



FACULTAD DE DERECHO

**Ciberestafa a través de la venta de productos tecnológicos en internet: estudio a partir de los hechos investigados en la Operación Lupin III**

Juan Manuel Navajas Díez

5º E-3 C

Derecho Penal

Tutor: Prof. Dr. Javier Gómez Lanz

Madrid

Junio, 2020

## Índice de Contenido

RESUMEN .....	3
ABSTRACT .....	4
1. Introducción .....	5
2. Hechos probados .....	6
3. Calificación Jurídico Penal.....	7
3.1. Análisis de la antijuridicidad penal.....	7
3.1.1. EL DELITO DE ESTAFA .....	8
3.1.1.1. La acción.....	8
3.1.1.2. La tipicidad .....	9
3.1.1.3. La falta de justificación.....	23
3.2. Análisis de la culpabilidad.....	23
3.2.1. La imputabilidad.....	23
3.2.2. El dolo .....	24
3.2.3. La exigibilidad de otra conducta .....	26
4. Problemas concursales .....	26
4.1. El delito continuado y el delito masa.....	27
4.2. El delito publicitario en relación con el delito de la estafa .....	31
5. Reflexiones finales .....	36
6. Bibliografía.....	37

## RESUMEN

Este trabajo se centra en el estudio jurídico penal de los hechos cometidos por J.A.F. en el marco de la Operación Lupin III y que han culminado con su detención como presunto responsable del perjuicio patrimonial ocasionado a un número indeterminado de personas. Al no haber recaído todavía una sentencia sobre estos hechos, no se ha podido contar con una narración jurídica de hechos probados, por lo que se ha procedido a la elaboración de una redacción de estos hechos a partir del comunicado de prensa publicado por la Guardia Civil. De los mismos, se deduce que los hechos pueden ser constitutivos del delito de estafa recogido en el artículo 248 del CP. Para su valoración, resultará fundamental la comprensión y análisis de todos los elementos típicos que comprenden el delito de estafa, tanto en su modalidad tradicional como en su modalidad de estafa informática.

Además, se exponen brevemente los conflictos concursales que afloran en el caso. Por un lado, se valora el problema de los tipos de la estafa en relación con la apreciación del delito continuado y el delito masa, recogidos en el artículo 74 del CP. Por otro lado, se analiza la posible subsunción de los hechos en el tipo publicitario del artículo 282 del CP y se expone la solución concursal en relación a la subsunción de los hechos en este tipo y en el de la estafa.

Palabras Clave: Estafa, Engaño, Error, Operación Lupin, delito publicitario, delito continuado

## ABSTRACT

This project focuses on the criminal legal study of the acts committed by J.A.F. within the framework of Operation Lupine III, which culminated in his arrest as being responsible for the damage to property caused to an undetermined number of people. As a judgment on these facts has not yet dictated, there has been no legal narrative of proven facts, so a drafting of the proven facts has been prepared based on the press release published by the 'Guardia Civil'. From them, it has been deduced that the facts may constitute the crime of scam set on article 248 of the CP. For its correct assessment, it will be essential to understand and analyse all the common elements that are related to the crime of scam, both in its traditional form and in the informatically fraud kind.

In addition, the concurrent conflicts that arise in the case are briefly exposed. On the one hand, the problem of the types of scam is valued in relation to the appreciation of a continuous offence, set out in article 74 of the CP. On the other hand, it analyzes the possible 'subsumption' of the facts in the advertising crime of article 282 of the CP and exposes the legal solution in relation to the subsumption of the facts in this type and in that of the scam.

Key Words: Scam, Deception, Misconception, Operación Lupin, Advertising crime, Continuous offence

## 1. Introducción

El principal objetivo de este trabajo es la valoración de la responsabilidad penal del principal autor de las acciones investigadas por la Guardia Civil bajo el nombre de la Operación Lupin, con la finalidad de establecer la correspondiente infracción penal imputable a esos actos. A fin de analizar todos los elementos que deben presentarse en los hechos estudiados para el nacimiento de la responsabilidad penal, se procede a la exposición de un análisis jurídico-penal de acuerdo a una teoría mixta que se fundamenta en una concepción predominantemente objetiva del tipo<sup>1</sup>, y en la que situaciones como los delitos por imprudencia o las tentativas y actos preparatorios se configuran como casos excepcionales en los que la imputación de responsabilidad penal requiere la existencia de otros presupuestos como contraposición a la falta de uno de los elementos generales del delito.

