelante, el fraude colectivo sufre varias etapas, una de ellas consiste en la difusión, por parte de las autoridades y, en muchísimos casos, de la prensa, de modo de operar del autor, lo que genera una oleada de denuncias en primer lugar y en segundo lugar un sentimiento de desconfianza con respecto de empresas que ejerzan la actividad denunciada de forma lícita o que utilicen los mismos procedimientos.⁵⁰

⁴⁹ Íbidem

⁵⁰ N del A. Cabe señalar acá una diferencia fundamental: Puede ser en este caso que una empresa se dedique a realizar la misma actividad comercial por medio de distintos procedimientos. Por ejemplo, si existe un fraude por medio de una Agencia de Viajes, este afectará a todas las agencias de viaje que laboren de manera lícita. Puede ser también que aunque la empresa fraudulenta se dedique a un giro comercial eminentemente distinto a las legítimas, utilice procedimientos de mercadeo, afiliación, contratación, etc, similares. Por ejemplo, un empresa fraudulenta dedicada a los bienes raíces citaba a sus víctimas a una cena donde les ofrecía comida gratis y a su vez utilizaba este procedimiento para ofrecer sus negocios falsos a las personas que asistían a la cena, perjudica a una empresa legítima que para ofrecer tarjetas de crédito utiliza el mismo procedimiento.

Como se ve, el delito colectivo no solo afecta a las víctimas primarias, sino que tiene múltiples en el mercado, la seguridad, el desempeño comercial de las empresas e incluso el gasto de recursos en el sector público. Esto hace que estos delitos pasen de ser un delito económico en el sentido tradicional, a ser delitos que atentan contra el orden financiero público y la economía en general.

4- La finalidad única es la obtención de un beneficio económico cuantioso:

Un aspecto relevante en este tipo de delitos es el de la información, como se supone que el plan debe llegar a la mayor cantidad de individuos posibles para que la masa sea lo más grande posible y con ello el beneficio patrimonial ilícito se incrementa. El fraude colectivo, por supuesto, apunta, de la misma manera que las empresas lícitas, por incrementar la ganancia por medio de un aumento en la demanda de los bienes o servicios fraudulentos que se ofrecen y ello se logra dándose a conocer, precisamente, a un mayor número de personas por medio de todos los recursos que existen para esos fines. Es frecuente, entonces, en este sentido, encontrar un despliegue por parte del sujeto activo, de todos los mecanismos publicitarios idóneos para lograr un mayor número de aportes, es de esta forma como se utilizan correos electrónicos, anuncios de Internet, periódicos, volantes, brochures, campañas de difusión por medio de vehículos, concursos, publicidad boca a boca, etc. El fin de este despliegue es obtener el mayor beneficio patrimonial posible, y, dado que son mayoritariamente profesionales en el área, conocen que deben hacer una inversión inicial más o menos alta.

5- El ofendido o víctima posee características especiales:

Según la Dra. Jiménez Bolaños en su libro "el fraude colectivo se realiza

mediante el abuso de la credibilidad del sujeto perjudicado"⁵¹, sin embargo, en este trabajo se va a adoptar una posición diversa. No siempre es la ignorancia o la credibilidad lo que impulsa a los sujetos víctimas a ejercer la disposición patrimonial en su perjuicio, como se dijo anteriormente, una de las características de la masa, pese a ser amorfa, es la de poseer intereses comunes y, precisamente, el ardid debe de encaminarse a explotar esos intereses y generar una confianza en el sujeto pasivo para que éste disponga de su patrimonio de manera voluntaria.

Entonces, si el ardid es idóneo y la estructura criminal funciona debidamente no se puede hablar de exceso de credibilidad, ya que, precisamente, este ardid tiende a aparentar que el negocio en el cual se suscribe el perjudicado es legítimo y no se puede exigir, racionalmente a una persona, que ejerza controles tan rigurosos. Aunado a esto, la explotación de los intereses de la colectividad perjudicada resulta en un reforzamiento de la apariencia legítima del negocio, ya que la elaboración de los mecanismos gira en torno al citado interés, lo que hace que se trabaje en ellos con especial cuidado. Por otro lado, tampoco se comparte el aserto de la Dra. Jiménez Bolaños en el sentido de que el autor se aprovecha de la ignorancia de las personas en ciertos aspectos técnicos y jurídicos para lograr su cometido ya que no se puede anotar como una característica especial de las víctimas un aspecto que comparte la mayoría de la población, no se puede exigir a la población media el conocimiento de aspectos

⁵¹ Jiménez Bolaños, Friez (2003). Op. Cit. p. 42.

técnicos y sobre todo legales a la hora de suscribir una obligación.

Esto se relaciona íntimamente con el principio de Buena Fe contractual, el cual, según Torrealba: "permite sancionar el comportamiento oportunista o contradictorio."⁵² Para el mismo autor: "Entre las principales derivaciones del principio de buena fe, se cuenta la doctrina de los actos propios, expresada en el brocardo *venire contra factum proprium nullum conceditur*. Se ha dicho: " *Una de las consecuencias del deber de obrar de buena fe y la necesidad de ejercitar los derechos de buena fe es la exigencia de un comportamiento coherente. La exigencia de un comportamiento coherente significa que, cuando una persona, dentro de una relación jurídica, ha suscitado en otra con su conducta una confianza fundada, conforme a la buena fe, en una determinada conducta futura, según el sentido objetivamente deducido de la conducta anterior, no debe defraudar la confianza suscitada y es inadmisibles toda actuación incompatible con ella*" En este caso, el perjudicado cree, ya que así se le ha hecho pensar, que está suscribiendo un contrato, en el cual, la contraprestación es el bien o servicio que el sujeto activo le ha ofrecido, no se le puede exigir entonces, a la persona perjudicada una previsión más allá de la que se tiene, consuetudinariamente en este tipo de negocios. También, este principio de coherencia en el actuar será útil para distinguir si hay un incumplimiento del contrato debido a cualquiera de las causas del mismo, o si existía una intención de engaño en contra de la persona perjudicada. Sobre esto se ahondará más adelante, pero se obtiene de acá la idea

⁵² Torrealba Navas, Federico (2009). Lecciones de Contratos. Primera Parte. San José Costa Rica. Impresiones Solano Marín. p17

de que no se le puede exigir al perjudicado más de lo que normalmente se le pide a las personas que hacen el mismo tipo de contratos.

En el mismo orden de ideas, pero con relación a otro tema, se coincide con la citada autora en el sentido de que existen características especiales del perjudicado, como cierto capital para suscribirse en la empresa, un interés más o menos grande en el bien o servicio que se ofrece por medio del fraude y ciertas características socioculturales, como el lugar de procedencia, ingreso medio, etc. Pero la característica primordial de las víctimas, lo que las hace una masa propiamente dicha, es que comparten un interés que las hace objetivo del plan concebido por el sujeto activo. Como señala la autora "También se requiere que sea una persona ambiciosa o necesitada del servicio, haciéndole creer que realiza un excelente negocio o le está proponiendo una ganga."⁵³

6. Negativa del ofendido a denunciar

Existe una característica de los fraudes colectivos de la cual se ha mencionado poco en este trabajo. En la mayoría de Fraudes colectivos, el perjuicio económico que se obtiene por afectado es relativamente poco, los montos de afiliación o de inversión son bajos. Esto se compensa con la cantidad grande de personas que se defrauda, lo que genera un beneficio patrimonial exponencial y directamente proporcional a la cantidad de personas defraudadas. Como dice la autora Jiménez Bolaños " En los delitos de fraudes colectivos la

víctima en muchas ocasiones no denuncia, porque el perjuicio individual que se le ha causado, según su percepción es mínimo y duda sobre la eficacia de los Tribunales de Justicia para sancionar este tipo de delincuencia, por el status especial que ostenta su autor"⁵⁴ Así, no solo es característica de este tipo de fraude el hecho de que los ofendidos se muestran renuentes a denunciar, sino, que además de eso- incluso antes de ese paso- se podría pensar que esos montos pequeños de defraudación y esa desconfianza general de la gente en la eficacia de los tribunales, son tomados en cuenta por el plan del autor para lograr impunidad en sus acciones. Entonces, no sería casual que existan montos pequeños en estas defraudaciones, y para decidir estos montos cobra particular relevancia la masa de individuos que se elija para la defraudación, por ejemplo, si el agente va a vender planes vacacionales, elige entre sus potenciales clientes a personas que primero, puedan costear vacaciones y para quienes represente un ahorro el supuesto plan y en segundo lugar, personas para quienes el monto defraudado no devenga ruinoso o excluyente lo que genera impunidad.

Esto, como se puede ver, refuerza el hecho de que existe un bien jurídico que trasciende el perjuicio patrimonial de las personas que se ven afectadas por estas acciones. Como se ve el que los ofendidos, por las razones antes expuestas, o por cualquier otra, sean renuentes a denunciar no quita el desvalor de la acción del agente y la afectación a zonas de la vida social que van más allá de dicho patrimonio. Por ejemplo, la desconfianza en los tribunales de la que se

⁵³ Jiménez Bolaños. (2003) Op. cit. p43.

⁵⁴ *Ibidem*.

habló un poco antes, podría traducirse en una desconfianza para hacer negocios similares a los que llevaron al fraude, por lo que habría una disminución de negocios del mismo tipo. Esta tesis de la escasa voluntad de denunciar de los ofendidos coincide perfectamente con la hipótesis de que hay una afectación en este tipo de fraudes que trasciende la esfera patrimonial.

7. Los fraudes colectivos aparentan ser negocios lícitos

Hay alguna dificultad investigativa a la hora de evaluar una conducta para saber si es fraude colectivo o un negocio lícito fallido o incumplido. En la mayoría de los casos, para hacer más creíble el plan de autor, se elabora la estructura de la estafa de tal forma que parece que se desarrolla un negocio lícito. Esto es parte del engaño o ardid del cual se vale el sujeto activo con el fin de lograr esa ganancia cuantiosa. Sin embargo, la misma elaboración del plan delictivo, muchas veces hace que este tipo de fraudes pueda ser confundido con un incumplimiento contractual puro y simple.

Asimismo, se puede determinar que las personas que desarrollan este tipo de actividades, a lo largo del tiempo han incrementado su saber con el fin de darle apariencia de licitud a sus actos, es, por esta razón, que se nota que existe un conocimiento cada vez mayor en torno a los diversos mecanismos, tanto jurídicos como comerciales e incluso publicitarios que contribuyan a darle esa apariencia de licitud a su negocio, como señala la doctora Jiménez Bolaños: “Lo hacen utilizando sofisticados sistemas de inversión, , que manejan y desarrollan por medio de

sociedades, obstaculizando la posibilidad de los inversionistas de conocer con exactitud como se desenvuelve el negocio”⁵⁵.

Es evidente, con lo que se ha dicho, que se ha desarrollado una especie de “know how”, en el cual los sujetos activos echan mano de toda clase de conocimientos para hacer más difícil la sospecha en los perjudicados acerca de la ilicitud del negocio. Tradicionalmente, como se dijo en el capítulo anterior con respecto de la Teoría General de la Estafa, los estafadores se aprovechan de la credulidad o de la ingenuidad de las personas con el fin de lograr el beneficio patrimonial irregular, sin embargo, en estos fraudes colectivos, no es específicamente la credulidad de los sujetos lo que hace que se desprendan de su patrimonio, sino que más bien es una intrincada red de artimañas publicitarias, el uso indebido de principios e instituciones del derecho comercial como la libre creación de sociedades y el velo societario que las cubre y la sutil divergencia entre sus acciones y los incumplimientos contractuales de carácter civil, una de las causas principales que ocasionan que estos delitos difieran significativamente, en la práctica, de las estafas comunes, manteniendo, eso sí, “parentescos de familia” con la estructura de éstas como objeto de estudio.

Lo anterior, además, genera otro efecto diferenciador con respecto de los fraudes comunes, la delincuencia que se dedica a cometer estafas o fraudes colectivos se ha convertido en una delincuencia especializada, lo cual da ocasión

⁵⁵ Jiménez Bolaños (2003) Op. cit. p 44.

a que su determinación, identificación y sanción, sea más difícil por parte de las personas comunes e incluso de los órganos encargados de la administración del poder punitivo. El nivel de especialización que se ha alcanzado tiende a aparentar, como se dijo, la licitud de los actos de los sujetos activos, lo que se traduce en que hay confusión en las implicaciones de esos mismos actos a la hora de subsumirlos en una conducta penalizada, como lo dice la Doctora Frieze María Jiménez Bolaños: “ Una de las características más distintivas y a la vez graves de los fraudes colectivos, es, precisamente, el ser de difícil percepción por parte de la sociedad, lo cual produce un menor rechazo, asimismo, los sistemas jurídicos penales centran su atención en la persecución de la delincuencia común, por ser fácilmente “visible o identificable” y producir efectos o resultados que son en su mayoría materiales y tangibles. Esto ha producido que nuestras cárceles y las de muchos países en el mundo, se encuentren ocupadas por delincuentes comunes, lo cual crea una evidente desigualdad ante la ley. Sobre todo porque la delincuencia especializada es mucho más perjudicial para la sociedad que la delincuencia común, debido a que produce consecuencias negativas que lesionan los regímenes sociales, económicos, políticos, etc., aunque estos efectos o consecuencias sean menos perceptibles o visibles para la sociedad en general”⁵⁶.

Dentro de esta lógica inmediatista y simplista de los encargados de la administración de justicia y de la aplicación del poder punitivo, influida, además por una sociedad que privilegia la libre empresa y el libre cambio por sobre

⁵⁶ Jiménez Bolaños. (2003) Op cit. p 44-45.

objetivos de justicia social y los derechos económicos de las personas no solo como consumidores, sino como sujetos que deben satisfacer necesidades de diversos tipos y que están insertos en esa economía de mercado, es posible reconocer que únicamente se toma en cuenta el contenido patrimonial de dichos fraudes (si es que son reconocidos como tales) negando que estos afectan, dado, como se dijo anteriormente su nivel de elaboración y los perjuicios que producen, bienes jurídicos que si bien son relacionados a esa afectación, no se consumen en la misma y tienen que ver con la realización del ser humano en sociedad.

8. Conclusión: Como se ha podido ver, estructuralmente, los fraudes colectivos pueden ser analizados tomando como insumo la Teoría General de la Estafa. Sin embargo, a pesar de los parecidos innegables que presentan, los fraudes colectivos ostentan una serie de características propias que los diferencian de los fraudes comunes y que hacen que deban ser analizados de manera diversa. Estas características no son compartidas con los fraudes comunes e incluso algunas, como se vio anteriormente, difieren tangencialmente de los mismos. Es, por esta razón, que se ha sostenido, durante todo este acápite, que los fraudes colectivos ameritan un abordaje desde otra perspectiva, no sólo teórica, sino de carácter investigativo y normativo.

II.2 Del delito continuado.

I.2.1 Consideraciones preliminares.

Dentro del análisis que este tema merece, se debe de plantear el tema del delito continuado. Dado que el delito como se dijo perjudica a una pluralidad de personas, siendo ésta una de sus características más representativas, cabe preguntarse cómo debe ser valorado cada uno de esos perjuicios a la hora de establecer una imputación fáctica a un sujeto activo.

Como se ha señalado con anterioridad, dentro de las características de los fraudes colectivos se encuentra que existe una unidad del plan por parte del autor del ilícito, el cual planea, desde un principio, perjudicar a una cantidad significativa de personas con el fin de lograr un beneficio patrimonial cuantioso. El hecho de que los perjudicados sean, como también se señaló, una masa amorfa, y que al sujeto activo le importe poco la individualización de éstos no implica que dentro de su plan esté contemplado perjudicar al mayor número de personas posibles.

No es posible, de esta manera, para efectos de atribución de conductas, individualizar los hechos por el perjuicio patrimonial sufrido por cada uno de los perjudicados, ya que, como harto se ha señalado, el plan del sujeto activo cubre todos los pasos necesarios para conseguir causar perjuicio a una masa indeterminada, por lo cual es conveniente realizar un análisis global de la conducta

realizada, sin perjuicio de los reclamos y acciones de índole patrimonial y civil generadas por los hechos y de las cuales se hablará brevemente más adelante. Este panorama englobante lo brinda la teoría del delito continuado, la cual se ajusta, de manera conveniente, al análisis que se plantea en este trabajo.

II.2.2 Delito continuado. Aspectos Generales

Según la definición elaborada por José Alberto Rojas Chacón y Cecilia Sánchez Romero: “el delito continuado se presenta cuando la persona realiza varios actos parciales, conectados entre sí por una relación de dependencia, los cuales infringen la misma disposición jurídica, de manera que el supuesto de hecho los abarca en su totalidad, en una unidad de acción final”.⁵⁷

Ante esta definición básica que se brinda inicialmente, es necesario aclarar algunos aspectos relevantes para proseguir con el tema. El primero de ellos se dirige a definir lo que se entiende por persona en este contexto. Ya que se aclara que el plan del autor en los fraudes colectivos exige cierta elaboración que requiere un nivel organizativo y logístico más o menos alto. Se entenderá por persona, desde este concepto, todo aquel que manipule, de manera consciente e informada, el plan de autor y lo ejecute o ayude a ejecutarlo sin importar que el beneficio patrimonial ilegítimo sea para sí o para un tercero. No se incluiría, entonces, dentro de esta definición, a las personas que coadyuven de manera

⁵⁷ Rojas Chacón, José Alberto y otra (2009) Teoría del Delito. Aspectos Teóricos y Prácticos. Tomo II. Poder Judicial de Costa Rica, Ministerio Público. p 550.

inconsciente o que no tengan manera de saber que las acciones de los autores son ilícitas. Así se excluye de esto a las personas que laboran como empleados de los sujetos pasivos o a sus colaboradores voluntarios, siempre y cuando no se pueda demostrar que poseen conocimiento del carácter ilícito de sus hechos.