*A priori*, los hechos que se valorarán en este trabajo podrían resultar susceptibles de ser subsumidos en los siguientes tipos<sup>2</sup> del actual Código Penal<sup>3</sup>:

- a) El delito de estafa recogido en los artículos 248, 249 y 250 del Código Penal
- b) El delito publicitario recogido en el artículo 282 del Código Penal

Una vez valorados los hechos, se expondrá un análisis de los conflictos concursales del tipo de la estafa en relación con el delito continuado y el delito de masas y del tipo de la estafa en relación con el delito publicitario.

---

<sup>1</sup> Esta teoría del concepto material de delito se puede encontrar en: Obregón García, A. y Gómez Lanz, J., *Derecho Penal. Parte General: Elementos Básicos de la Teoría del Delito*. Editorial Tecnos, 2ª ed. Madrid, 2015

<sup>2</sup> Los hechos bien podrían ser subsumidos también en el delito de grupo criminal recogido en el artículo 570 bis del CP, sin embargo, este estudio queda fuera del alcance de este trabajo

<sup>3</sup> Ley Orgánica 10/1995 de 23 de noviembre del Código Penal

## 2. Hechos probados

El caso sometido a análisis en este trabajo se remonta a julio de 2019, cuando el presunto ciberdelincuente, el leonés de 23 años J.A.F, fue detenido por la Guardia Civil en relación con la conocida como operación LUPIN. Al tratarse de un caso relativamente reciente y complejo, los hechos que motivaron la detención no han sido todavía juzgados y por lo tanto no se ha podido acceder a una sentencia que recoja los hechos probados. Del mismo modo, tampoco se ha podido acceder a una documentación similar a través de las posibles diligencias de la detención.

Por lo expuesto, se procede a exponer brevemente, a partir de la información pública descrita en los distintos comunicados de prensa<sup>4</sup>, una narración de los hechos que se considerarán probados a efectos de este trabajo:

*A lo largo del 2018, el “Departamento de Delitos Telemáticos de la Unidad Central Operativa (UCO) de la Guardia Civil” detecta un conjunto de estafas con un modus operandi similar y con un considerable número de afectados por todo el país, procediendo así al inicio de la Operación en cuestión. En concreto, las estafas se producen de manera informática y consisten en la venta de productos electrónicos o de consumo a través de páginas webs espejo<sup>5</sup> de reconocidas tiendas online, en las que llegaban a incluirse diseños, símbolos y marcas similares y cuya extensión en el tiempo no iba más allá de los días. Todo ello con el fin de inducir a error a los usuarios de las mismas, quienes, creyéndose estar ante la web verdadera, procedían a operar con la misma con total confianza.*

*La operación se extendió durante un año hasta finalizar con la detención en julio de 2019 de J.A.F como presunto autor de estas estafas. Queda probado que, durante ese período de tiempo, J.A.F y sus colaboradores gestionaron hasta 30 páginas webs fraudulentas en las que se ofrecían desde juegos electrónicos y móviles hasta aires acondicionados o gasóleo de calefacción. Tales productos se ofrecían a un precio ligeramente inferior al de mercado, a fin de incitar a las víctimas a la compra de los mismos a la vez que no levantaba sospechas del fraude, como podría ser el caso si los precios fueran significativamente inferiores a los de mercado. Asimismo, el volumen de estafas llegó a reportarles unos ingresos superiores a los 300.000€ mensuales.*

*En cuanto a la dinámica comisiva de las mencionadas estafas, estas consistía principalmente en la falsa venta de productos a través de las mencionadas webs, de modo que cuando el cliente finalizaba el proceso de compra se veía obligado a realizar una transferencia bancaria como método de pago, y sin embargo nunca llegaban a recibir el bien adquirido. A efectos de manejar*

---

<sup>4</sup> A estos efectos, merecerá especial atención el comunicado de prensa emitido por gabinete de prensa de la Guardia Civil, disponible en: <https://www.guardiacivil.es/es/prensa/noticias/7043.html>