Por otro lado, con actos parciales, se entiende que cada acto en sí mismo no agota el plan del autor, el cual sigue recurriendo a la misma estructura para hacer incurrir en error a todas las personas posibles. Esta parcialidad del acto, lo que sugiere, es que no es el objetivo final del autor o de esa “persona”, según la definición, hacer disponer de su patrimonio mediante engaño a cada perjudicado, sino más bien, que cada uno de esos despojos es un medio para procurarse una ganancia cuantiosa.

Esto lleva, directamente, a la relación de dependencia. No solo cada despojo depende del anterior para lograr el objetivo final del fraude colectivo, sino que también, para realizar los mismos, el autor debe recurrir a toda la estructura montada para defraudar, la cual es básica y fundamental para obtener el beneficio. Esta estructura debe sufrir, en la mayoría de los casos, las modificaciones necesarias con el fin de no perder su poder de convencimiento.

Acá, es de suma importancia aclarar que siempre se está hablando de una serie de actos únicos que se ligan, como se señaló, por una unidad de plan del sujeto activo y son dirigidos a lograr el mismo fin. Como lo señalan los autores Rojas y Sánchez: “Se trata de una forma de realizar diversos tipos penales

mediante la reiterada ejecución de la conducta, en condiciones más o menos similares. En apariencia, cada uno de los actos parciales, representa por sí, un delito consumado o tentado, pero todos ellos se valoran de manera conjunta, como una sola conducta ontológica y normativamente entendida (o sea, como un solo delito)⁵⁸.

Esto pone de relieve varios aspectos. El primero es la importancia de la puesta en escena en la que descansa el plan del autor. Tanto más efectiva es ésta cuanto más permite la repetición de la conducta. Asimismo, se debe señalar que esta reiteración de la conducta no es, de ninguna manera, casual, sino que obedece a un designio previo.

II.2.3 Características y requisitos del delito continuado.

II.2.3.1 El elemento patrimonial.

Para que una serie de hechos sea tomada en cuenta como delito continuado, debe de cumplir, objetivamente con una serie de características y requisitos que moldean dicha calificación. El primero de ellos y quizá el más importante es, según la autora Jiménez Bolaños, y reforzado por los autores Rojas Chacón y Sánchez Romero (p.551) que los delitos sean de carácter patrimonial.

⁵⁸ Rojas y Chinchilla (2009). Op cit. p 550.

Sobre este tema se debe de hacer una precisión fundamental para el objetivo de esta tesis, no se requiere, ni mucho menos que el bien jurídico protegido sea exclusivamente el patrimonio, es más, se puede interpretar que la aparición del bien jurídico patrimonio obedece a que es más sencilla la cuantificación de perjuicio en delitos que tienen un elemento patrimonial. Esta diferencia es fundamental, hay delitos, como estos fraudes colectivos que son pluriofensivos y afectan, como se verá posteriormente, varios bienes jurídicos, por lo que sería sumamente limitado interpretar o inferir que para que exista el delito continuado se debe estar ante una acción que afecte únicamente el bien jurídico patrimonio.

II.2.3.2 La Unidad

Como se ha señalado, tanto para que haya un fraude colectivo como para que se configure un delito continuado, debe existir una unidad en el plan del sujeto activo. Esta unidad se puede, a su vez, subdividir en tres tipos diferentes, a saber: a) Unidad del ilícito objetivo de las acciones; b) Unidad del resultado típico y; c) Unidad del ilícito personal de la acción.

La primera tiene que ver con el modo de comisión de las acciones reprochadas, así, la forma de cometer éstas tiene que ser similar o igual. En el caso del fraude colectivo, como se dijo, la unidad del ilícito objetivo se solventa con el plan de autor, el cual hace que el modo de cometer los delitos sea siempre

el mismo, con ligeras variaciones de tiempo y espacio.

La segunda es relativa a que todos los hechos deben de violentar el mismo o los mismos Bienes Jurídicos. En este caso, el plan de autor no cubre este supuesto: el sujeto activo no se plantea cuáles Bienes Jurídicos planea atacar con su accionar; es claro que su objetivo, como se ha señalado, es obtener el mayor beneficio patrimonial de sus acciones. No obstante, no es éste un análisis que el sujeto activo deba hacer ya que el mismo proviene de un análisis teórico *a posteriori*, que justamente hacen los operadores jurídicos. Es por esto que se sostiene, que aunque el fin de la acción es ese beneficio patrimonial ilegítimo y a eso tiende cada una de las acciones, también el conjunto como una totalidad, puede lesionar otros Bienes Jurídicos. De esto se hablará posteriormente.

Por último, el tercer aspecto hace énfasis en que la finalidad de los hechos, vistos como una unidad, debe ser la misma. Por supuesto que para el autor, ésta es la obtención de ganancias cuantiosas, de lo cual ya se ha hablado extensamente y que no se repetirá acá. Sin embargo, puede haber finalidades ulteriores, en ciertos fraudes colectivos puede haber otras finalidades como la de deshacerse de competencia o perjudicar cierta industria. Estas finalidades pueden estar implícitas o explícitas dentro del plan, pero se encuentran latentes en el mismo.

II.2.3.3. Tiempo y espacio.

Como se dijo, si bien, existen esas tres unidades de las cuales se habló, no es necesario que todas las acciones sean ejecutadas en un mismo momento o lugar. Señalan los autores Rojas y Sánchez que: “en cada acto, debe haber una cierta discontinuidad temporal y separación de la acción única. Puede haber continuación, aún cuando sea diferente el lugar de comisión del delito”⁵⁹. Esto no quiere decir, en ninguna forma, que las acciones no puedan ser cometidas de manera casi simultánea. Como ejemplo paradigmático se puede citar el caso de los fraudes de planes vacacionales. En este caso es usual que el sujeto activo cite a varias personas a un almuerzo o cena con el fin de ofrecerles paquetes de viaje a precios muy bajos. En ese lugar, tiene a varios de sus funcionarios convenciendo a los comensales de adquirir los paquetes. Esto hace que, tanto el lugar como el momento sea el mismo para todos los que adquieren esos planes.

Es, por esta razón, que es posible que esa discontinuidad de la que se habla, se dé dentro de un mismo lugar y de manera casi simultánea. Sin embargo, esta posibilidad no excluye el hecho de que, en la mayoría de los casos, para lo que interesa, los hechos se dan en lugares y momentos diferentes, pero obedecen a un mismo plan y objetivo.

⁵⁹ Rojas y Chinchilla (2009). Op cit. p 550.

II.2.3.4 Restricciones.

Para los autores mencionados, no se puede hablar de delito continuado cuando se afecta a bienes jurídicos considerados como personalísimos, en otras palabras: “Resulta importante, para determinar si todos los actos de la continuación se enfocan contra el mismo bien jurídico, examinar si se dirigen contra la misma o distintas personas, ya que, de acuerdo con la doctrina dominante, hay bienes personalísimos como la vida, la salud, la libertad, el honor, etc., que solamente pueden ser lesionados en la persona de su titular.”⁶⁰ Para ser más claros, por más que existan las tres unidades y la separación espacial-temporal en la acción de un asesino en serie, al ser la vida un bien personalísimo del ofendido, no se puede tomar estas acciones como delito continuado.

II.2.3.5 Desarrollo Normativo

El sustento normativo del delito continuado se establece en el artículo del Código Penal, el cual, en su texto señala: “Artículo 77: Cuando los delitos en concurso fuesen de la misma especie y afecten bienes jurídicos patrimoniales, siempre que el agente persiga una misma finalidad, se aplicará la pena prevista para el más grave, aumentada en otro tanto”⁶¹. Esto remite, además de lo que se ha hablado, a señalar que debe haber una afectación patrimonial, la cual, según lo

⁶⁰ Rojas y Chinchilla (2009). Op cit. p 554.

⁶¹ Costa Rica (Autor Corporativo) (1971) Código Penal de la República de Costa Rica y sus reformas. Editorial Investigaciones Jurídicas, San José, Costa Rica. 26° Edición (2011). p. 55.

que se extrae del texto no debe ser exclusiva, pero tampoco, como se ha visto, deben ser concomitantes con afectación a bienes jurídicos personalísimos. Esta definición normativa del delito continuado ha permitido, como lo señala la autora Frezie Jiménez Bolaños, que “se haya utilizado la figura del delito continuado por parte de nuestros tribunales para sancionar este tipo de delitos (en referencia a los fraudes colectivos); ya que tienen grandes similitudes.”⁶²

II.2.3.8 Análisis Jurisprudencial.

Existe alguna tradición jurisprudencial en torno a ubicar a los fraudes colectivos y los delitos de masa equiparados con la figura del delito continuado. En este sentido se encuentra de manera reciente la Sentencia n° 721 de las nueve horas con veintisiete minutos del veintisiete de julio del 2010 de la Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia establece:

“Para resolver lo planteado, debe acudirse a los hechos que por demostrados tuvo el tribunal de instancia. Así, resumidamente, se tiene que el justiciable Salas Sánchez fungió como propietario y gerente de la empresa Inversiones Belén Internacional Ltda.; que en 1990 la empresa cesó sus operaciones y se cerró la cuenta bancaria 7874-3 del Banco de Costa Rica, por mal manejo; que en dicha cuenta la única persona autorizada para firmar lo era el imputado; que el justiciable, en fecha indeterminada, entró en posesión de varias fórmulas de cheques pertenecientes a la cuenta mencionada, por lo que el 10 de

⁶² Bolaños Jiménez, Frezie (2003). Op. cit. p 88.

marzo de 1995, llenó de su puño y letra los datos del cheque 908539 a nombre de Jorge Coto Fernández, por un monto de 144000 colones, para posteriormente falsificar la firma giradora de Rodolfo Rodríguez, anterior propietario del negocio; que al día siguiente (11 de marzo) el imputado se presentó al Banco Crédito Agrícola en los Ángeles, “y mediante aquel engaño y utilizando aquel documento falso, logró hacer efectivo el título valor, obteniendo para sí un beneficio patrimonial antijurídico en detrimento del patrimonio del citado banco; que en cuatro oportunidades diferentes, a cuatro fórmulas de cheques se les insertó información falsa por persona desconocida y a sabiendas de ello, el imputado se presentó al Banco de Costa Rica en Cartago, logrando cambiar esos títulos valores obteniendo respectivamente 37000 colones, 24000 colones; 29000 colones y 42000 colones. Esos hechos fueron calificados por el a-quo como constitutivos de “un DELITO CONTINUADO DE ESTAFA en CONCURSO MATERIAL con UNA FALSIFICACIÓN DE DOCUMENTO EQUIPARADO A PÚBLICO Y CINCO USOS DE DOCUMENTO FALSO”, por lo que le impuso “una pena de prisión de SEIS MESES por el primer ilícito continuado, de UN AÑO por el segundo delito de falsificación y de UN AÑO por cada uno de los cinco delitos de uso de documento falso, para un total de SEIS AÑOS Y SEIS MESES que deberá descontar efectivamente” (fl 107). Como fundamento de la calificación mencionada y en lo que respecta al uso de documento falso, el a-quo señala que “no cabe ninguna duda de que cada vez que el encartado hizo uso de cada uno de los cheques, cuyo contenido sabía que no era exacto sino falso porque la empresa (d e la que él había sido Gerente y que cerró por malos manejos –según relataran sus familiares a la policía y que consta en el informe respectivo- unos cinco años

atrás de los hechos acreditados) ya no existía y la cuenta había sido cerrada varios años antes (circunstancias que él, por haber sido gerente tenía pleno conocimiento), se configuró un delito de uso de documento falso pues el cajero del banco fue enfático al indicar que el encartado fue con un cheque cada vez y no los presentó todos al mismo tiempo. Entonces estamos en presencia de cinco usos de documento falso” (fl 111 del expediente). En lo que respecta a la falsificación de documentos equiparados a públicos, se estableció que “para que ese ilícito se tipifique se requiere que el sujeto activo (Ricardo Salas Sánchez) haga en todo o en parte un documento falso (hizo en todo el cheque número novecientos ocho mil quinientos treinta y nueve conforme se acreditó con el dictamen criminalístico) de modo que pueda resultar perjuicio (sin que sea necesario que se cause pero que en este caso sí se causó al pagar el banco el monto del cheque y quedar en una cuenta especial esa pérdida), siendo uno de esos documentos un cheque como ocurrió en el sub-lite” (fl 111vto). En lo que toca a la estafa, se indicó que “el encartado desplegó todo un ardid para inducir en error a los dos cajeros mediante la simulación de hechos falsos... y que, como consecuencia de ello, se causó un perjuicio patrimonial al cajero del Banco Crédito Agrícola de Cartago... y al Banco Nacional..., obteniendo el encartado un beneficio patrimonial ilícito, se concluye que también estamos en presencia del delito de estafa” (fl 111 vto). Referente al delito continuado, se dijo que procedía esa calificación “por tratarse, en este caso sí, de delitos de la misma especie, que afectan bienes jurídicos patrimoniales y sen (sic) los cuales el agente persiguió siempre la misma finalidad de hacerse con dinero rápida y fácilmente”. Por último, se concluye que “como fueron diversos hechos se configura un concurso material entre la falsificación del documento, los

cinco usos de documento falsos (sic) y el delito continuado de estafa”.(fl 112 de los autos).

III.-Esta Sala ha tenido oportunidad de pronunciarse en casos similares al presente, difiriendo de la solución que ofrece el tribunal de instancia. Ya desde el voto 769-F-96 de 10:30 horas del 6 de diciembre de 1996, se dispuso: “A efecto de *revisar la fijación de la pena resulta oportuno hacer las siguientes consideraciones: A) Sobre la penalidad del concurso ideal. Según el artículo 75, para el concurso ideal, el juez aplicará la pena correspondiente al delito más grave y aún podrá aumentarla. Hay concurso ideal cuando con una sola acción u omisión se violan diversas disposiciones legales que no se excluyen entre sí (artículo 21), como sucede en este caso, en cada una de las oportunidades en que el imputado usó un documento falso para estafar...B) Sobre la penalidad del delito continuado. El artículo 77 del Código Penal dispone que: «Cuando los delitos en concurso fueren de la misma especie y afecten bienes jurídicos patrimoniales, siempre que el agente persiga una misma finalidad, se aplicará la pena prevista para el más grave, aumentándola hasta en otro tanto».* Como se puede apreciar esta figura supone una pluralidad de acciones temporalmente discontinuas pero dependientes entre sí (en tanto persiguen una misma finalidad), pero que impide en la práctica la aplicación de las consecuencias previstas para el concurso real o material (ya sea heterogéneo u homogéneo), sin perjuicio de que una pluralidad de delitos continuados concursen materialmente. ¿Cuál es el criterio que permite diferenciar entre un delito continuado y un concurso material de delitos? Considera esta Sala que debe consistir en que la finalidad que

persigue el autor, en relación a los bienes jurídicos que está afectando con sus acciones, sea incompatible con la naturaleza del concurso material. De otra manera, se llegaría al absurdo de que el autor habitual de robos, por ejemplo, tendría la oportunidad de unir con su "finalidad" (la decidida habitualidad en el robo) hechos sin ninguna otra relación entre sí, a los que corresponde la pena del concurso real o material de delitos y no la de un solo delito continuado: sería absurdo porque se favorecería injustamente a quien mayor desprecio manifiesta de hecho hacia los bienes jurídicos patrimoniales, dada su habitualidad o reincidencia, siendo que la figura del delito continuado es una excepción sui generis a las reglas del concurso material, tanto así que la ley dispone que solo es aplicable si se afectan bienes jurídicos patrimoniales. De ahí que la doctrina señale que la aplicación del delito continuado está sujeta a criterios subjetivos y objetivos. En este sentido señala Carlos Creus que: «Inicialmente se parte de un criterio subjetivo: la unidad de designios del autor (el cajero del banco que, decidido a reunir una determinada cantidad de dinero, lo procura sustrayendo sumas menores de la caja en distintas oportunidades). Pero, si nos conformásemos con ese criterio para determinar la dependencia, otorgaríamos al autor la injusta oportunidad de unir con su designio los hechos más dispares, merecedores de la pena del concurso, y no de la de un solo delito, por lo cual tenemos que completarlo con criterios objetivos; precisamente, en torno -como resultado- del requisito de homogeneidad desde el punto de vista de la acción, se habla de la vinculación de los distintos hechos a una misma "empresa delictiva", lo cual no depende exclusivamente del designio del autor, sino también de circunstancias objetivas que condicionan la adecuación de los distintos hechos

dentro de aquel concepto, como es la unidad de bien jurídico atacado, para lo cual no bastará la analogía de los bienes afectados por los distintos hechos, sino la identidad del titular (no puede haber continuación entre el hurto perpetrado hoy contra Juan y el perpetrado mañana contra Pedro, por más que su autor los haya unido con su designio común) y, por lo menos, que los objetos materiales de los distintos hechos pueden considerarse componentes de una “universalidad natural” (el hurto por el empleado de la máquina de la oficina no se puede continuar con el hurto de la cartera que un compañero de trabajo ha dejado en su escritorio). Pero ambos criterios de dependencia tienen que presentarse reunidos para que se pueda hablar de continuación (la circunstancia de que el autor haya actuado con el designio de equipar un taller, no hace dependientes el hurto de llaves a Juan, de una fresadora a Pedro y de una morza a Esteban, aunque todos esos objetos vayan a parar a la “universalidad del taller”; la circunstancia de que el autor haya actuado con el designio de formar un plantel de cincuenta vacas de cría no hace dependientes los hurtos de diez cabezas a Simón, veinte a Timoteo y veinte a Facundo. Pero todos esos hurtos pueden ser dependientes entre sí, pasando a integrar un delito continuado, si el autor forma el taller apoderándose de varias herramientas, en distintas oportunidades, en la fábrica donde trabaja, o en el plantel de cría lo forma con hacienda que va sacando poco a poco de un mismo sujeto pasivo)»[Derecho Penal Parte General, Editorial Astrea, Buenos Aires, 1988, págs. 241 a 242]. A lo anterior debe agregarse que, objetivamente, la penalidad del delito continuado solamente resulta aplicable cuando los delitos en concurso sean de la misma especie y afecten bienes jurídicos patrimoniales, razón por la cual se afirma que «no puede haber continuación... en los delitos que

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

simplemente en “que se afectaron bienes de la misma naturaleza en una unidad de acción por parte del mismo acusado” (cfr. folio 321, líneas 1 a 6), resultando evidente que en el presente caso ni siquiera hay unidad de acción entre las cinco Estafas consumadas o tentadas, siendo que el delito continuado supone necesariamente un mínimo de dos acciones para poderse aplicar.-

C) Sobre la penalidad del concurso real o material. Señala el artículo 22 del Código Penal que «Hay concurso material cuando un mismo agente comete separada o conjuntamente varios delitos». Para este concurso, que puede ser homogéneo o heterogéneo, «...se aplicarán las penas correspondientes a todos los delitos cometidos, no pudiendo exceder del triple de la mayor y en ningún caso de cincuenta años de prisión. El juez podrá aplicar la pena que corresponda a cada hecho punible, siempre que esto fuere más favorable al reo» (artículo 76). Como se dijo anteriormente, en el presente caso se acreditó la existencia de cinco Estafas consumadas o tentadas, cada una de ellas en concurso ideal con el delito de Uso de Documento Falso, de lo cual se concluye -una vez excluida la aplicación de la penalidad del delito continuado- que hay un concurso material entre los cinco concursos ideales indicados”.