<sup>5</sup> Se entiende por “webs espejo” aquellas páginas webs que se constituyen como reproducciones fraudulentas de otras páginas webs legales

*semejante número de transferencias, el acusado se servía de mulas<sup>6</sup> a las que pagaba a fin de que abrieran distintas cuentas bancarias a su nombre y las pusieran a su disposición.*

*Por otro lado, con el paso del tiempo J.A.F. fue desarrollando nuevos fraudes relacionados con la ciberestafa enunciada en el párrafo anterior. Así, queda probado que en varias ocasiones y bajo el pretexto del procesamiento del pago de la operación, el acusado contactó telefónicamente con las víctimas y las convenció para que se descargaran una aplicación móvil con la que supuestamente tendrían localizado su pedido. Sin embargo, el mismo artificio iba dirigido a desviar los mensajes del teléfono de la víctima de modo que el acusado accedía a información relativa a las claves y códigos del banco, lo que le permitió llevar a cabo transferencias desde las cuentas de las víctimas por importes considerables, hasta el punto de llevarse todo el dinero de las cuentas de algunas víctimas.*

*Finalmente, también queda probada la existencia de un grupo criminal organizado a los efectos de perpetrar los hechos aquí narrados. Así, J.A.F tenía contratados, entre otros, a un informático, cuya misión era la elaboración de las páginas webs fraudulentas, a un individuo que ejercía las veces de jefe de seguridad o a otro encargado de la contratación de las “mulas”, las cuales representaban el nivel más bajo de la compleja estructura empresarial desarrollada por el acusado. Todas estas personas recibían un salario como si de un empleo se tratará, y sobre ellas el acusado ejercía un fuerte control, llegando hasta el punto de ordenar palizas cuando uno de sus “empleados” le engañaba o intentaba quedarse con más dinero del que le correspondía.*

### **3. Calificación Jurídico Penal**

#### **3.1. Análisis de la antijuridicidad penal**

Expuestos los hechos que se consideran probados a efectos de realizar este trabajo, podemos comenzar con el estudio de la responsabilidad penal del acusado J.A.F a fin de esclarecer si su conducta es susceptible de ser clasificada como delictiva. A tal efecto, el estudio se inicia con el análisis de la antijuridicidad penal, primer gran elemento del concepto material de delito defendido en este trabajo, y que a su vez está compuesto por

---

<sup>6</sup> En los delitos de estafa se denominan mulas, por analogía a las mulas en el tráfico de drogas, a aquellos que posibilitan las transferencias del dinero estafado a las víctimas a sus propias cuentas corrientes para después ponerlo a disposición del verdadero autor de la estafa, cobrando por este servicio una comisión sobre el total de la transferencia

un elemento fundamental que es la tipicidad y alrededor del cual giran otros dos elementos, la acción y la falta de justificación<sup>7</sup>.

Previamente al estudio de la antijuridicidad penal, debemos establecer dos consideraciones. Por un lado, el objeto del trabajo no es sino la determinación del posible reproche penal de las conductas potencialmente subsumibles en los tipos de la estafa y el tipo publicitario. Así, de suerte que los hechos probados constituyen un complejo entramado delictivo dirigido a la comisión de actos presuntamente susceptibles de ser subsumidos en los tipos de la estafa, no serán motivo de estudio de este trabajo otros hechos probados como las descritas conductas de palizas o amenazas o la participación en un grupo criminal, que a buen seguro merecerían el correspondiente reproche penal.

Por otro lado, el trabajo se centra en la figura del cabecilla de la operación J.A.F y en el análisis de los actos perpetrados por este. De este modo, la responsabilidad penal de los colaboradores y las mulas queda fuera del ámbito de este trabajo.

### 3.1.1. EL DELITO DE ESTAFA

De la narración de los hechos probados se deducen dos conductas susceptibles de ser subsumidas en los tipos penales de la estafa. De un lado, la venta fraudulenta de bienes a través de distintas páginas webs y de otro, la realización de transferencias no autorizadas desde las cuentas de las víctimas tras haber obtenido de estas sus claves bancarias mediante una aplicación móvil. A continuación, se procede a la exposición conjunta del estudio de ambas conductas.

#### 3.1.1.1. La acción

El artículo 10 del Código Penal<sup>8</sup> nos conduce a la determinación de la acción como primer elemento del concepto material del delito, de modo que su apreciación se sitúa como el requisito previo a la existencia de delito<sup>9</sup>. El estudio de la acción, cuya importancia es más teórica que práctica, conlleva la comprobación de dos elementos, la voluntariedad y la exteriorización de la conducta, los cuales se procede a exponer brevemente.

El requisito de la voluntariedad supone que el hecho en cuestión sea voluntario, es decir, que dependa “de una respuesta mediada por los centros cerebrales que rigen los aspectos

---

<sup>7</sup> Obregón García, A. y Gómez Lanz, J., *Derecho Penal. Parte General: Elementos Básicos de la Teoría del Delito*. Editorial Tecnos, 2ª ed. Madrid, 2015. pp. 38

<sup>8</sup> Artículo 10: “*Son delitos las acciones y omisiones dolosas o imprudentes penadas por la ley*”

<sup>9</sup> Gómez Tomillo, M., *Comentarios al Código Penal*. Lex Nova, 1ªed, septiembre 2010. pp. 86

cognitivo y afectivo-emocional del sistema nervioso<sup>10</sup>”. A modo de ilustración, podemos señalar como supuestos de falta de voluntariedad los hechos producidos por movimientos reflejos o en estados de plena inconsciencia. En los hechos que nos ocupan no cabe más que afirmar la existencia de voluntariedad, pues estos se producen por la sola voluntad del autor y bajo ciertas condiciones, como la extensión en el tiempo o la existencia de un plan elaborado, que impiden cualquier valoración en sentido contrario.

Por otro lado, el requisito de exterioridad supone excluir del concepto de la acción los simples pensamientos<sup>11</sup>, y valorar solo aquellos hechos que se manifiestan directamente al exterior y son susceptibles de ser percibidos. En este sentido, y aunque no sea el caso que nos ocupa, se debe mencionar que la exterioridad es apreciable también en las omisiones, en la medida en que estas son apreciables por los sentidos. De los hechos cometidos por J.A.F se puede afirmar con certeza su exterioridad, en la medida en que la creación de páginas webs falsas, la venta fraudulenta de productos o la transferencia de dinero desde cuentas corrientes ajenas son claramente hechos exteriores y que se pueden percibir por los sentidos.

#### 3.1.1.2. La tipicidad

Como se mencionó en la introducción, en este trabajo los hechos se analizan a partir de una concepción predominantemente objetiva del tipo, que nos aleja de una parte de la doctrina que defiende la concepción personal del injusto y nos conduce al estudio del contenido de la voluntad en un momento posterior al de la tipicidad, concretamente en el momento del examen del otro gran elemento del delito, la culpabilidad.

Como apunta García-Pablos, “de las innumerables conductas socialmente nocivas, y no deseables, el Derecho Penal selecciona las más reprochables, las define como “delictivas” y sanciona con una pena<sup>12</sup>”. En consecuencia, la determinación de una acción como típica supone que sobre la misma recae un juicio de valor negativo, en la medida en la que se considera como una conducta lesiva de los bienes tutelados por el Derecho Penal. En los

---

<sup>10</sup>Obregón García, A. y Gómez Lanz, J., *Derecho Penal. Parte General: Elementos Básicos de la Teoría del Delito*. Editorial Tecnos, 2ª ed. Madrid, 2015. pp. 54

<sup>11</sup> Como se recoge en el proverbio alemán “Gedanken sind zollfrei”, cuya traducción al español sería “los pensamientos no pagan aduanas”

<sup>12</sup> García-Pablos de Molina, A. *Introducción al Derecho Penal. Instituciones, fundamentos y tendencias del Derecho Penal*. Editorial Universitaria Ramón Areces. 5ª ed. Madrid, 2012. pp. 125

delitos de estafa, recogidos en los artículos 248 y siguientes del Código Penal<sup>13</sup>, el bien jurídico protegido para la mayoría de la doctrina es el patrimonio<sup>14</sup>, compuesto por todos los derechos del individuo con contenido económico.