IV.-Aplicando los conceptos anteriores al caso presente, debemos concluir que debe declararse con lugar la revisión gestionada, pues la calificación correcta es la de cinco delitos independientes (en concurso material) de estafa en concurso ideal con falsificación y uso de documento falso en el primer caso y únicamente con uso de documento falso en los cuatro restantes. Al haber determinado los juzgadores

de instancia como pena mayor un año de prisión, como pena mayor, aplicando el artículo 76 del Código Penal, la sanción privativa de libertad es de tres años, pues no puede exceder del triple de la mayor impuesta, modificándose así la sentencia originalmente emitida."⁶³

De aquí se desprende que muchas de las reglas del Delito continuado se pueden aplicar a los Fraudes colectivos tal y como se ha definido. Sin embargo, hay aspectos relevantes, tal y como los señala la jurisprudencia expuesta, como el que se mencionó acerca de la "universalidad", que no permitirían ligar estos fraudes al delito continuado, si se les considera únicamente como delitos patrimoniales. Es preciso, entonces, encontrar una elaboración teórica capaz de conciliar estas aparentes divergencias.

II.2.3.7 Diferencia teórica entre Delito continuado y Fraude colectivo.

Todo lo que se ha señalado lleva, en este punto, a establecer, teóricamente, la diferencia principal entre las categorías de "Fraude Colectivo" y "delito continuado", tal y como se ven dogmáticamente. Como señalan los autores José Alberto Rojas y Cecilia Sánchez:

⁶³ Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia de Costa Rica. Sentencia n°721-2010, de las 09:00 horas del 27 de julio del 2010. encontrada en: http://200.91.68.20/pj/scij/busqueda/jurisprudencia/jur_repartidor.asp?param1=TXT¶m2=1&nValor1=1&nValor2=156369&nValor3=5861&tem1=Delito%20continuado&strTipM=E1&IResultado=2

“Una figura que se ha ligado tradicionalmente con el delito continuado es el conocido **delito masa** o **fraude colectivo**, que se ideó para sancionar atentados patrimoniales en los que aparece un amplio número de afectados (no necesariamente sujetos pasivos del delito).

En estos casos, el sujeto activo, mediante la realización de uno o varios actos que, considerados de manera independiente, constituirían un solo delito, pone en ejecución un plan criminal único, encaminado a defraudar a una masa de personas que pueden ser sujetos pasivos del delito, sujetos pasivos de la acción o perjudicados que no aparecen unidos entre sí por un vínculo jurídico alguno (como ejemplos, se citan las diversas estafas cometidas en perjuicio de un conjunto de ahorrantes; casos de especulación con los precios de alimentos considerados de primera necesidad; alteraciones en las máquinas expendedoras de combustibles, para ponerlas a marcar una cantidad diferente de la suministrada).”⁶⁴

Así vistas las cosas, se desprende, que precisamente, la subsunción analítica de ambas categorías se da en razón de las similitudes que se encuentran entre ellas, a saber: la cantidad de hechos y el carácter patrimonial de éstos. Sin embargo, hay problemas a la hora de encontrar esa unidad o universalidad de la que se habló anteriormente. Se había señalado, a estos efectos, que la masa de perjudicados es amorfa, lo cual plantea el problema de establecer una determinación acerca de la universalidad de los perjudicados y los vínculos jurídicos que pudiere haber entre estos.

El carácter amorfo de esta masa es el que establece la principal diferencia entre el delito continuado y el fraude de masa, y lo separa, como dicen los autores: “Esta figura surge, entonces, cuando no es posible aplicar el delito continuado, dada la diversidad del sujeto pasivo (personas anónimas, sujetos indiferenciados, público en general) y el agente pretende extraer diversas cantidades de dinero con un propósito unitario de enriquecimiento. De esta forma, se estima que hay un solo delito por el importe de lo defraudado.”⁶⁵

Así las cosas, el criterio unificador de la universalidad en los fraudes colectivos no aparece claro. Si bien, los conceptos y el análisis de éstos como delito continuado se pueden dar en virtud de manera teórica, se debe de encontrar una manera jurídica de aglutinar esa multiplicidad de hechos patrimoniales. Este aglutinamiento no se puede lograr por medio del análisis del Bien Jurídico Patrimonio dado que, como se señaló, si se parte de este bien, se puede encontrar frente al problema de que patrimonialmente hablando, no existe ningún vínculo jurídico entre los perjudicados. Es, entonces, necesario buscar un aglutinante conceptual que, además sea coherente con los fines de la instauración del concepto de delito continuado y que no choque con las garantías y principios del Derecho penal.

⁶⁴ Rojas y Sánchez (2009). Op. cit. p 553- 554.

⁶⁵ Rojas y Sánchez (2009). Op cit. p 554.

I.2.3.8 Conclusión

Lo anteriormente dicho acerca del delito continuado sirve únicamente de aparato conceptual de análisis para entender elementos relevantes del manejo que se le ha dado al fenómeno en estudio. Sin embargo, el estudio de figuras análogas debe conllevar también un conveniente análisis de los elementos disímiles para que no se confunda la figura estudiada con la análoga.

En este caso en específico, al no estar prevista en el ordenamiento jurídico costarricense la figura del delito de masa o del fraude colectivo, es necesario recurrir a las elaboraciones precedentes con el fin de determinar similitudes y facilitar el análisis. En la búsqueda de un aparato conceptual que pueda ser útil para el análisis, se debe respetar, también, el soporte jurídico dogmático de éste. En este caso, es el Derecho Penal el que brinda la meta-teoría de la cual se debe partir para este estudio. Al ser de esta forma, se debe buscar conciliar un justo medio que logre respetar los principios, conceptos y particularidades del Derecho Penal, con la necesidad de suplir esta evidente laguna que plantea el ordenamiento jurídico.

Es, por este motivo, que se utilizan conceptos como la Teoría General de la Estafa, el delito continuado y otros para brindar claridad conceptual a lo que se pretende señalar. Se tiene claro, por lo demás, que existen preceptos propios de la materia penal, tales como el principio de legalidad, que impiden interpretaciones extensivas. Así, es conocido, que el bien jurídico patrimonial es propio del delito de

estafa y sostener otra cosa sería absurdo, pero en el caso de los fraudes colectivos la mera patrimonialidad no agota el ámbito de lesividad de dichas acciones.

Así las cosas, y con el fin de brindar una posible solución a esta aparente paradoja, es que se propone el análisis de las acciones que llevan a los fraudes colectivos de una manera diferente. Esto conlleva a que se valoren otras posibilidades con el fin de lograr establecer un aparato teórico capaz de enfrentarse a estas situaciones sin romper con los paradigmas del derecho penal. Todo lo anterior, justifica el análisis del bien jurídico Orden Económico del Estado para entender su funcionamiento y brindar una luz en el momento de abordar fraudes colectivos.

Capítulo III Acerca del Bien Jurídico en los Fraudes Colectivos, su caracterización y la influencia del Derecho Mercantil en las relaciones y contratos que degeneran en Fraudes de Masa.

3.1 Aspectos Preliminares

Se llega al punto en el cual es necesario analizar la perspectiva que nos lleve a conciliar todas perspectivas expuestas anteriormente con el fin de brindar un análisis específico a las situaciones que determinan fraudes colectivos. En este momento se presentan varias situaciones por tomar en cuenta. La más importante de ellas es la paradoja que se presenta al partir del análisis del delito de estafa y sus características, tales como la patrimonialidad y el carácter determinado de sus afectados, con la economicidad y el carácter más o menos indeterminado de los afectados en los fraudes colectivos.

Así las cosas, y con el fin de brindar una posible solución a esta aparente paradoja, es que se propone el análisis de las acciones que llevan a los fraudes colectivos de una manera diferente. Esto conlleva a que se valoren otras posibilidades con el fin de lograr establecer un aparato teórico capaz de enfrentarse a estas situaciones sin romper con los paradigmas del derecho penal. Todo lo anterior, justifica el análisis del bien jurídico Orden Económico del Estado para entender su funcionamiento y brindar una luz en el momento de abordar fraudes colectivos.

3.2 El Orden Económico del Estado como Bien Jurídico.

3.2.1 Bien Jurídico

3.2.1.1 Definición de Bien Jurídico

Dentro de los conceptos jurídicos fundamentales tendientes a realizar una delimitación clara y precisa de los alcances de una conducta relevante dentro de un sistema jurídico-penal se encuentra el de Bien Jurídico. Dentro de un Estado de Derecho, se trata de limitar el poder punitivo que se ejerce sobre las personas por medio de garantías y elaboraciones conceptuales con el fin de evitar abusos y violaciones a los derechos fundamentales. Es, entonces, necesario delimitar el ámbito de aplicación del poder punitivo del Estado mediante conceptos que ayuden a brindar garantías, tanto para las personas que cometen delitos, para las personas que entran en el sistema punitivo y que, además sirvan de guía para las personas que administran el citado aparato represivo, como medio de control de dicha potestad jurisdiccional.

En el Derecho Penal y como parte del sistema de garantías que éste pretende aplicar, existe el concepto de Bien Jurídico. Generalmente, el citado concepto genera controversia. Para Bacigalupo, por ejemplo, se ha manejado tradicionalmente un concepto de bien jurídico que propone básicamente, que son

“todas aquellas situaciones o valores que el legislador quiera proteger”⁶⁶, lo que, según el autor argentino vaciaría el concepto, ya que “todo delito, es decir, toda amenaza de pena referida a un comportamiento determinado, protegerá lisa y llanamente la finalidad perseguida por el legislador”⁶⁷. Bacigalupo resuelve esta cuestión basándose en la doctrina de la jurisprudencia de intereses y cita a Franz Von Lizst, señalando que una definición de Bien Jurídico debe superar el Derecho Positivo y centrarse en los intereses que comparte el pueblo de un Estado, según Von Lizst y Bacigalupo con él: “todos los bienes jurídicos son[...] intereses vitales, intereses del individuo o de la comunidad; los intereses no los crea el ordenamiento jurídico sino la vida; pero la protección jurídica eleva el interés vital del bien jurídico. [...] La necesidad crea la protección y con el cambio de intereses cambia también el número y la especie de los bienes jurídicos. Por ello, las normas jurídicas están enraizadas, en última instancia, tanto en la sabiduría como en las concepciones religiosas y estéticas del pueblo del Estado; ellas encuentran su sostén firme y apoyado en la tierra y reciben de allí el impulso para su desarrollo”⁶⁸. Bacigalupo, entonces, arriba a un concepto de bien jurídico con matices claramente axiológicos ya que señala que: “Toda selección y ordenación jerárquica de bienes jurídicos, por tanto, presupone una concepción social y consecuentemente también ética. La decisión del legislador de penalizar ciertos comportamientos lesivos de intereses sociales presupone que el mismo legislador considera positivamente esos intereses, es decir, los reputa merecedores de tutela

⁶⁶ Bacigalupo, Enrique (1996). Manual de Derecho Penal. Parte General. 3° Reimpresión. Santa Fe de Bogotá, Colombia. Editorial TEMIS. p. 9.

⁶⁷ *Ibidem*.

⁶⁸ Von Lizst, Franz, citado por Bacigalupo (1996) Op.cit. p. 9-10.

y, además, les asigna un rango de importancia en el orden de intereses, rango del que deduce la legitimidad de protegerlos mediante una amenaza penal”⁶⁹. Como se puede ver, además de la orientación iusnaturalista que se presenta en este concepto, la cual deja la noción de bien jurídico como un asunto donde el legislador debe adecuar las conductas perseguidas a una especie de voluntad popular, la cual refleja, a su vez, valores dignos de ser protegidos y tutelados por la legislación. Esta posición, si bien advierte, como se señaló al principio, la peligrosidad de dejar la elección de dichos valores, intereses o situaciones de hecho a las manos de la voluntad de los legisladores, deja la designación de los mismos a la suerte de concepciones sumamente abstractas e indeterminadas tales como la “voluntad popular” o “la sabiduría del pueblo”, conceptos los cuales, igualmente pueden ser manipulados para lograr los fines propios del legislador.⁷⁰ Cabe rescatar de esta posición el hecho de que identifica el problema que recaería en dejar al arbitrio del legislador la elección de valores que deben ser, desde el punto de vista Jurídico-penal, protegidos, asimismo, propone un inicio para encontrar el camino hacia un concepto que de verdad logre ser una guía para los administradores de justicia y los legisladores, además de ser garante para las personas que se puedan ver implicadas en procesos penales.

Un autor que va más allá en la búsqueda de la concepción de bien jurídico que se adapte a los parámetros del Estado de Derecho es Eugenio Zaffaroni. Este

⁶⁹ Bacigalupo. Op.cit. p.10.

⁷⁰ N del A. La crítica que se le podría hacer a este tipo de concepción abarcaría muchísimas páginas, pero no es el objetivo de este trabajo realizar un análisis del concepto de bien jurídico, lo cual sería parte de otra investigación. Baste aquí con señalar que se ha dado una concepción

autor, comparte el punto de partida de Bacigalupo acerca de la concepción clásica del bien jurídico, pero desarrolla una concepción diversa. En primer lugar, para Zaffaroni, la concepción de bien jurídico está íntimamente ligada al principio de lesividad, visto este como un principio que “excluye violaciones o disfuncionales groseras con los derechos humanos” y definido de la siguiente forma “las acciones que no lesionan a nadie están fuera de toda inferencia estatal. [...] es absurdo que se pretenda una coacción reparadora o restitutiva cuando nada se afectó; o que se quiera ejercer una coacción administrativa cuando nada está en peligro”⁷¹, entonces, y dada esta relación “ningún derecho puede legitimar una intervención punitiva cuando no media por lo menos un conflicto jurídico”⁷². Es decir, que el ámbito de intervención del poder punitivo del Estado debe limitarse a atender situaciones donde se presente una real afectación palpable y visible racionalmente que genere un conflicto; para Zaffaroni, en este sentido, no se puede hablar de Bien Jurídico *en abstracto*, dado que no es abstractamente que se protegen los bienes jurídicos, sino que más bien, el Estado confisca (o debería confiscar) conflictos que lesionan los bienes relevantes o los ponen en peligro. Según este autor, “la afirmación de que esto implica una tutela corre por cuenta de la agencia política criminalizante, pero su verificación no puede tener lugar a través de la ley sino en la realidad social: el derecho penal solo verifica la criminalización primaria y la pretensión discursiva tutelar de la agencia política; a la tutela la verifica (como verdadera o falsa) la sociología. Por otra parte, es muy difícil sostener una tutela

dominante de bien jurídico y que de ella parten diversas variantes que tratan de resolver el conflicto.

⁷¹ Zaffaroni, Eugenio Raúl (2005) Manual de Derecho Penal. Parte General. 1° Edición, Buenos Aires, Argentina; Sociedad Anónima Editora, Comercial, Industrial y Financiera EDIAR. p.109.

del bien del ofendido, porque es obvio que en el homicidio no se tutela con la pena la vida del muerto, sino que, por lo menos, la tesis *tutelista* debiera admitir que no se trata de la vida concreta, sino una idea abstracta de la vida”⁷³.

Con esto Zaffaroni pone sobre aviso acerca de las implicaciones que impone la adopción de una concepción tutelar- por decirlo así- del bien jurídico, por un lado, las instancias políticas que son capaces de determinar los bienes jurídicos, podrían determinar una amplia gama de bienes jurídicos destinados a ampliar el poder punitivo del Estado, como se dijo anteriormente, las ideas abstractas que se supone se pretende tutelar pueden multiplicarse, dada su abstracción hasta un número que atente contra todas las garantías jurídico penales existentes, basados en esta concepción se establecen leyes penales en blanco y delitos de peligro abstracto, para supuestamente, librar a la sociedad del peligro de lesiones; asimismo, para las agencias de criminalización secundaria⁷⁴, la indeterminación del concepto y su falta de asociación con el concepto de lesividad, conllevan a una ampliación de su poder y la ampliación de criminalización de conductas que no lesionan ningún interés social relevante y de personas que, por diversas razones- que pueden incluir raciales, socioeconómicas o eminentemente de prejuicio- son más susceptibles de ser inmersas dentro del

⁷² Zaffaroni, Eugenio Raúl (2000) Derecho Penal. Parte general. 1° Edición, Buenos Aires, Argentina, Sociedad Anónima Editora, Comercial, Industrial y Financiera EDIAR. p.121.

⁷³ *Ibidem*.

⁷⁴ No se entrará a analizar acá los conceptos de criminalización primaria y secundaria acuñados por el autor, basta con decir que con criminalización primaria, Zaffaroni se refiere a las agencias penales encargadas de seleccionar *conductas* merecedoras de criminalización, tales como instancias legislativas y de gobierno, mientras que con criminalización secundaria se refiere a las agencias que seleccionan *personas* para enfrentar el sistema, principalmente, estas abarcan a la policía. Zaffaroni (2000) *op.cit.*

sistema penal. Así, por medio de esta doble selección, el concepto de bien jurídico se convierte en un arma de doble filo que puede convertirse en un legitimador de la ampliación del poder punitivo y la ampliación de un llamado Estado de Policía. Como advierte el autor citado: “El principio de lesividad exige que en todo delito haya un *bien jurídico lesionado*. Esta exigencia es una limitación al poder punitivo. Sin embargo, el discurso legitimante de inmediato manipuló el concepto, racionalizando que si hay un bien jurídico lesionado y si por ello hay delito y se impone pena, quiere decir que la ley penal protege ese bien jurídico y con este razonamiento se pasó del *bien jurídico lesionado al bien jurídico tutelado*, que es tanto como convertir al cordero en lobo. Porque de allí se siguió que si la ley penal tutela bienes jurídicos, donde haya un bien jurídico importante o en peligro, debe haber una ley penal para tutelarlos y –como vivimos- en una sociedad de riesgo en que todos los bienes jurídicos están en peligro, debe haber leyes penales infinitas”⁷⁵.

Por estas razones, se debe de construir un concepto de bien jurídico que a su vez, proteja los intereses, valores y situaciones jurídicas relevantes, pero se ajuste al principio de lesividad y garantice que el poder punitivo se mantenga dentro de límites racionales. Este concepto de bien jurídico, entonces, y como decía Bacigalupo, no puede limitarse a concepciones puramente normativas ni se debe de dejar a concepciones que provengan únicamente del ordenamiento jurídico. Pero -a diferencia de Bacigalupo- se plantea que tampoco se le puede

⁷⁵ Zaffaroni, Eugenio Raul (2005). Op.cit. p.111.

dejar la definición – que se supone debería provenir de “fuera del ordenamiento” - a conceptos iusnaturaes tan indeterminados como la “voluntad del pueblo”, la “sabiduría popular” o “intereses vitales”.

Si bien, Bacigalupo y Zaffaroni coinciden en que la respuesta acerca de la concepción de bien jurídico debe buscarse en la vida, en la sociedad y las relaciones que se dan dentro de ésta. Sin embargo, para Zaffaroni, las fuentes de donde prevengan los bienes jurídicos deben ser más técnicas, por así decirlo. El legislador debería basarse en disciplinas como la sociología, la antropología, la economía, e incluso la filosofía, para determinar, qué valores, intereses o situaciones jurídicas son merecedoras de protección y cuál es el nivel de protección que amerita la lesión a dichos bienes.

No se puede, por ende, dejar una definición tan medular dentro del Derecho penal moderno, a conceptos tan indeterminados como la voluntad popular, o incluso a cuestiones tan vagas como lo son las prácticas y costumbres de las masas populares. Sin embargo, la búsqueda de la objetividad del concepto tampoco debe conducir a posiciones científicas o filosóficas analíticas que degeneren en una concepción ideologizante del Bien Jurídico y que enmascaren, con un discurso pseudo científico, la imposición racionalizada de las ideas de las clases dominantes.

Así las cosas, el concepto de Bien Jurídico, como acertadamente lo señala Zaffaroni, debe ser un límite al poder punitivo del Estado y garantizar que las

libertades de actuación del sujeto se vean únicamente reprimidas por acciones que tengan una afectación real y tangible a la sociedad. Además, ésta sociedad debe ser vista como un sujeto concreto de afectación, en el sentido de que no podrían invocarse ofensas abstractas que no perjudiquen directamente a las personas o a sus intereses materializables. Con esto se tiene que señalar que debe existir sospecha cada vez que, para hacer leyes penales se invocan bienes jurídicos tan abstractos que no se puede determinar la lesión específica a ningún miembro de la comunidad o grupo de interés perteneciente a ella.

Este concepto de bien Jurídico se acerca a la medida programática plasmada en el artículo 39 de la Constitución Política⁷⁶, donde se expone con alguna claridad el Principio de Lesividad antes citado y además, en el Artículo 2 del Código Penal, que dispone, en lo conducente que: “Nadie podrá ser sancionado por un hecho que la ley penal no tipifique”⁷⁷. Así, se puede ver que la interpretación del concepto de Bien Jurídico señalada anteriormente no riñe con las disposiciones legales y Constitucionales de nuestro país, sino que las enriquece y les da contenido, ya que además de limitar el ejercicio del poder punitivo, dispone reglas claras y racionales para la aplicación de las leyes penales.

Construido este concepto básico de bien jurídico y en el marco de un Derecho Penal de Garantías como el que se consagra en la Constitución Política y

⁷⁶ El cual señala, en lo que interesa, que: “ A nadie se hará sufrir pena sino por delito, cuasidelito o falta”

⁷⁷ Costa Rica, Leyes y decretos (2005) Código Penal. Concordado por Ulises Zúñiga Morales. San José, Costa Rica; Editorial Investigaciones Jurídicas. p.17.

las Declaraciones de Principios que rigen las Leyes Penales Costarricenses, se avanzará en el estudio de cómo se constituye el Orden Económico del Estado como un Bien Jurídico dentro de éste marco, asimismo se detallarán las implicaciones de este en la construcción de una teoría que permita determinar como la lesión del mismo por parte de los agentes que participan en el intercambio legal de bienes y servicios, produce una afectación (si bien en muchos casos difusa y de difícil determinación) a las personas que conforman la sociedad y a sus intereses.

3.2.2 Orden económico del Estado

3.2.2.1 Origen de la tutela Estatal del Comercio y la Economía del País

Se llega en este punto al momento cuando se hace necesario detallar qué es el Orden Económico del Estado y además de describir, de manera breve cómo éste es configurado mediante la tutela en diferentes ramas del ordenamiento jurídico.

Es conocido que toda sociedad precisa de una serie de relaciones entre individuos y grupos para subsistir, perpetuarse y progresar, existe, por ejemplo, la necesidad de producir bienes que satisfagan necesidades básicas como la alimentación, el abrigo y la protección contra los depredadores; derivadas de éstas surgen necesidades como las de evitar el uso de la fuerza y la autotutela, y luego,

dependiendo de factores tan diversos como la ubicación geográfica, los ciclos de producción de los alimentos y el nivel de cultura propio de cada pueblo se generan necesidades lúdicas, psicológicas, educativas, etc. Estas relaciones, sin embargo, devienen convencionales, Rousseau señala, en el Contrato Social:

“Supongo a los hombres llegados al punto en que los obstáculos que impiden su conservación natural, superan las fuerzas que cada individuo puede emplear para mantenerse en él. Entonces este estado primitivo no puede subsistir, y el género humano perecería si no cambiaba su manera de ser.

“Ahora bien, como los hombres no pueden engendrar nuevas fuerzas, sino solamente unir y dirigir las que existen, no tienen otro medio de conservación que el de formar por agregación una suma de fuerzas capaz de sobrepasar la resistencia, de ponerlas en juego con un solo fin y de hacerlas obrar unidas y de conformidad.

“Esta suma de fuerzas no puede nacer sino del concurso de muchos; pero, constituyendo la fuerza y la libertad de cada hombre los principales instrumentos para su conservación, ¿cómo podría comprometerlos sin perjudicarse y sin descuidar las obligaciones que este tiene para consigo mismo? Esta dificultad, concretándola, a mi objeto, puede enunciarse en los siguientes términos:

‘Encontrar una forma de asociación que defienda y proteja con la fuerza común de la persona y los bienes de cada asociado, y por la cual cada uno,

uniéndose a todos, no obedezca sino a sí mismo y permanezca tan libre como antes^{78 79}.

Precisamente, este origen social de la satisfacción de las urgencias básicas del ser humano, propicia el desarrollo y la implementación de los sistemas sociales, dentro de los mismos, surgen relaciones de diversa índole que tienden a generar interdependencia entre las personas que viven bajo un régimen social determinado. Existe, por decirlo de esta forma, una distribución del trabajo que señala que para obtener los bienes necesarios, tanto para la subsistencia como para el desarrollo de la dignidad humana dentro de un determinado sistema, debe haber un conjunto complejo de interrelaciones donde intervienen múltiples agentes y que además, el trabajo o la contribución de la persona que requiere esas relaciones contribuye a la satisfacción de las necesidades de otras personas a su vez.

Contextualizando la cita de Rousseau en un período determinado de carácter mercantilista, donde las necesidades habían crecido y el mundo se había expandido, es claro que es posible trasladar estos postulados a las relaciones de comercio. Es decir, en un panorama donde la economía pasó de la

⁷⁸ Rousseau, Jean Jacques (1979) El Contrato Social. Sexta Edición, México D.F, México; Editorial Porrúa S.A. p.9.

⁷⁹ N del A. El objeto de la cita de este clásico es teorizar acerca de las relaciones que conllevan a la construcción del mencionado tejido de relaciones que se dan dentro de una sociedad. Poniendo claro el origen teórico de las mismas se puede avanzar en la determinación de su protección y del producto generado por su desenvolvimiento. En este sentido, citar a Rousseau, pretende demostrar la necesidad de estas relaciones desde el punto de vista de la supervivencia de los individuos, sin llegar a mencionar los factores que desencadenan en el desarrollo de una sociedad como la que tenemos actualmente.

autosubsistencia (que era predominante en el período feudal) a la de un incipiente mercado (el cual se comienza a desarrollar tal y como se conoce durante el Renacimiento), la mayoría de las relaciones de las cuales estamos hablando tienen un matiz económico.

El carácter económico de gran parte de las relaciones sociales y la consolidación de un modelo de mercado hace necesaria la instauración de un sistema de normas jurídicas que respaldaran y ayudaran a consolidar el comercio como modelo económico de los Estados durante la modernidad.⁸⁰ Como lo señala Certad : “El paso de la civilización Feudal, basada en la riqueza inmobiliaria y en una economía esencialmente agrícola, a una civilización nueva basada sobre todo en la riqueza mobiliaria y en la libre iniciativa en el campo del tráfico mercantil y de la producción artesanal, hace sentir la ineficiencia y la inadecuación del derecho romano común y conduce a la creación de un nuevo sistema normativo, elaborado a través de los usos mercantiles y de los estatutos de las corporaciones, en el ámbito de la clase mercantil y artesanal, las cuales dan origen también a los problemas que esas normas están llamadas a solventar”⁸¹.

Por supuesto, el tema de la implantación de un nuevo sistema económico y

⁸⁰ N del A. Es evidente que existió comercio desde tiempos inmemoriales. La necesidad de las personas de intercambiar bienes y servicios surge, como lo señalan Rousseau y otros autores, desde etapas muy tempranas de la historia de la humanidad. Sin embargo, el modelo de Estado Mercantil sienta las bases de la economía de mercado moderna y con ella, la sistematización de un conjunto de normas jurídicas que lo respaldan hasta el momento, es por esta razón que se toma este punto de partida y no otro en la investigación de la genealogía de la protección del Orden Económico del Estado como Bien Jurídico.

⁸¹ Certad Maroto, Gastón (1998) Temas de Derecho Comercial. Segunda Edición, San José, Costa Rica; Editorial Juritexto S.A. p.20.

social fue un proceso que duró muchísimos años y generó, como lo dice Certad, situaciones novedosas que debieron ser resueltas, jurídicamente, por medio de nuevos principios y normas. Como lo señala Fernando Mora: “En un principio (siglo XI e inicios del XII) el derecho comercial nace por imperativo de la realidad, como necesidad de creación consuetudinaria de normas que regulen la actividad de una clase social (la de los mercaderes) que está naciendo conjuntamente y por influencia del renacimiento económico de la Europa Medieval”⁸².

Primeramente, cabe rescatar que se presenta una insuficiencia del Derecho Civil Tradicional para resolver disputas de carácter mercantil. Pero lo más importante y que cabe recalcar, es que este renacimiento económico del que habla Mora, que ya no solo las personas comercien e intercambien los bienes y servicios básicos para satisfacer sus necesidades, sino que además genera que se comience a producir un intercambio entre estados a lo externo y también que el Estado comience a intervenir en la actividad comercial. Como bien lo señala Certad: “(A inicios del S XVI)[...] La orientación mercantilista de la economía impone una dirección y un control del tráfico mercantil. El Estado no solo se reserva la valoración de las exigencias del tráfico y la disciplina de las relaciones comerciales, sino que mediante intervenciones directas, controla las iniciativas de las mismas”⁸³.

Es decir, durante esta época, el Estado considera conveniente y saludable

⁸² Mora Rojas, Fernando (2003) Introducción al Derecho Comercial. Primera Edición, San José, Costa Rica; Editorial Juritexto S.A. p.27.

supervisar y controlar las actividades de intercambio y además, como miembro activo del mercado, tanto a nivel interno como externo, comienza a proteger sus intereses y los de sus comerciantes y artesanos. Esto, según el mismo autor produce que “La jurisdicción mercantil deja de ser una expresión de la corporación de los mercaderes y se convierte en una actividad estatal[...] el derecho comercial encuentra su fuente no solo en la costumbre, sino también en las intervenciones legislativas.”⁸⁴

El Estado, entonces, poco a poco, comienza a asumir y fomentar la protección y tutela de las actividades comerciales y los primeros estados modernos (algunas repúblicas italianas, Francia, Inglaterra y España) ven la importancia suprema de emitir legislación que enmarque tales relaciones comerciales. Esta intervención del Estado en el fomento y protección del comercio, marca la tendencia en la época de la modernidad y, con el advenimiento de la ilustración y de la industrialización se convierte en el modelo por seguir por parte de todas las naciones.

La industrialización, entonces, genera una modificación en el modelo mercantilista de economía, las revoluciones liberales del siglo XVII y el paradigma de producción industrial-capitalista, hacen que las citadas corporaciones pierdan importancia y el comercio se vuelva una actividad donde los dueños de los medios de producción sean burgueses que se apoyen en las masas proletarias para la

⁸³ Certad Maroto, Gastón (1998). Op.cit. p.21.

⁸⁴ *Ibidem*.

explotación de la naturaleza y la producción industrial de los bienes aptos para satisfacer necesidades.

Los cambios en el panorama social (con la aglutinación y hacinamiento de personas en los centros industriales), laboral (con la explotación humana que acarreó el periodo de industrialización temprana y cultural (con los productos de la exclusión y de las inmigraciones en el paradigma de cultura global), son evidentes y requieren una revisión del proceso de formación normativa en general y de normativa mercantil en específico. El principal cambio que se da con esto es que el derecho comercial que comenzó independiente del Derecho Civil en cuanto a fuentes y objetivos se une a este producto de la escisión que sufre el último debido a la separación del Derecho de Familia, el Derecho del Trabajo y el Derecho Administrativo. Como lo señala Gastón Certad “Con la abolición de los privilegios y de las corporaciones a raíz de las revoluciones liberales del siglo XVIII, y particularmente de la revolución francesa (sic), la relación derecho civil-derecho comercial cambia fundamentalmente. Los principios del liberalismo económico, las teorías fisiocráticas, la fe en un benéfico orden natural de la economía conducen a la supresión de todo privilegio subjetivo. Las fuentes de producción se unifican; derecho civil y derecho comercial pasan a formar parte del mismo ordenamiento; la distinción se coloca sobre bases esencialmente objetivas en consideración a las particulares exigencias propias del comercio y de la industria y así la relación no es otra que la que hay entre un derecho especial y

uno general.”⁸⁵

Sin embargo, los principios del liberalismo no eliminan la tutela de la economía como el interés del ente estatal en las relaciones comerciales y en el curso de la economía, como se ha dicho tiene un doble propósito, lo primero es que un Estado comienza a emitir normas para promover el comercio con otros estados en las condiciones más ventajosas posibles; la otra es que, para mantener su estatus, se interviene en la economía y el comercio para lograr sublimar conflictos sociales generados, tanto por la actividad comercial en sí como por sus resultados, por un lado, trata de dirimir controversias entre los comerciantes en torno a temas como la competencia leal, la libertad comercial y las prácticas monopolísticas, por ejemplo y en otro frente se regula acerca de temas como la explotación laboral, el uso de los recursos naturales y otros.

Ahora bien, este interés del Estado en la economía y el tráfico de bienes y servicios de naturaleza económica no se limita solo al establecimiento de normas de contenido mercantil. Si bien, el grueso de las normas encaminadas a dirigir el comercio son de orden civil y comercial, la tutela estatal de los actos económicos extiende su cobertura a otras ramas del derecho. El tráfico comercial es visto, a partir de la ideología anteriormente expuesta, como un asunto de interés social. Así, se establecen leyes laborales para fortalecer y perpetuar el sistema ante las contradicciones presentadas por la explotación humana en la producción industrial

⁸⁵ Certad Maroto, Gastón (1998). Op.cit. p.21.

y en el mercado de servicios, se amplía el orden del Derecho tributario, el cual se utiliza par darle circulación a los capitales y para proteger producciones internas, por ejemplo, y, finalmente, para lo que es de interés de esta investigación, el Derecho Penal tiene su intervención en esta tutela de la economía, el Estado, dado ese interés social del cual se habló y para proteger la economía del país, pone al servicio de ésta el aparato punitivo del Estado con el fin de sancionar conductas que pongan en peligro o intervengan en el sano tráfico de mercancías y servicios. Surge de esta manera el derecho penal económico.