El estudio de los elementos del tipo no está exento de debate doctrinal, donde tradicionalmente se ha discutido la clasificación de los mismos en atención a criterios puramente formales. No obstante, la adopción de esos criterios presenta más conflictos que soluciones y por ello se va a obviar en este trabajo. Opinión distinta nos merece el estudio de los elementos del tipo a partir de una consideración material, que servirá como base del análisis del tipo de la estafa y que nos lleva a diferenciar entre los sujetos de la acción típica, el objeto y la propia acción típica.

A diferencia del concepto de objeto jurídico, asociado al bien jurídico tutelado, “el objeto material, u objeto de la acción, es aquel ente físico sobre el cual, concretamente, recae la acción del sujeto<sup>15</sup>”. En el caso de la estafa, mientras que el bien jurídico es el patrimonio como unidad, el objeto u objetos materiales son todos los bienes o derechos que integran el patrimonio y son transmitidos<sup>16</sup> a causa de la dinámica comisiva del delito. En los hechos valorados, el objeto material sería todo el dinero transmitido a través de las operaciones de venta y de las transferencias realizadas por J.A.F desde las cuentas de las víctimas.

En relación con los sujetos de la acción típica, cabe diferenciar entre el sujeto activo, aquel que realiza la acción, y el sujeto pasivo, el titular del bien jurídico tutelado. En relación con el primero, cabe afirmar que, siendo el delito de estafa un tipo común que

---

<sup>13</sup> La definición de estafa se encuentra recogida en el artículo presentado a continuación, mientras que el resto de disposiciones relativas a la estafa contienen reglas especiales del tipo que serán valoradas a su debido momento.

**Artículo 248.**

*1. Cometen estafa los que, con ánimo de lucro, utilizaren engaño bastante para producir error en otro, induciéndolo a realizar un acto de disposición en perjuicio propio o ajeno.*

*2. También se consideran reos de estafa:*

*a) Los que, con ánimo de lucro y valiéndose de alguna manipulación informática o artificio semejante, consigan una transferencia no consentida de cualquier activo patrimonial en perjuicio de otro.*

*b) Los que fabricaren, introdujeran, poseyeran o facilitaren programas informáticos específicamente destinados a la comisión de las estafas previstas en este artículo.*

*c) Los que, utilizando tarjetas de crédito o débito, o cheques de viaje, o los datos obrantes en cualquiera de ellos, realicen operaciones de cualquier clase en perjuicio de su titular o de un tercero.*

<sup>14</sup> Pastor Muñoz, N., *La determinación del engaño típico en el delito de estafa*. Editorial Marcial Pons, Madrid, 2004.

<sup>15</sup> Kierszenbaum, M. *El bien jurídico en el Derecho Penal. Algunas nociones básicas desde la óptica de la discusión actual*. Lecciones y ensayos, nº 86, 2009.

<sup>16</sup> Liñán Lafuente, A. *Trazos de Derecho Penal. Parte especial*. Autoedición, 2018.

cualquiera puede cometer, el sujeto activo es J.A.F.<sup>17</sup>. En cambio, el sujeto pasivo, o en este caso sujetos pasivos, son todas las personas cuyo patrimonio se ha visto menoscabado por el conjunto de las acciones cometidas por el sujeto activo.

Finalmente, debemos entrar a valorar los hechos a fin de determinar si se cumplen todos los elementos propios del tipo de la estafa, y afirmar en consecuencia la tipicidad de los mismos. De un lado, ha quedado probado que J.A.F. es el responsable de la creación de páginas webs en las que se ofrecían productos para su venta, que sin embargo los clientes que operaban con las mismas nunca llegaban a recibir. En particular, las páginas webs trataban de replicar, tanto en su contenido como en su forma, verdaderas tiendas *online* con el fin de transmitir confianza y seguridad a las víctimas, que creían estar operando con la web real.

De otro lado, queda probado que, en más de una ocasión, J.A.F. contactó con víctimas de la argucia anterior para que, con la excusa de tener localizado su pedido, descargasen una aplicación en su móvil. Sin embargo, la aplicación no solo no permitía localizar el pedido, sino que facultaba a J.A.F. para acceder a contenido privado de los móviles de las víctimas, y en concreto, a números y claves bancarias. Así, una vez sustraídas esas claves, procedía a realizar transferencias no autorizadas desde las cuentas corrientes de esas personas.