3.2.2.2 El Orden Económico del Estado

3.2.2.2.1 Legitimación del Derecho Penal para intervenir en temas económicos

Una vez puntualizado acerca de los orígenes y las implicaciones de la protección del Estado al Comercio y la economía, se hace necesario hablar acerca del orden económico del Estado. Como señala Cervini: “Actualmente, nadie discute que el Estado debe intervenir en la economía, no tanto en sustitución de la iniciativa privada, como controlándola y corrigiendo sus excesos, evitando que la economía de mercado se convierta en una jungla dominada por la ley del más fuerte, y, en todo caso, redistribuyendo la riqueza a través de una política fiscal que le permita conseguir ingresos para destinarlos a la realización de actividades caracterizadas más por su necesidad social que por su rentabilidad económica

(sanidad, educación, transportes, etc)”⁸⁶.

Es decir, la necesidad de evitar abusos, de hacer ingresar dinero a las arcas del estado para obras sociales, y finalmente, el deseo de perpetuar el sistema político económico, hace necesaria la intervención del Estado en temas económicos y genera la intervención estatal en la tutela del mercado. Esta intervención abarca amplios ámbitos de acción y se despliega en casi todas las ramas del Derecho. Como se dijo, la misma empieza con un enfoque iuscivilista y abre su horizonte hacia el derecho laboral, tributario y penal, entre otros.

Ahora bien: ¿Qué razones justifican la intervención del poder punitivo del Estado en temas económicos? y ¿cuáles serían las características deseables de dicha intervención? Para iniciar se puede responder que el tema es de constante discusión, hay posturas, entre las que se encuentra el llamado Liberalismo Racionalista, que sostiene que esta intervención no tiene los requisitos de legitimidad propios del Derecho Penal y que debería integrar una rama del derecho diferente.”El liberalismo racionalista entiende que las infracciones económicas no constituyen una violación a las relaciones de reconocimiento de la libertad, y que el afectado por una variable económica puede adaptarse al hecho por sus propias fuerzas. Para que exista un delito se deben de afectar las relaciones jurídicamente constituidas de mutuo reconocimiento entre los sujetos, y ello no sucede en el Derecho Penal Económico. El delito adquiere legitimidad no

⁸⁶ Cervini, Raúl. Aproximación conceptual integrada al Derecho Penal Económico. En Rubinska, Ramiro y Schurjin Almenar, Daniel (Coordinadores) (2010) Derecho Penal Económico. Buenos

por una mera afectación de intereses, sino porque es una lesión concreta a la libertad de una persona o de la comunidad.⁸⁷ Los partidarios de esta tesis sostienen que el delito económico no posee esta característica debido a que esta intervención no se puede ligar directamente con lesiones concretas a los ámbitos de libertad de las personas.

Se podría traducir de esta postura que las lesiones concretas que se buscan se agotarían con la afectación del ámbito patrimonial de las personas o incluso del mismo Estado y que en el interés de éste en la intervención en el mercado económico no se podría involucrar el poder punitivo estatal. Los seguidores de esta tesis coinciden con los teóricos de la Escuela de Frankfurt, en que la tutela penal “debe reducirse a lo aprehensible y empíricamente medible, y ello solo puede ser un interés humano.”⁸⁸

Sin embargo, existen posturas que consideran que la protección del Orden económico del Estado requiere tutela punitiva y que la responsabilidad de las personas en el caso de una afectación al mismo trasciende el ámbito meramente patrimonial. Los que defienden este postulado señalan que las citadas lesiones tienen un trasfondo social enorme y sus efectos se pueden ver en muchísimas facetas –una de ellas, precisamente, la patrimonial- de la vida estatal.

Aires, Argentina; Marcial Pons, S.A. p. 33.

⁸⁷ Adriasola, Gabriel. Legitimidad de la intervención del Derecho Penal en la Actividad Económica. En Rubinska, Ramiro y Schurjin Almenar, Daniel (Coordinadores) (2010) Derecho Penal Económico. Buenos Aires, Argentina; Marcial Pons, S.A. p.93-94.

En este trabajo se comparte con el primer grupo de teorías el hecho de que la afectación del Orden Económico del Estado es en el mejor de los casos difusa e indeterminada, no es cuantificable de manera inmediata y requiere un especial cuidado analítico para su identificación. Es por este motivo, como señala Zaffaroni, hay que tener un especial cuidado en el momento de seleccionar conductas que afecten al Orden Económico del Estado como merecedoras de protección jurídico-penal, en el sentido de que no se debe ampliar el ámbito del poder punitivo y que debe existir una afectación, sino tangible, al menos real y directa a dicho interés. En todos los casos, tal lesión debe ser cuantificable y siempre debe existir el auxilio de otros saberes (economía, antropología y sociología entre otras) para que esa medición sea lo más adecuada posible.

Pero, a su vez, se sostendrá que existen fenómenos que afectan la economía del estado en mayor o menor medida y que requieren una intervención del aparato jurídico penal del Estado, asimismo, se reconoce que estos fenómenos, en su mayoría, pueden identificarse por una arista de afectación patrimonial, pero que no se agotan con ésta y su ámbito de lesividad trasciende la misma y merece una clasificación y, más importante, un tratamiento diverso de los delitos patrimoniales. En estos casos se hablaría de los delitos económicos o socioeconómicos.

⁸⁸ Adriasola, Gabriel (2010). Op cit. p 94.

3.2.2.2.2 Los delitos económicos y su configuración conceptual

Como se ha podido notar, existen conductas que afectan socialmente la economía de un país, como también se señaló, poseen un trasfondo patrimonial bastante marcado. Sin embargo, este perjuicio patrimonial no agota el carácter lesivo de dichas conductas, las implicaciones de éstas trascienden este ámbito y se insertan en regiones diversas del tejido social, específicamente, y en lo que interesa para este trabajo, en la economía y el mercado de uno o varios países. Cuando se da este caso se habla, precisamente de delitos económicos.

Se define, usualmente, delitos económicos o socioeconómicos como “aquellos delitos que lesionan o ponen en peligro el orden público económico o atentan contra el normal y adecuado desenvolvimiento de las relaciones económicas en sus facetas de producción, distribución y consumo de bienes y servicios, en una Sociedad”⁸⁹, es decir, son delitos que afectan cada fase del proceso económico, incluyendo el mercado y la producción de bienes y servicios.

Es en este punto donde cabe hacerse una pregunta: ¿Cuál es la afectación mínima a esa economía que justifica o requiere la intervención del poder punitivo del Estado para su sanción? Como se dijo cuando caracterizamos el concepto de bien jurídico y se ha de repetir en este momento, las lesiones a los bienes jurídicos

⁸⁹ Jiménez Bolaños, Friezle María (2003) Los Fraudes Colectivos. 1º Edición. San José, Costa Rica: Editorial Juricentro. p.58.

deben ser al menos cuantificables, deben tener, en su fondo, un sustrato de realidad, no se debería en un Estado moderno de Derecho permitir que se sancione a personas en nombre de conceptos indeterminados o imposibles de designar dada su imprecisión. Se comparte, en este punto, las tesis que se oponen a la existencia de los delitos económicos en cuanto presuponen ese sustrato de realidad a la hora de elegir bienes jurídicos y, además es conocido que un concepto como el de Orden Económico del Estado puede resultar bastante abstracto si no se tiene sumo cuidado a la hora de darle contenido.

Pero tampoco se puede negar de plano que existen conductas dentro del mercado, el comercio y la economía que superan la esfera de tangibilidad- ¡y confort también!- que brinda la patrimonialidad, es por esto que, en este apartado, se tratará de contestar aquella pregunta de una forma que resulte satisfactoria para determinar, con ese referente de realidad o determinación, cuáles conductas pueden generar, justificadamente, la respuesta del poder punitivo del Estado.⁹⁰

Adriasola⁹¹, considera que para lo configuración de delitos económicos que cumplan con la doble función de protección al orden económico del Estado y a la creación de leyes penales que cumplan con las garantías consagradas en el principio de lesividad se debe romper con tres barreras conceptuales que fundamentan la discusión anteriormente expuesta.

⁹⁰ N del A. Dado que este trabajo versa, principalmente, sobre la posible categorización de los fraudes colectivos como delitos contra el orden económico, la investigación en torno al bien jurídico se adecuará a esta figura con el objeto de descartar o reforzar la hipótesis anteriormente señalada.

⁹¹ Adriasola, Gabriel (2010). Op cit. p 94

El primer aspecto por tomar en cuenta es la del ligamen del bien jurídico con intereses individuales medibles y la imposibilidad de la existencia de bienes jurídicos colectivos debido a su imprecisión conceptual. Acerca de este tema se puntualizará con mayor amplitud más adelante, pero cabe decir que el autor señala que se debe superar la clasificación dual de bienes jurídicos “colectivos” e “individuales” y que “la superación de esa clasificación pasa por aceptar que un bien jurídico solo puede ser reconocido como tal cuando es posible reducirlo a un ente propio de la persona humana. Ello significa que debe referir a un interés individual, directa o indirectamente, independientemente de que ese bien individual corresponda a una persona determinada a un grupo indeterminado de personas”⁹². Con esto se quiere puntualizar en que el dualismo metodológico que se quiere imponer en la construcción de bienes jurídicos en el sentido de que los bienes individuales son precisos y los colectivos indeterminados no satisface las exigencias de persecución de conductas que afectan múltiples ámbitos de la vida social y a personas que no pueden individualizarse por el solo hecho del análisis de la acción. Así, por ejemplo, en delitos como la evasión fiscal, el afectado individualmente es el Estado, quien es el que deja de percibir el ingreso por impuestos, sin embargo, el dinero que el Estado deja de percibir por dichas cargas puede ser utilizado para planes sociales, salarios de empleados o construcción de infraestructura, lo que afecta a las personas indeterminadas que se iban a ver beneficiadas con dichos programas o que iban a recibir dichos salarios, incluso

⁹² Adriasola, Gabriel(2010). Op cit. p 95

esa afectación se extiende no solo a sus familias, sino a los agentes económicos que se ven relacionados con éstas, en el caso de los empleados que no perciben salarios o aumentos, son quienes ven decrecer su poder adquisitivo, lo que genera que los comerciantes que les venden normalmente disminuyan su ingreso y, a su vez, su poder adquisitivo. Como se ve, si bien la afectación cuantificable y medible es reducida, existe una afectación indirecta (pero no por ello menos tangible) a múltiples agentes económicos que participan en el mercado. Superada la controversia entre bienes colectivos e individuales, se observa con mayor precisión que con sólo una acción se puede afectar el mercado para múltiples agentes.

El segundo elemento digno de ser analizado para el autor es el de la posibilidad de estudiar injustos cometidos por entes colegiados de dirección empresarial. Según Adriasola, este aspecto es criticado porque no toma en cuenta los principios del derecho general, ya que recurre a “la aplicación de técnicas especiales de imputación objetiva y subjetiva del injusto”⁹³. Esto queda zanjado debido a que existe “una responsabilidad por el rol y [...] una presunción de conocimiento en razón de la función”⁹⁴, es decir, que “el camino correcto para determinar si el autor conoció en efecto, el carácter prohibido de su hecho no debe buscarse [...] en lo que puede conocer el autor, sino en lo que debe conocer. En este sentido, la imputación del conocimiento del carácter prohibido del hecho requiere precisar si las competencias de conocimiento impuestas al autor por el rol

⁹³ *Íbidem*.

⁹⁴ Adriasola, Gabriel (2010). *Op cit.* p 98

general del ciudadano o por roles especiales puede exigírsele en atención a sus circunstancias personales. Para ello, es necesario individualizar el contexto normativo en que se desenvuelve el autor. Si las circunstancias personales del autor le permiten acceder al conocimiento de la relevancia jurídico-penal de su hecho, podrá imputársele tal conocimiento. En ese sentido, el desempeño en un determinado sector económico podrá fundamentar el conocimiento del carácter prohibido de ciertas conductas propias de ese sector”⁹⁵ .

Esto implica que para causar una lesión al Orden Económico del Estado que pueda serle imputable a una persona determinada se deben demostrar dos cosas, primero, que la persona se dedique o ejerza sus actividades en un sector determinado de la economía, y que además, tenga el conocimiento y el poder de ejercer los actos lesivos. Se advierte que con esto se debe tener cuidado, por un lado, se amplía la imputación a personas que, si bien, no han tenido la ejecución directa de los actos lesivos, ejercen la vigilancia o la supervisión de dichos actos, pero sin embargo, esta posición de garante no legitima para ejercer el poder punitivo en contra de todos los administradores o representantes legales por la comisión de hechos dentro de su empresa, se debe probar que hubo acciones u omisiones que hagan necesaria su participación en dichos hechos; puede haber casos en los que existan manejos ajenos al administrador que escapen a cualquier vigilancia diligente, por lo que no se debe ampliar el ámbito de reproche a tal

⁹⁵ García Cavero, P (2003) citado por Adriasola, Gabriel. Legitimidad de la intervención del Derecho Penal en la Actividad Económica. En Rubinska, Ramiro y Schurjin Almenar, Daniel (Coordinadores) (2010) Derecho Penal Económico. Buenos Aires, Argentina; Marcial Pons, S.A. p.93-94.

punto. Por otra parte, se debería extender el ámbito de imputación a todo el órgano colegiado cuando se requiera de la participación (activa u omisiva) de todas las personas que forman parte de dicho cuerpo en la toma de decisiones que generen una lesión de carácter económico.⁹⁶

En un tercer plano, se expone que, dadas las anteriores indeterminaciones, no es posible construir un derecho penal económico sin recurrir a tipos penales en blanco. Acerca de esto, el autor señala: “Lamentablemente, en este campo se encuentra la injustificada tendencia a confundir las dificultades técnicas con imposibilidad. Pero, insistimos, si se opta finalmente por penalizar, habrá que franquear todos estos obstáculos para legislar bien, ya que las referencias mas o menos genéricas son sinónimo de tipos abiertos que engendran el riesgo de la analogía y, entre otras cosas, tampoco es admisible penar por analogía. A nuestro modo de ver- salvo un número menor de casos –debe y puede operarse concretizando exclusivamente en tipos muy específicos, técnicamente cerrados que impidan la pura discrecionalidad de los magistrados”⁹⁷. Es decir, que no hay tal relación causal entre delitos económicos-tipos en blanco, lo que existe, a lo sumo, son problemas de técnica legislativa derivados de una pobre interpretación de la realidad, aunada a un mal asesoramiento y carencias conceptuales que pueden ser subsanadas acudiendo – y escuchando- a los expertos en la materia. Se mencionó, al principio de este capítulo que los bienes jurídicos deben de ser

⁹⁶ N del A. Acá se señalará que es un tema de reciente aparición y que es desarrollado con cierto temor ya que rompe con el dogma de la imputación penal personalísima.

⁹⁷ Adriasola, Gabriel (2010). Op. cit. p.104.

construidos con miras a la afectación social producida por las conductas realizadas y que además, esta afectación debe cuantificarse y medirse con ayuda de otros saberes, con el fin de determinar de una mejor forma las lesiones sufridas, los sujetos damnificados y la magnitud del daño. Se puntualiza este aspecto ahora porque corresponde a los legisladores lograr un entendimiento claro de estos temas y para ello deben acudir a personas que se desenvuelvan en ámbitos de la realidad diversos con el fin de lograr mejores interpretaciones de los problemas que se pretenden solucionar; esto, por supuesto, no solo vale para la configuración de delitos económicos, sino también, para todos los aspectos de la técnica legislativa.

Salvados estos tres obstáculos y configurado un concepto de la afectación que se desarrolla en los delitos económicos y en el ámbito de lesividad de éstos, que puede ser identificable y atañe a intereses sociales puntuales, es necesario establecer las características esenciales de ese orden económico del Estado y su estatus de bien Jurídico.

3.2.3 El Orden Económico del Estado como Bien Jurídico.

3.2.3.1 El Orden económico como objeto de estudio.

Llegados a este punto de la investigación, es medular brindar una conceptualización del orden económico del Estado como sustrato objetivo del bien

jurídico en estudio. Este análisis objetivo saneará el concepto y le dará contenido para que sirva de punto de partida conceptual al objeto de estudio que es saber si los fraudes colectivos afectan ese orden económico mentado.

Lo primero que hay que decir en torno a este concepto de orden económico es que es un concepto que implica dinamismo, movimiento, como señala Baigún: “Es frecuente encontrar la definición de orden económico como sinónimo de economía. Los términos no son, sin embargo, homólogos; el orden económico importa la consideración de funcionamiento entre los distintos componentes de la actividad económica. La economía, en cambio es un concepto más flexible, considerado como conjunción de un todo más que como expresión de un sistema, acumulación más que integración”⁹⁸. Esto genera dos consideraciones importantes que se deben hacer antes de proseguir.

En primer lugar, si bien queda clara la diferencia entre orden económico y economía, se puede decir que uno implica al otro. Economía, al ser un término genérico abarca a ese orden y le da contenido mediante sus definiciones y también, sus propias técnicas de análisis. Sin embargo, estas técnicas, siempre irán referidas al funcionamiento y ordenamiento de esas relaciones dentro de la sociedad.

En segundo lugar, y al ser un concepto que se refiere a un funcionamiento,

⁹⁸ Baigún, David (2005) El bien jurídico orden económico. En : Estudios sobre justicia Penal. Homenaje a Julio Maier. 1º Edición. Buenos Aires, Argentina: Editores del Puerto. p.14.

éste va a ser determinado por el modelo de estado que tenga el país sobre el cual va a tener efecto la regulación. Por supuesto que este modelo y esta concepción de funcionamiento se va a ver afectada por los usos sociales, la situación geográfica y topográfica del país y su situación climatológica. En este caso, el modelo estatal cuenta a la hora de establecer regulaciones en torno a la protección y tutela de dicho bien jurídico. Es decir, la protección de este bien jurídico tiene carácter programático, ya que va a reflejar cuál es el modelo de economía que el Estado en cuestión considera digno de aplicar. Dado un sistema económico, existe – una vez más, con ayuda de las técnicas y métodos económicos, sociológicos y políticos- un funcionamiento deseable de las economías ligado al mismo, este funcionamiento deseable al amparo del sistema es el orden económico del Estado.

No obstante, esta variabilidad de concepciones acerca de lo que debe ser el funcionamiento de la economía no debe llamar a engaño con respecto de la construcción y configuración del bien jurídico Orden Económico del Estado. Si bien, es probable que cada estado tenga su concepción de lo que debe ser el sano funcionamiento de sus relaciones económicas, esto no quiere decir que en cada país la categoría Orden Económico del Estado sea distinta, al contrario, el bien jurídico consiste en proteger ese correcto o adecuado funcionamiento de esas relaciones cualesquiera que sean las características de la economía en cuestión. Lo que varía, dependiendo de la concepción programática es la clase de conductas sancionables y la amplitud de la tutela de situaciones jurídicas.

Ahora bien, cuando se señaló el sistema económico y se puntualizó que el bien jurídico no cambia a pesar de las diferencias que existen entre los modelos programáticos de Estado, esto puede llevar a pensar que el contenido del bien queda ambiguo y que tiende a la imprecisión, lo cual, como se ha dicho debe ser evitado. Para salvar esta dificultad se dirá que el bien jurídico Orden Económico del Estado tiene tres etapas económicas que son comunes cualquiera que sea el modelo económico que se aplique. Estas etapas marcan el ámbito de intervención del sistema jurídico-penal para considerar conductas punibles; según Godelier “un sistema económico es la combinación de estas tres estructuras: producción, distribución y consumo”⁹⁹ Sobre estas tres fases se extenderá a continuación y ellas mismas, posteriormente servirán para determinar si el fraude colectivo las afecta y con ello vulnera el Orden económico del Estado.

Con respecto de la fase de producción se dirá que es “el conjunto de operaciones destinadas a proporcionar... sus modos de existencia”¹⁰⁰, el ser humano tiene la capacidad de transformar y modificar la naturaleza para satisfacer sus necesidades, así se extraen recursos de la naturaleza, se modifican y se transforman, es decir, la producción es la fase que va desde la extracción de recursos de la naturaleza hasta su modificación por medio del trabajo, esta fase, para que logre productos aptos y convenientes, requiere una cierta normatividad que tiene que ver, una vez más, con la naturaleza del producto, pero también, con

⁹⁹ Godelier, Maurice, citado por Baigún, David (2005) El bien jurídico orden económico. En : Estudios sobre justicia Penal. Homenaje a Julio Maier. 1º Edición. Buenos Aires, Argentina: Editores del Puerto. p.14

¹⁰⁰Íbidem

el entorno social donde se trabaje, al decir de Baigún: “ esta situación importa ya el cumplimiento de ciertas reglas y la combinación de otras para obtener el producto aprovechable socialmente. El producto es resultado, entonces, no solo de la existencia de materia prima, condiciones geográficas, clima, etc., sino de la aplicación de de las habilidades y herramientas que se crean para obtenerlo”¹⁰¹.

Así, esta normatividad es la que va a determinar el ámbito de protección del bien jurídico, ya que es el mismo conocimiento de la naturaleza tendiente a la producción de un bien en específico, la que va a determinar cuándo, la intervención de un agente produce una afectación al adecuado funcionamiento a las relaciones de transformación de la naturaleza ya descritas y cuándo esta afectación cumple con los presupuesto objetivos para la aplicación del poder punitivo.

Como se viene señalando, la protección de esta fase de producción de bienes íntimamente ligada con los objetivos de la economía primaria de un país, ya que en esta fase destaca la transformación de las materias primas y de la fuerza de trabajo de la población en productos aptos para satisfacer las necesidades. La protección de esta fase del Orden económico es importantísima para lograr los objetivos de estabilidad económica del Estado y también para mantener el *statu quo* social del país. Es por esto que se justifica la intervención del Derecho penal en esta fase.

¹⁰¹ Baigún, David (2005) Op.cit. p.15.

Después de la producción de bienes y servicios básicos para la satisfacción de las necesidades de la población, sobreviene la fase de distribución de estos bienes y servicios para que sean accesibles de consumo de las personas que los demandan. Para Godelier, esta fase implica que "las operaciones de distribución son las que determinan, en el seno de la sociedad, las formas de apropiación y de uso de las condiciones de producción y de su resultado, el producto social. La apropiación de estos *objetos* está sometida en toda sociedad a reglas explícitas que definen los derechos (no escritos o escritos) que los diversos miembros de la sociedad tienen sobre estos objetos"¹⁰². Cabe señalar que esta apropiación, también, implica una normatividad en sentido amplio. Como es conocido, en el ámbito mercantil juega un papel de suma importancia junto con las leyes escritas, un conjunto poco determinado de costumbres y usos que permiten que el intercambio de estos mismos objetos funcionen con agilidad. Esta normatividad en sentido amplio, para efectos de esta investigación, implica una vez más que para una adecuada interpretación del ámbito de las relaciones económicas dentro de un panorama jurídico penal se requiera del auxilio de las técnicas y métodos propios de la Economía y otras ciencias.

Asimismo, y dentro de este mismo concepto de normatividad, se debe de partir del hecho de que "las reglas de la apropiación conciernen, tanto a los factores de producción como a sus efectos. En la primera categorización se hallan comprendidos los recursos, las materias primas, el suelo; según el estadio de

cada sociedad, estos factores pueden pertenecer, tanto a personas individuales cuanto a grupos [...] lo cual significa que estos objetos no obedecen a las mismas reglas; la distribución contempla, entonces, los diversos medios por los cuales se realiza.

La segunda categorización se vincula con los efectos: el producto, epílogo del proceso de producción. También en este rubro las modalidades de distribución varían en las diversas sociedades"¹⁰³ Esta fase del proceso económico implica también, un estadio posterior: el cambio. Este es el sostén de la economía de mercado. El intercambio de bienes y servicios se convierte, entonces a su vez, en la fuerza dinámica y en el fundamento de ese sistema económico. Dados los modelos de producción establecidos, en los que se torna muy difícil la economía de autosuficiencia, el intercambio, como fase avanzada de la distribución de bienes y servicios, se hace indispensable en la satisfacción de necesidades y en la autoperpetuación del sistema económico vigente. En este sentido, Marx establece que esta distribución reflejada en el intercambio, cierra el círculo de la interrelación producto-consumo, ya que, según el pensador alemán: "sin producción no hay consumo pero sin consumo tampoco hay producción, ya que en este caso la producción no tendría objeto".¹⁰⁴ Así, la demanda determina la producción y la oferta de bienes y servicios.

¹⁰² Baigún (2005). Op. Cit.p15.

¹⁰³ Baigún (2005). Op.cit. p16.

¹⁰⁴ Marx, Karl. Elementos Fundamentales para la crítica de la economía política. Citado por: Baigún, David (2005) Op. cit. p.14

Sobre lo anterior cabe puntualizar en algunos aspectos que son de particular interés para este trabajo. En primer lugar, se establece que las reglas de apropiación son individuales y colectivas. Esto quiere decir que el interés estatal en la tutela de las situaciones de distribución e intercambio de bienes pasan no solo por los intereses de apropiación individual, sino en intereses más colectivos que tiene que ver con la satisfacción de necesidades, vistas de manera colectiva y con la demanda de bienes y servicios vista a nivel macro, como reflejo del sistema de intercambio del mercado. Es decir, que al margen de las reglas de apropiación que rigen las relaciones individuales de comercio, el Estado, también, se ocupa de proteger el curso de éstas y de reconocer las diferencias entre las mismas dependiendo de sus particularidades para determinar el funcionamiento adecuado del sistema económico basado en el modelo económico (programático) que sigue el Estado mismo.

Por otra parte, dada la circularidad del binomio producción-consumo, no solo interesa proteger las relaciones económicas generadas en el intercambio en sí, las cuales devienen generalmente en intereses particulares entre las personas o grupos que participan directamente en una relación cambiaria determinada, sino que interesa también, de forma global, la manera de la cual la ejecución de estas relaciones afectan al mercado en su totalidad. Un ejemplo de esto puede ser el siguiente: Supóngase que X va a la carnicería de Y a comprar chorizo, después de hacer una comprobación se da cuenta de que Y le vendió menos cantidad por el precio de un kilo. En principio, y dentro del ámbito patrimonial, la contravención solo atañe a los intereses de X y Y. Sin embargo, ¿que pasa si X le cuenta a los

demás clientes de la carnicería el suceso y ellos se dan cuenta de que también están siendo perjudicados?, ¿que pasa, además si la carnicería de Y no es la única que aplica las mismas técnicas de venta y perjudican a las que actúan de conformidad a las convenciones? Es, en este punto, donde se precisa que haya un parámetro más allá de las convenciones meramente patrimoniales para explicar el fenómeno de los delitos económicos. Entonces, se puede suponer que los clientes engañados por Y podrían cambiar de carnicería, o se abstendrían de comprar cierto tipo de carne por temor a ser estafados, asimismo, la competencia de Y se podría ver perjudicada en primera instancia por falta de clientela dada la competencia desleal y luego por la desconfianza generada por el actuar desleal de Y. Con esto se ve que un acto lesivo, que se inserte dentro de la fase de distribución, a su vez, puede lesionar múltiples intereses y generar un mal funcionamiento de la economía a varios niveles.

El último estadio dentro de esta concepción de sistema económico es el de consumo, el cual constituye la unidad final. Se entiende que la fase de consumo "abarca no solo el producto final, sino obviamente, los factores de producción (recursos, máquinas, materias primas, etc); está sometido, como se dijo, a las reglas de producción y las reglas sociales de distribución. Claro que al mismo tiempo, es el ciclo final de una estructura; carece de sentido si se le toma en cuenta en forma aislada. En verdad, sólo es imaginable si se representa como un proceso de circularidad- al que Marx alude tantas veces- en que la producción

permite el consumo y éste a su vez, permite la producción"¹⁰⁵

Importante es señalar, en este momento, la noción de estructura. Esta noción implica el concepto de funcionalidad. Cabe señalar que a raíz de este concepto, las tres unidades del sistema económico deben funcionar en conjunto y que las normatividades de todas deben de tomar en cuenta las particularidades de las reglas de las demás unidades para conducir a la agilización del sistema económico y un mejor funcionamiento del mismo. Así, las normas propias de una unidad constituyen un limitante de las normas de las siguientes, las cuales deben armonizarse para lograr una estructuralidad armónica que logre plasmar los intereses sociales del estado y su programa económico.

3.3 Sobre la intervención estatal en delitos contra el bien jurídico orden económico

3.3.1 Justificación Teórica

Dado el concepto de sistema y de estructuralidad que implica el orden económico del Estado y sus implicaciones en el ámbito social y además, habiendo realizado una sinopsis acerca de la justificación estatal para intervenir en la economía, es de vital importancia realizar un breve análisis acerca de la

¹⁰⁵ Íbidem.

justificación de la intervención del poder punitivo en el ámbito económico.

Para empezar se dirá que, de acuerdo con lo señalado más arriba, la intervención del Estado en la economía y el mercado no solo implica las normas dirigidas a regular las relaciones sociales de carácter económico vistas como "hechos económicos" en concreto, "sino que puede ser también objeto de la norma, es decir, actuar como un protagonista más en las relaciones de producción, distribución y consumo, o de otro modo, desempeñar el papel de sujeto al igual que los propietarios de mercancías que concurren al mercado"¹⁰⁶ Sobre este doble carácter del Estado interventor en la economía ya se había señalado que el ente estatal actúa como sujeto de mercado ya que comercia e intercambia a lo interno y con otros estados, por lo cual le interesa el adecuado funcionamiento del sistema económico, pero también, a lo externo de sí mismo, le interesa objetivamente el buen funcionamiento de la economía para la preservación de un estado de cosas, para lograr fines sociales y cumplir con otros objetivos.

Esta decisión de intervenir en la economía y el grado en el que esta intervención se materialice, van a depender no solo de el aspecto programático del sistema político-económico, muchas veces- si no es que casi todas- depende directamente de los intereses y concesiones que realicen los grupos hegemónicos de poder. Como señala Baigún: "Es el Estado que actúa como sector de la formación económico-social, como componente de una totalidad mayor de que

abarca no sólo la actividad económica, sino también, las restantes de diferente cuño: sociales, políticas, jurídicas, religiosas, etc. Obviamente, este esquema sólo es trasladable a la sociedad de clases y no tiene su homología en las primitivas"

¹⁰⁷ Esta referencia a la sociedad de clases explica además el grado de intervención del Estado no sólo basado en los elementos señalados anteriormente (de tipo estructural-económico), sino que remite a una concepción conflictual del problema.

Esta concepción conflictual, donde se exponen las contradicciones sociales basadas en la sociedad de clases y el reflejo de éstas en la normatividad, se liga claramente con lo que se había dicho antes acerca de la relación entre la noción de funcionamiento con el programa de sistema económico establecido, pero además, enriquece el concepto, dado que introduce, dentro de esa noción de programa o de sistema económico elegido el elemento de grupo hegemónico de poder.

No se debe entender acá, sin embargo, que los grupos de interés hegemónico disponen de la normatividad económica. El sistema económico vigente en determinada sociedad, en determinado momento, es reflejo de una serie de conflictos entre esa clase dominante y los sectores subordinados a la misma. Por supuesto, como se puede inferir el derecho es la forma por excelencia de las clases dominantes para mantenerse en el poder, por lo cual cualquier

¹⁰⁶ Baigún (2005) Op. cit. 15.

normativa tiende a mantener ese poder disolviendo los conflictos. Esta disolución, a menudo se logra protegiendo y brindando derechos a las clases subordinadas y limitando, en algunos casos, el poder de las dominantes.

Como se dijo, hay que pensar en el concepto de adecuado funcionamiento de la economía sabiendo que éste se encuentra adscrito a un modelo de estado y además a una clase dominante que legitima este sistema. Este sistema, además, proviene de no solo de la relación dialéctica entre el estado y sus súbditos sino, y principalmente de la relación (conflictual también), entre las clases dominantes y las subordinadas. Es decir, que " el análisis del Estado como sector condicionante de la actividad económica sólo es viable si se parte de una formación económico-social determinada. Y aquí cabe no olvidar dos presupuestos básicos: el primero, que los componentes de la formación económico-social (económicos, políticos, jurídicos, culturales) no son parificables valorativamente; como enseña Marx, la matriz de este concepto se anida en las relaciones económicas (relaciones de producción); el segundo, que resulta impensable una formación económico-social estática, pues pertenece a un proceso histórico natural, caracterizado como un estadio morfológico del flujo de este proceso"¹⁰⁸

Con esto se cierra un círculo. No es posible, desde esta perspectiva, analizar el fenómeno del sistema económico o de la formación económica de

¹⁰⁷ Íbidem.

¹⁰⁸ Baigún, David (2005) El bien jurídico orden económico. En : Estudios sobre justicia Penal. Homenaje a Julio Maier. 1º Edición. Buenos Aires, Argentina: Editores del Puerto. p.18.

manera ahistórica, aislándolo de la realidad social en la cual se desenvuelve. Así como no es posible mantenerlo aislado de la sociedad y cultura, tampoco es posible analizarlo de manera exterior al proyecto político que justifica su existencia. La asepsia metodológica no se puede aplicar en este caso dado que este sistema económico no solo convive y se desarrolla dentro de parámetros políticos y sociales, sino que, dentro de una concepción histórica, es producto de éstos, por lo cual la intervención Estatal no solo deviene necesaria para la determinación, sino que la misma forma y configura el sistema económico. Hasta la decisión del Estado de una intervención mínima en la materia genera contradicciones, las cuales provocan reacciones de similar magnitud que las que provocaría una sociedad de regulación estricta en dicha materia.

Así, las formulaciones liberales y neoliberales acerca de la mínima intervención y el *Laissez-faire, laissez-passer* cada vez gozan de menos cabida conceptual, ya que no se puede ver el fenómeno económico desde fuera del Estado y que éste solo debe intervenir para corregir disfuncionalidades externas. Como señala Baigún: "No se requiere mucho esfuerzo para verificar que tal formulación no se corresponde con la realidad social; el Estado- y lo mismo ocurre con la ideología y los demás factores de la formación económica-social- está presente, bajo formas diferentes, en cada uno de los modos de producción o, para decirlo focalizadamente, en las relaciones de producción y en su reproducción; la ilusión de la escuela liberal, de proclamar un estado no intervencionista en la economía, demuestra su fragilidad en cuanto se recuerde que, salvo la etapa de la sociedad primitiva, el Estado ha actuado siempre en los conflictos económicos

aunque con variantes determinadas por el modo de producción"¹⁰⁹

3.3.2 La construcción de un bien jurídico que integre las tesis garantistas y proteja efectivamente las relaciones económicas

Una vez justificada teóricamente la intervención jurídico-penal en el ámbito de economía, queda la tarea de pensar en el soporte material del Orden económico del Estado como Bien Jurídico. Como se dijo anteriormente, existe "una serie de hechos de gran trascendencia también para los intereses socioeconómicos y que exceden del ámbito puramente patrimonial individual, por lo que se hace difícil incluirlos o sancionarlos correctamente con los clásicos delitos patrimoniales".¹¹⁰ Estos hechos escapan a la concepción liberal tradicional de laissez-faire y se enmarcan en una esfera de afectación que se extiende no solo a uno, sino a varios ámbitos de la vida social.