Como recoge Choclán Montalvo, “se encuentra superada la opinión que estimaba suficiente para afirmar la tipicidad de la conducta, de acuerdo con el tipo de la estafa, con la producción de un perjuicio patrimonial que causalmente esté asociada a un engaño<sup>18</sup>”. La regulación de la estafa tradicional se encuentra recogida actualmente en el artículo 248.1 del CP, cuya redacción se fundamenta en la definición de este delito prevista por Antón Oneca, siendo esta “la conducta engañosa, con ánimo de lucro injusto, propio o ajeno, que, determinando un error en una o varias personas, les induce a realizar un acto

---

<sup>17</sup> El ámbito de este trabajo excluye el análisis de las conductas de los colaboradores de J.A.F., de los que podría predicarse su condición de sujetos activos. En cuanto a las “mulas”, existe cierto conflicto doctrinal en la consideración de sus acciones como subsumibles en los tipos de la estafa o en los tipos del blanqueo de capitales. Sin embargo, la evolución de la jurisprudencia a partir de la sentencia del Tribunal Supremo 533/2007, de 12 de junio supone el anclaje definitivo de la calificación jurídico penal de las acciones de los muleros en el delito de estafa, como cooperadores necesarios

<sup>18</sup> Choclán Montalvo, J.A., *El delito de estafa*, Editorial Bosch, 2ª Edición, Barcelona, 2009

de disposición, consecuencia del cual es un perjuicio en su patrimonio o en el de un tercero<sup>19</sup>”

Así, la subsunción de un hecho en el tipo de la estafa requiere la constatación de una estructura relativamente compleja<sup>20</sup>. En concreto, la jurisprudencia viene estableciendo desde la reforma del Código Penal de 1983 una enumeración constante de los elementos del tipo de la estafa y son los siguientes<sup>21</sup>:

- 1) Un engaño precedente, concurrente
- 2) Dicho engaño ha de ser bastante para la consecución de los fines propuestos, con suficiente entidad para provocar el traspaso patrimonial
- 3) Producción de un error esencial en el sujeto pasivo, desconocedor de la situación real
- 4) Un acto de disposición patrimonial por parte del sujeto pasivo, con el consiguiente perjuicio para el mismo
- 5) Nexo causal entre el engaño del autor y el perjuicio a la víctima
- 6) Ánimo de lucro

Los elementos expuestos no deben entenderse como independientes, sino que todos ellos deben seguir una relación de causalidad<sup>22</sup>, de modo que la alteración del orden de los mismos podría conllevar la atipicidad de la conducta, o incluso la subsunción de los hechos en otro tipo penal<sup>23</sup>. En consecuencia, el estudio de los hechos probados en relación con estos elementos se realizará de forma ordenada a la luz de la mencionada relación de causalidad.

En primer lugar, el engaño se constituye como el núcleo del delito de estafa. La Real Academia Española define el engaño como la “acción y efecto de engañar, falta de verdad

---

<sup>19</sup> Antón Oneca, J., *La Estafa. Nueva Enciclopedia Jurídica*, Tomo IX, Editorial Francisco Seix Barcelona, 1958

<sup>20</sup> La praxis que nos ofrece la realidad delictiva en lo referente al delito de estafas pone de manifiesto una innumerable cantidad de modalidades de estafa. En este sentido, las nuevas tecnologías pusieron de manifiesto un *modus operandi* de fraudes que no respondían a uno o varios elementos de la estafa tradicional y que en cambio incluían un componente que el Código Penal recogió como “manipulación informática o artificio similar”. Esto será motivo de estudio de este trabajo más adelante.

<sup>21</sup> En este sentido, Sentencia del Tribunal Supremo, Sala Segunda, de 28 de octubre núm. 810/2016 con cita, entre otras, a la Sentencia del Tribunal Supremo de 4 de julio de 2005 núm. 880/2005

<sup>22</sup> Liñán Lafuente, A. *Trazos de Derecho Penal. Parte especial*. Autoedición, 2018.