Sin embargo, se reitera acá que dentro de una concepción garantista de Bien Jurídico, como la que se brindó al principio de éste, se debe partir de que las actuaciones que se sancionan provoquen lesiones reales y cuantificables dentro del ámbito social. Se señaló, además que el concepto de bien jurídico lleva intrínseco un contenido social, es decir, que el reproche que incide en la sanción no solo se configura gracias a la lesión que sufre la persona víctima, sino que las

¹⁰⁹ Íbidem

¹¹⁰ Cervini, Raúl. Aproximación conceptual integrada al Derecho Penal Económico. En Rubinska, Ramiro y Schurjin Almenar, Daniel (Coordinadores) (2010) Derecho Penal Económico. Buenos Aires, Argentina; Marcial Pons, S.A. p. 34.

conductas sancionadas porque hay un desvalor de éstas a nivel de la sociedad en la cual se desarrollan.

Sin embargo, como ya se había señalado, el contenido social y la posible indeterminación conceptual que genera la inserción de un concepto como el de orden económico del Estado puede crear controversias. En cuanto al contenido de lo que debe entenderse por éste no se ha extendido en los anteriores apartados. No obstante, conviene acá precisar que para que una conducta pueda ser sancionable por lesión a este bien jurídico "es imprescindible que estos hechos sean calificados por una efectiva trascendencia colectiva, es decir, deben ser casos en los que, además del bien jurídico patrimonial, se lesiona o pone en peligro en forma concreta la producción, distribución y consumo de bienes y servicios, de modo tal que un colectivo determinado se vea ciertamente afectado"¹¹¹ Con esto se quiere decir que antes de hacer reproche por la lesión o la puesta en peligro de relaciones económicas y de mercado, se debe demostrar la afectación colectiva de éstas. Además, se deja claro que el daño debe de afectar a una colectividad económica determinada o determinable. Cabe señalar, asimismo, que la magnitud del daño patrimonial no es factor determinante para la calificación de un delito económico *per se*; ésta se puede convertir en un factor determinante de acuerdo con las características propias de la producción, distribución y consumo del bien o del servicio del que se hable. Es aquí donde deviene importante el estudio de la normatividad propia de los procesos

¹¹¹ Cervini, Raúl. (2010) Op cit. p34.

económicos de cada uno de los productos y de la cual se habló anteriormente. (V.gr. No es lo mismo una estafa gigante a una persona física, que una defraudación de grandes proporciones a una empresa de seguros).

Partiendo de esto se tiene claro que la conducta y su sanción deben estar siempre sujetas a parámetros reales determinables, que también se debe recurrir a un análisis de los hechos que abarque, tanto la perspectiva mercantil y patrimonial propiamente dicha, pero que, además tome en cuenta las relaciones sociales y materiales de la producción, distribución y consumo de el bien o servicio en cuestión, lo cual conducirá a una determinación de las lesiones específicas que la actuación causó o del peligro en que se incurrió por éstas. Sobre esto, Cervini hace una precisión conceptual pertinente: "el bien jurídico tiene un substracto de realidad natural., no porque resulte de un supuesto derecho natural, sino porque se produce en el contexto de una relación social concreta, con todas las contradicciones que esa realidad encierra. Esa relación concreta hace generar necesidades, que a su vez, conducen a la elaboración de medios para satisfacerlas. Pero, aunque se reconozca el origen natural del bien jurídico, su protección jurídica no se hace directamente, sino a través de un proceso mediatizado de interacción simbólica, donde el que hace las leyes y asume la protección del bien jurídico, aunque actúa en interés de de los grupos o los partidos a los que pertenece, la realiza sobre la base de la invocación del interés general. El concepto de bien jurídico pasa hoy por una transformación en el sentido de su comprensión con base en su sentido personalista y en su legitimación democrática. Esto implica un doble control material. [...] El estado no

puede prohibir cualquier conducta, sino solamente aquella que implique una lesión o peligro de lesión a bienes jurídicos, tomados como valores concretos que hacen posible la protección de la persona humana individualmente considerada o como integrante de un colectivo suficientemente definido, o que aseguren su participación en el proceso democrático, sin referencia alguna a un deber general de obediencia. Desde este punto de vista, también los tipos penales socioeconómicos constituidos sobre la base de la protección del bien jurídico deben reflejar la realidad de cada sociedad y relaciones sociales concretas, nacidas de la conflictividad y no de meras imágenes causales".¹¹²

Este sustrato real del cual se habla y que incluye razones de índole político y social, implica, a su vez, que el análisis que se debe hacer con respecto del bien jurídico debe ser dinámico y tomar en cuenta, a su vez, las condiciones materiales que generan el conflicto. Este análisis, además, debe ajustarse a las condiciones reales de las relaciones económicas y no a meros modelos ideales; si bien se dijo que la noción de sistema económico se apareja con la noción de estructura y que ésta se encuentra íntimamente ligada con la de funcionamiento, el cual, a su vez, es establecido por un modelo económico definido y por las influencias de los grupos hegemónicos, el análisis de las lesiones del orden económico no debe limitarse a estas variables y debe incluir un conocimiento de los contextos sociales y sobre todo económicos donde se generan los conflictos.

¹¹² Cervini, Raúl. (2010) Op.cit. p35.

Asimismo, y con respecto de la lesividad de las conductas, se debe tener claro que se produce, por lo menos, una doble afectación a bienes jurídicos. Esto ha generado tradicionalmente la disputa donde se señala, por parte de los opositores a la existencia del bien jurídico orden económico del Estado, de que los mismos hechos agotan su esfera de reproche en el ámbito patrimonial, sin que sea necesario extender el mismo a otras esferas. Sin embargo, como señala Baigún: "El orden económico puede ser analizado a partir de sus componentes (las partes) La producción, distribución y consumo constituyen partes del todo, pero al mismo tiempo actúan como un todo en relación con fenómenos abarcados por cada unidad. Tanto en este caso como en el anterior -funcionamiento como parte y todo- se registran hechos y episodios con gravitación distinta en las relaciones sociales. Estos hechos o episodios pueden ser recogidos, a veces, por el ordenamiento normativo con una tutela especial, pero no por ello desaparecen del orden económico. Es un segmento que se individualiza y se lo alzaprima haciéndole jugar un rol externo al sistema. Esta óptica está ausente cuando se pretende construir un bien jurídico de dos niveles (o de dos afectaciones): uno, que engloba las relaciones económicas - de producción, distribución y consumo- y otro que se ciñe a las relaciones patrimoniales. No se advierte que estas últimas integran el orden económico, pero sólo como un componente singular en su relación con el rasgo universal que exhibe el bien orden económico. Si el ordenamiento jurídico lo extrae del orden económico, asignándole una protección especial -los clásicos delitos contra la propiedad- , la cuestión es distinta; forma parte de otro escenario, conforma un nuevo bien, pero ya no será colectivo o

supraindividual, sino individual"¹¹³

Con esta concepción, se supera el supuesto dualismo entre delitos patrimoniales y delito contra el orden económico. Se reconoce que los delitos patrimoniales simples son una zona de los delitos económicos que se extrae de éstos por conveniencia y por particularidades de nivel de reproche, además por objetivos político criminales. Esta postura, además logra conciliar el hecho de que todos los delitos contra el orden económico del Estado tengan una base patrimonial y lo explica diciendo que ésta es una característica de dichos delitos y no un nivel de reproche distinto. No es, entonces, que exista un dualismo entre lo patrimonial y lo económico, sino, más bien, que lo segundo incluye lo primero y que por elección del legislador, existen situaciones de hecho que se excluyen del bien jurídico orden económico y se tutelan de manera especial.

Esto resulta de particular importancia dado que, como se señala, todos los delitos patrimoniales, afectan el proceso de económico. Sin embargo, si se analizan todas las conductas a través del bien jurídico orden económico del Estado, para este orden una estafa tradicional, con uno o pocos afectados, no causaría mayor perjuicio. Es, por este motivo, que el legislador extrae estas conductas del ámbito económico, dada su mínima afectación a éste y las configura dentro de la esfera personal del individuo afectado.

¹¹³ Baigún, David (2005) El bien jurídico orden económico. En : Estudios sobre justicia Penal. Homenaje a Julio Maier. 1º Edición. Buenos Aires, Argentina: Editores del Puerto. p.20.

Así, se puede excluir fácilmente, mediante los parámetros descritos anteriormente, las relaciones económicas que no tengan la relevancia y la afectación de intereses colectivos requerida para el reproche a nivel económico. Esta perspectiva, unida al concepto de bien jurídico que se venía manejando desde el comienzo de este capítulo, cumple con los objetivos de brindar garantías y de servir de límite al poder punitivo del estado, ya que se maneja un concepto claro de cuales son las acciones perseguibles, al circunscribir éstas a las que sean colectivamente (en sentido social) relevantes.

3.3.3 Caracterización del Bien Jurídico

Una vez definido el bien jurídico, su legitimidad y su ámbito de aplicación, es conveniente en este punto caracterizarlo con el fin de darle mayor contenido. Se seguirá, entonces, la caracterización propuesta por Baigún, por ajustarse mejor a los objetivos de este trabajo. Según ésta, las características del bien jurídico Orden económico del Estado son las siguientes* :

a) **Es un bien colectivo:** Según lo anterior, la cualidad de colectivo se refiere a bienes "pertencientes o relativos a cualquier agrupación de individuos"¹¹⁴ Sin embargo, como se ha venido señalando, esas colectividades no pueden ser indeterminables, precisan de un contenido al menos verificable.

*Toda la clasificación de Baigún

¹¹⁴ Soto Navarro, Susana. La protección penal de los bienes jurídicos colectivos en la sociedad moderna. Citada en: Baigún, David (2005) Op. cit. p 21.

Tampoco, en este sentido, se podría hablar de una titularidad compartida de toda la sociedad, ya que "en primer lugar, porque sin perjuicio de que aceptemos esta categoría como totalidad, no debemos olvidar que en las relaciones económicas, que componen el orden económico, resulta imposible compartir la titularidad con el conjunto de la sociedad. La unidad producción-distribución-consumo, que como vimos está condicionada por el desarrollo de las relaciones de producción y las fuerzas productivas, denuncia en sí misma la existencia de una división en capas, clases o estratificaciones diferentes, cada una de las cuales estaría en condiciones de reclamar una específica tutela. Desde éste ángulo, el adjetivo "colectivos" no parece satisfacer las exigencias de un concepto preciso, puesto que habría tantos bienes colectivos como estratificaciones o clases."¹¹⁵ No obstante, la noción de colectividad nos ayuda a excluir gran cantidad de situaciones que no importan una lesión social relevante y que pueden ser dirimidas en el ámbito patrimonial clásico. Si bien entonces, el concepto de colectividad es insuficiente por las razones antes expuestas, sirve de piedra de toque para la determinación de situaciones que lesionen el orden económico.

b) **Es un bien jurídico no disponible:** Con respecto a este punto, se dirá que es una cuestión de amplia disputa la que tiene que ver con la disponibilidad del bien jurídico. Acerca de esto, sin embargo, se dirá que "los bienes jurídicos colectivos son siempre,[...] por su difusa y extendida titularidad, indisponibles no sólo por algún cotitular, sino incluso, por el conjunto de la masa que la ostentaría,

de suyo imposible de determinar a estos efectos"¹¹⁶

Sobre este tema se deben aclarar por lo menos dos aspectos. En primer lugar, como se dijo anteriormente, estos delitos suponen la intervención del Estado en el funcionamiento de la economía, pero esta intervención, en el caso de este bien jurídico, no se limita, ni mucho menos, a establecer regulaciones normativas en torno a los mismos. El Estado, al haber un interés público involucrado, debe intervenir, además activamente cuando se ha lesionado el bien jurídico, para velar porque ese interés se vea satisfecho o reparado. El bien jurídico, entonces, intrínsecamente incluye la intervención del Estado, el cual, obviamente, no puede disponer ni a nombre propio ni en el de la comunidad, por lo cual es lógico pensar que se está ante un bien indisponible.

Por otra parte, un tema de particular importancia para los efectos de este trabajo es el de la colectividad vista como masa. En la definición que se planteó previamente se habla de que el bien es indisponible, también, dado a la indeterminación de la masa de afectados, sea esta vista como una colectividad. Siendo éste un bien jurídico que permite que existan afectaciones tangibles, pero indeterminables con cuantificaciones precisas, donde lo importante es demostrar el perjuicio al orden visto como producción-distribución-consumo, no es posible hablar de una titularidad precisa, ya que también, su ámbito de afectación es difuso. El tema de la masa en este tipo de delitos es fundamental, ya que puede

¹¹⁵ Baigún. Op. Cit. p25.

¹¹⁶ íbidem

haber masas determinadas por un lado, por ejemplo, el grupo de personas estafadas colectivamente, y a su vez, masas de personas afectadas que reciben perjuicios de manera indirecta, por ejemplo empresas o personas que tienen el mismo giro comercial de la empresa estafadora o empresas que emplean las mismas tácticas comerciales.

c) El orden económico tiene referentes individuales: Como se dijo, el ámbito de los delitos económicos, como lesión al sistema económico como una totalidad, y del cual se desprenden zonas que se han querido tutelar de manera diversa, tiene múltiples entrecruzamientos con esos sistemas. A manera de ejemplo de esto se puede citar el fraude colectivo de intermediación financiera ilegal. En este caso en específico, el agente utiliza una supuesta intermediación financiera en el mercado de valores para estafar a inversionistas que adquieren acciones en su establecimiento. Aquí, por un lado se tiene el referente patrimonial de la defraudación realizada en contra de los inversionistas, que es cuantificable y medible, además del referente individual de la defraudación tributaria, cuya víctima es el Estado. Pero esto no agota todas las perspectivas de afectación de este acto y aunque generalmente tiene referentes individuales y afectaciones precisas en este ámbito, es la trascendencia en el ámbito social lo que identifica a este bien jurídico. Cabe decir acá, a modo introductorio, que en el caso de los fraudes colectivos, todos tienen el referente patrimonial de trasfondo.

d) Tiene inmediatez: En relación con lo anterior, y dado al referente

individual que suelen tener los delitos económicos, se ha tratado de establecer dualismos en el sentido de que esos referentes individuales serían bienes jurídicos inmediatos y que la afectación colectiva involucraría un bien jurídico mediato. Este dualismo, como señala Baigún, no puede existir ya que "si se acepta la idea de que el bien jurídico protegido, en una de sus versiones, no exhibe capacidad como módulo interpretativo, significa, en puridad que este bien jurídico no existe desde el mismo momento de su creación"¹¹⁷ Sin embargo, esta dualidad se soluciona con la visión del bien jurídico que expusimos en el acápite anterior y que consiste en ver el orden económico como una totalidad de la cual se desprenden ámbitos de reproche distintos, dependiendo de la afectación que se produce, es decir " para nosotros, que concebimos al orden económico como una totalidad, con los componentes ya conocidos, el vínculo con el tipo es directo, la lesión se produce sin intermediarios y la afectación no requiere que se atraviesen bienes individuales en el camino; ello no quiere decir que no se pueda dar la afectación de estos bienes individuales, pero el recorrido no tiene un desarrollo prefijado, un escalamiento sucesivo".¹¹⁸

e) Es material: Es común en la doctrina civil hablar de la dualidad entre bienes materiales o inmateriales (o espirituales), los cuales se refieren a derechos o bienes incorpóreos. "Trasladado este enfoque al orden económico, es fácil extraer conclusiones; las relaciones de producción -distribución-consumo de bienes y servicios, como las demás relaciones sociales, constituirían propiedades

¹¹⁷ Baigún. Op cit. p27

¹¹⁸ Íbidem

incorpóreas, ajenas a la materia y, por ende, diferenciadas de las que dan sustento a los bienes jurídicos convencionales" ¹¹⁹ La postura que se maneja en este trabajo, solventa esta concepción también, porque asume el orden económico del estado como categoría histórica, y se basa en las relaciones materiales, de carácter económico que se dan en la realidad y no en simples modelos teóricos.

f) Es difuso: esta característica está muy ligada a la supraindividualidad del bien, a que, como se ha venido repitiendo, este bien trasciende la esfera de los intereses individuales. La difusión no tiene que ver, sin embargo, con que la afectación se asocie con grupos específicos, sino con el hecho, de que, como se señaló, la afectación trascienda los intereses individuales. Para mayor claridad, no es relevante para este bien que tres o cuatro personas se vean estafadas, sin embargo, si este conjunto de estafas generan efectos que trascienden el ámbito individual del patrimonio de los afectados, entonces, se convierte en supraindividual, es decir, no es precisamente la cantidad de personas o entidades que se ven perjudicadas, sino el hecho de cómo este perjuicio trasciende esas esferas individuales.

g) Es macrosocial: es posible hacer una diferenciación en cuanto a que existen bienes macrosociales, que son colectivos y bienes microsociales, individuales. "La conceptualización parece aceptable. En verdad, lo macrosocial equivale a universalidad o generalidad del Bien, términos a los que ya se ha

¹¹⁹Baigún. Op cit. p28

referido anteriormente, lo microsocioal, por su parte, es sinónimo de la existencia de un bien, restringido a sujetos determinados en el campo de los delitos convencionales; aquí, el bien sigue siendo social- esta característica está en todos los bienes jurídicos- pero los afectados son individuos determinados."¹²⁰

h) Son supraindividuales: Se remite acá a lo que se señaló en la característica de la difusión y se agrega que, según el autor: "lo supraindividual no es solamente lo que está por encima de lo individual(*supra*) sino lo que va mas allá de los individuos; el resultado de la acción no recae solo sobre un conglomerado de seres humanos sino, central e inexorablemente, sobre otros bienes; la ¹²¹supraindividualidad puede ser determinada como indeterminada (sic), pero su perfil decisivo está dado, repetimos, por el dato de que ya se encuentra superado el ámbito individual"

i) Es indivisible: como se ha venido señalando, el sistema económico es una unidad que no se puede entender sin la relación íntima entre las fases de producción, distribución y consumo. Éstas, aunque pueden ser analizadas por separado con fines teóricos, como aquí mismo se ha hecho, en la realidad nunca se dan aisladas, por lo que deben ser vistas como una unidad. Además, si se incorpora el elemento de interés público a esta ecuación, se obtiene que no hay forma, al menos en el ámbito jurídico-penal, de analizar o dividir dicho bien.

¹²⁰ Baigún. Op cit. p28.

¹²¹ Baigún. Op cit. p30.

3.4 Conclusión.

El análisis del bien jurídico Orden Económico del Estado suministra aclaraciones pertinentes acerca del abordaje de las situaciones del Fraude Colectivo. Como se explica al principio, el concepto de patrimonio es de carácter mercantil y tiene, como soporte teórico el modelo capitalista- liberal. Esto fundamenta, a su vez, que haya una relación de género- especie entre el orden económico del Estado y las relaciones patrimoniales. El Legislador extrae las mismas del orden económico (v.gr. en el caso de la estafa tradicional), ya que el ámbito patrimonial de afectación es más importante en esos casos, es decir, por razones de técnica legislativa y política criminal. Esto no significa que la escala de un fraude colectivo no pueda ser observada desde la perspectiva de su afectación económica. Un análisis de este tipo permite determinar todos los niveles de lesión que se generan y logra conciliar los fines de tutela del Estado de Derecho y del modelo político-económico, con los objetivos político-criminales del mismo, además que contempla las garantías del Derecho Penal.

CONCLUSIONES

A lo largo de la elaboración de este trabajo, se ha pretendido elaborar un aparato teórico-conceptual que permita estudiar, de manera más sencilla el concepto y las acciones que encuadran en la noción de fraude colectivo. Como se ha visto, la misma es una noción compleja y que tiende a presentar confusiones con otros institutos, lo cual genera mayor dificultad en su identificación y configuración.

Es necesario, entonces, como se ha intentado hacer, establecer contenidos que conduzcan a un adecuado análisis de esta figura, respetando los principios generales y la normativa del Derecho Penal, en el cual se insertan, y generando una forma nueva y coherente de interpretar este fenómeno, para librarlo de ciertas confusiones conceptuales.

Dentro del cuerpo del presente trabajo se ha establecido que el análisis de los fraudes colectivos debe partir del tipo penal de Estafa. Si bien, no se invisibiliza que las acciones en cuestión puedan encuadrar en otras conductas tipificadas (como la Intermediación Financiera ilegal o el fraude de seguros), es con la estafa con la que se comparte la mayor cantidad de elementos configurativos del tipo

penal.

La estafa, como se ha dicho, es un delito eminentemente patrimonial, su ámbito lesivo se limita a perjudicar el patrimonio del ofendido, mediante un ardid o engaño tendiente a que, voluntariamente, el perjudicado se desprenda de su patrimonio. Este desprendimiento patrimonial es el fin último del autor del delito y agota su lesividad en este acto. No existen en la estafa, vista ésta como acto único y no integrante de ningún plan, elementos que permitan establecer su ligamen con la afectación a otros bienes jurídicos.

Hay que hacer una salvedad en este aspecto. Se menciona que una estafa simple no afecta más bienes jurídicos que el patrimonio. Esto es cierto en gran medida. No obstante, existen estafas especiales- por ejemplo, las que afectan el patrimonio del Estado- o estafas que requieren de la comisión de otros delitos para su éxito – como el típico caso de la falsificación de documento y uso de documento falso con ocasión de estafa- que afectan ciertamente otros bienes jurídicos. Se dirá únicamente, que en el primer caso se trata de delitos especiales, establecidos explícitamente en la normativa costarricense y en el segundo, que existe una amplia tradición jurisprudencial en torno a estos hechos.

Es, en este punto, cuando cabe una pregunta fundamental: ¿Abarca el delito de Estafa, tal y como está redactado actualmente, las situaciones de fraude colectivo que se han expuesto a lo largo de esta investigación? La respuesta, obviamente es que no. Se ha utilizado la teoría general de la estafa para

determinar similitudes teóricas, “parecidos de familia”, entre los fraudes tradicionales y los fraudes colectivos. Sin embargo, si se toma el esqueleto conceptual de la estafa, en su teoría general y se traslada a la esfera de los fraudes colectivos, se nota que en varios aspectos fundamentales, el principal de ellos el que tiene que ver con el bien jurídico, difieren o no satisfacen el propósito investigativo ni los fines político criminales del Estado en cuanto a la tutela y protección que debe a brindarse a éstos.

Es, por esta razón, que se propone en este trabajo un enfoque diverso acerca del tratamiento que se debe de dar a nivel de investigación con respecto de estos delitos, ya que la simple y llana figura de la estafa no agota las situaciones ni el ámbito de afectación que se produce en estos casos. Está claro que el principio de legalidad reinante en el derecho penal impide que se dé el tratamiento que se propone acá en este momento, pero la base del Estado Democrático de Derecho requiere, que ante situaciones que devienen producto de la dinámica social y de las apariciones de nuevas formas de relaciones socioeconómicas, se brinden respuestas adecuadas ante éstas.

Es, por este motivo que, cuando las estafas o defraudaciones obedecen a un plan de autor o a una estructura criminal más compleja en la cual se requiera de gran cantidad de éstas para lograr un beneficio- de carácter patrimonial-ilegítimo cuantioso, no se puede sostener que en esta cadena de acciones, la afectación se limite únicamente al patrimonio de los perjudicados. Primero, porque como se ha señalado, esto conllevaría a que se valore cada defraudación por

separado, aplicándole las reglas comunes del concurso e ignorando las posibles implicaciones que podría tener en otros bienes jurídicos y luego, como se ha dicho también, porque para que estas acciones puedan ser relacionadas, debe de existir un ligamen ulterior que no puede brindar el bien jurídico Patrimonio.

Se debe de señalar, en este punto, que el propósito de esta investigación fue esclarecer si hay algún ligamen entre el derecho mercantil y los fraudes colectivos. Con el avance del trabajo se ha determinado que existen múltiples conexiones entre ambos. Tratar todas ellas aquí sería muy extenso y sobrepasaría el propósito de éste.

No obstante, una de las conclusiones más importantes de este trabajo tiene que ver con este ligamen: Después de un análisis de lo que significa el orden económico del Estado como bien jurídico, se puede precisar que esa protección a las relaciones económicas, entendidas éstas como las de producción, transformación y comercialización de bienes y servicios tiene relación, de manera íntima con la afectación y lesividad causada por el fenómeno de los fraudes colectivos.

Como se señaló en el cuerpo de esta ponencia, el concepto de Orden Económico del Estado, tiene su origen en el interés que hay, en el capitalismo incipiente, de proteger las relaciones económicas de producción y distribución de los bienes y servicios de consumo. Esta protección se origina, primeramente, como se dijo, en el derecho mercantil, éste, a su vez, genera todo un aparato

conceptual que va permeando distintas áreas del Derecho. Al establecerse este nuevo paradigma, se comienza a integrar al ordenamiento jurídico una serie de situaciones novedosas que derivan de las relaciones de comercio emanadas del modelo capitalista de economía.

De la protección a este modelo económico se deriva el primer punto de cruce entre los fraudes colectivos y el Orden económico del Estado como bien jurídico. El modelo de producción capitalista exige que el Estado intervenga activamente para proteger no solo a los individuos, sino también, al sistema mismo de los posibles abusos y excesos que le son inherentes. Esta tutela genera, en un principio, el Derecho Mercantil, como forma de establecer reglas para controlar esos excesos y además, darle fluidez al cambio comercial.

Este derecho mercantil, con el tiempo, demuestra ser insuficiente ante las situaciones que subyacen a las relaciones comerciales. Por ejemplo, para lo que interesa, se pueden dar casos en los cuales éstos individuos se aprovechen de los institutos mercantiles, tales como contratos, establecimiento de sociedades anónimas o de otros tipos, o la emisión de títulos valores, para lograr beneficios ilegítimos, perjudicar a competidores o afectar al sistema económico directamente. Estos actos, a pesar de encontrarse dentro de los márgenes de la legalidad en cuanto a las reglas del Derecho Comercial, vulneran intereses sociales que se intentan proteger con éste. Es, entonces, como se señaló, que se hace necesario extender esa intervención estatal y crear institutos que se encarguen de evitar ese

uso “abusivo” de las normas mercantiles.

Es, en este contexto, en el cual surge el concepto de orden económico del estado. Esta herramienta es útil para establecer la posible afectación, no sólo a los individuos o grupos de interés económico, sino al sistema de producción en su totalidad. Como se señaló en el desarrollo de esta investigación, este orden económico del estado es difuso y su afectación tiene, en el mejor de los casos, un carácter difícil de determinar.

Así también, es difícil de determinar la afectación total en los llamados delitos de masa, entre los cuales, por supuesto, se encuentran los fraudes colectivos. Hay claridad en cuanto a la afectación patrimonial que sufre cada uno de los perjudicados, sin embargo, como también se puntualizó, la lesividad de la acción no se agota, ni mucho menos en el ámbito patrimonial.

La acción lesiva de los fraudes colectivos no solo afecta el patrimonio de los perjudicados, ésta se inserta en el orden económico de varias formas, las cuales pueden extraerse del análisis presentado.

En primer lugar, el fraude colectivo distorsiona las relaciones económicas que se basan en el mismo giro comercial de la acción lesiva. La cantidad de afectados y la difusión social que se genera de éstos, perjudica a los potenciales competidores. Por ejemplo, si una empresa vacacional, actuando de manera engañosa, vende planes a precios exponencialmente más bajos que los de los

empresarios “honrados” que trabajan objetivos similares. Esto genera que para mantenerse en el mercado, las empresas tengan que bajar precios, hasta que ya no pueden subsistir dados los costes de mantenimiento y los pisos de venta a partir de los cuales no se puede negociar sin pérdida.

Asimismo, esto repercute en la calidad de los servicios que recibirán las personas que adquieren, por ejemplo, los planes en las empresas “honestas”, ya que los costes de oportunidad de la baja en los precios causada por el acto lesivo, se trasladan generalmente al usuario. Esto genera el segundo efecto nocivo en el mercado: Las personas que utilizan el servicio, o compran el bien de una calidad inferior, desarrollan una resistencia por consumirlo, dada la baja calidad de la experiencia. Esto hace que se disminuya la demanda de dicho bien o servicio y causa que las empresas que no se encuentran suficientemente preparadas o que no tengan el respaldo apropiado entren en crisis.

En tercer lugar, se genera una afectación a las estrategias comerciales empleadas por empresas, que aunque no son del mismo giro comercial, utilizan métodos de comercialización similares a los realizados por la empresa fraudulenta. Por ejemplo, es común que las empresas que se dedican a defraudar mediante planes vacacionales, utilicen la técnica de citar a sus potenciales víctimas a una reunión, cena o fiesta, con el fin de exponer sus planes falsos y lograr que se dé en ese lugar y momento el desprendimiento patrimonial ilegítimo.

Esta estrategia de mercadeo es utilizada, entre otras, por empresas que se

dedican a la venta de tarjetas de crédito, agencias de viajes o inmobiliarias. Esto causa que se dé una especie de repudio hacia dichas técnicas a raíz de que se asocia con el engaño de que se fue objeto, este repudio nace por parte de los perjudicados, en primer término, los cuales temen una revictimización, pero se difunde socialmente debido a que estos, se encargan de informar a sus allegados acerca de estas técnicas, asociándolas con el hecho delictivo.

En una sociedad donde la información y la difusión de ésta es tan rápida y llega de manera efectiva a muchas personas, rápidamente el nicho de mercado y las técnicas utilizadas por los sujetos activos se vuelven objeto de escarnio a nivel de prensa y – actualmente- de las redes sociales, donde se difunde la información y, a la vez, se juzga a las empresas y sus métodos. Esta asociación, como suele suceder con todos los eventos de masa, trasciende toda racionalidad y subsiste a pesar de los esfuerzos de los empresarios de reivindicarlas.

No se está hablando acá de simple competencia desleal, o dumping o estrategias comerciales monopólicas, las cuales se pueden resolver por medio del Derecho Mercantil tradicional. Se habla de afectaciones, producto de acciones delictuales, las cuales se traducen en la afectación a un bien jurídico tutelado penalmente.

Es, precisamente, la cantidad de afectados o perjudicados, la influencia de estos en las relaciones económicas del Estado y la afectación a un bien jurídico ulterior al patrimonio, lo que debe marcar la especialidad de la investigación de los

fraudes de masa o colectivos y encaminar la disección conceptual de los éstos con respecto de los delitos comunes de estafa. No se niega acá la existencia de un contenido patrimonial fundacional, más bien es éste el que genera todas las consecuencias anteriormente dichas.

Asimismo, en otro orden de ideas, la afectación a dicho bien jurídico en el caso de los fraudes colectivos cumple con los dos parámetros establecidos para dichas violaciones, a saber: primero, que la persona se dedique o ejerza sus actividades en un sector determinado de la economía, y que, además tenga el conocimiento y el poder de ejercer los actos lesivos.

En el caso de los fraudes colectivos, se señaló, de conformidad con la herramienta conceptual brindada por el análisis del delito continuado, que se debe de presentar las múltiples afectaciones de acuerdo con un plan de autor basado en la reiteración de conductas, es decir, que parte del ardid debe ser hacer creer al perjudicado que está frente a una empresa comercial constituida legítimamente y con fines legítimos.

Por otro lado, el agente debe tener el conocimiento de la lesividad de sus actos. Como se señaló, el agente no tiene el fin, en la mayoría de los casos, de afectar el orden económico del Estado. Pero ese no es el requisito. Dada la experiencia, el “know how” y la especialización requerida para establecer la estructura empresarial falsa, se establece que el sujeto activo conoce las

implicaciones de sus actos.

Así, esta afectación, que es material y tangible, a pesar de su indeterminación, se genera fuera del simple ámbito patrimonial de los perjudicados y debe ser estudiada de otra forma. La investigación de los Fraudes Colectivos debería empezar por el patrimonio de los afectados, ya que son ellos los que dan la *noticia criminis* de éstos, pero tiene que trascender dicha esfera y se debe, en la misma, determinar todas las posibles afectaciones que se presenten a la economía del Estado y a sus agentes, las cuales tienden a ser invisibilizadas por la doctrina dominante.

BIBLIOGRAFÍA

Libros

Bacigalupo, Enrique (1996). Manual de Derecho Penal. Parte General. 3° Reimpresión. Santa Fe de Bogotá, Colombia. Editorial TEMIS.

Castillo, González, Francisco (2001). El Delito de Estafa. Editorial Juricentro, 1 ed. Costa Rica.

Certad Maroto, Gastón (1998) Temas de Derecho Comercial. Segunda Edición, San José, Costa Rica; Editorial Juritexto S.A.

Jiménez Bolaños, Frefie María (2003) Los Fraudes Colectivos. 1° Edición. San José, Costa Rica: Editorial Juricentro.

Landrove Díaz, Gerardo (1978). Los Fraudes Colectivos, primer Edición, Barcelona, España.

Mora Mora, Luis Paulino y otros (Coordinadores) Estudios sobre justicia Penal. Homenaje a Julio Maier. 1° Edición. Buenos Aires, Argentina: Editores del Puerto. p.14.

Mora Rojas, Fernando (2003) Introducción al Derecho Comercial. Primera Edición, San José, Costa Rica; Editorial Juritexto S.A.

Rojas Chacón, José Alberto y otra (2009) Teoría del Delito. Aspectos Teóricos y Prácticos. Tomo II. Poder Judicial de Costa Rica, Ministerio Público

Romero N., Gladys. (2007) Delito de estafa. Análisis de modernas conductas típicas de estafa. Nuevas formas de ardid o engaño. 2º Edición. Editorial Hammurabi. Madrid España.

Rousseau, Jean Jacques (1979) El Contrato Social. Sexta Edición, México D.F, México; Editorial Porrúa S.A.

Rubinska, Ramiro y Schurjin Almenar, Daniel (Coordinadores) (2010) Derecho Penal Económico. Buenos Aires, Argentina; Marcial Pons, S.A.

Torrealba Navas, Federico (2009). Lecciones de Contratos:Primera parte. San José, Costa Rica. Impresos Solano Marín. S.A.

Zaffaroni, Eugenio Raúl (2000) Derecho Penal. Parte general. 1º Edición, Buenos Aires, Argentina, Sociedad Anónima Editora, Comercial, Industrial y Financiera EDIAR.

Zaffaroni, Eugenio Raúl (2005) Manual de Derecho Penal. Parte General. 1º Edición, Buenos Aires, Argentina; Sociedad Anónima Editora, Comercial, Industrial y Financiera EDIAR.

Trabajos Finales de Graduación

Rojas Araya, Huber (1970). La estafa. Tesis para optar por el grado de Licenciado en Derecho, Universidad de Costa Rica.

Serrano Baby, William (1997) Estafa Colectiva: un aporte a la luz del Ordenamiento Jurídico Costarricense. Tesis para optar por el grado de Doctor en Derecho.

Artículos de Libro:

Adriasola, Gabriel. Legitimidad de la intervención del Derecho Penal en la Actividad Económica. En Rubinska, Ramiro y Schurjin Almenar, Daniel (Coordinadores) (2010) Derecho Penal Económico. Buenos Aires, Argentina; Marcial Pons, S.A.

Cervini, Raúl. Aproximación conceptual integrada al Derecho Penal Económico. En Rubinska, Ramiro y Schurjin Almenar, Daniel (Coordinadores) (2010) Derecho Penal Económico. Buenos Aires, Argentina; Marcial Pons, S.A.

Leyes y Decretos

Costa Rica (Autor Corporativo) (1848) Código General de la República de Costa Rica. Versión Digital Facilitada por la Biblioteca del Poder Judicial de Costa Rica

Costa Rica (Autor Corporativo) (1880). Código Penal. Ejemplar digital Facilitado por la Biblioteca del Poder Judicial.

Costa Rica (Autor Corporativo) (1971) Código Penal de la República de Costa Rica y sus reformas. Editorial Investigaciones Jurídicas, San José, Costa Rica. 26° Edición (2011)