<sup>23</sup> A modo de ilustración, el traspaso patrimonial previo al engaño nos sitúa, con carácter general, en el ámbito de aplicación del tipo de la apropiación indebida.

en lo que se dice o hace”. Sin embargo, no todo engaño es penalmente relevante, sino solo aquel engaño que es antecedente, causante<sup>24</sup> y bastante<sup>25</sup>. El primer requisito requiere que el engaño preceda a la disposición patrimonial. En este sentido, Choclán Montalvo nos recuerda que el engaño no tiene por qué ser antecedente al error, como considera parte de la doctrina, pues resulta suficiente con que el engaño sirva para reforzar o mantener un error previo, de modo que se aumente el riesgo de lesión del bien jurídico<sup>26</sup>. En los hechos estudiados, los engaños se corresponderían con la creación de las webs fraudulentas y con las llamadas telefónicas a las víctimas, siendo estos claramente anteriores al perjuicio patrimonial.

Además, el engaño debe ser bastante, es decir, idóneo para conseguir los objetivos propuestos. De acuerdo a la jurisprudencia del Tribunal Supremo<sup>27</sup>, “constituye engaño bastante aquél que es suficiente y proporcional para la efectiva consecución del fin propuesto y que tiene la entidad necesaria para que en la convivencia social actúe como un estímulo eficaz del traspaso patrimonial”. Esta definición exige la realización de un juicio de valor que determine precisamente qué engaño es suficiente, proporcional y reviste de entidad necesaria. A estos efectos, nos recuerda Bajo Fernández que tal valoración debe realizarse con una doble medida, objetiva y subjetiva<sup>28</sup>.

De un lado, se busca objetivar los criterios del engaño bastante estableciendo que este debe ser serio y de una entidad suficiente en relación con el grado de conocimientos y capacidades del hombre medio y, de otro, atender a la situación concreta del sujeto pasivo a través de criterios subjetivos<sup>29</sup>. La jurisprudencia no ha sido clara con respecto a esta cuestión y no son pocas las ocasiones en las que se ha manifestado a favor de un criterio

---

<sup>24</sup> El requisito de que el engaño sea “causante” se encuentra estrechamente ligado a las teorías de la imputación en los tipos que, como la estafa, exigen que se produzca un resultado. En consecuencia, se analizará una vez identificados todos los elementos típicos de la estafa, como último paso para declarar la tipicidad de la conducta.

<sup>25</sup> Así se desprende de la Sentencia del Tribunal Supremo de 2 de Febrero de 2002 núm. 101/2002 que establece que “No todo engaño sirve suficiente para determinar la existencia de estafa, sino que es preciso que sea bastante y suficiente para producir el efecto inductor de la ajena voluntad para disponer de bienes patrimoniales, por lo que se habrá de excluir la utilización de engaños que sean fantásticos, absurdos, ilusorios y, en definitiva, increíbles para la generalidad de las gentes con capacidad intelectual y sensatez dentro de la media normal. Y, por otra parte, comoquiera que ha de ser el engaño el medio para determinar la ajena voluntad es necesario que anteceda temporalmente a esta y la provoque y determine en rigurosa vía causal”

<sup>26</sup> Choclán Montalvo, J.A., *El delito de estafa*, Editorial Bosch, 2ª Edición, Barcelona, 2009. pp. 101

<sup>27</sup> Sentencia del Tribunal Supremo de 26 de junio de 2000 núm. 634/2000

<sup>28</sup> Bajo Fernández, M., *Los delitos de estafa en el Código Penal*, Editorial universitaria Ramón Areces, Madrid, 2004

<sup>29</sup> En este sentido, Sentencia del Tribunal Supremo de 28 de Enero de 2004, núm. 83/2004

puramente objetivo<sup>30</sup>. Sin embargo, en la medida en la que tal consideración supone determinar la atipicidad de una variedad de timos tan absurdos como eficaces, al dirigirse estos a víctimas con una especial vulnerabilidad, la más reciente jurisprudencia parece situarse a favor de ese criterio mixto objetivo-subjetivo.

A mi juicio, se ha pretendido otorgar una objetividad al juicio de valor que recae sobre la consideración del engaño bastante, quizás por la mayor seguridad jurídica que conlleva, pero que sin embargo no es tal en la práctica. Así, la subjetividad del juicio requiere un estudio caso por caso del sujeto pasivo con el fin de delimitar su condición de “hombre medio” o su especial vulneración, lo que en la práctica no es sino determinar si el engaño en cuestión es bastante e idóneo en relación con ese sujeto pasivo concreto, quedando a un lado los criterios objetivos.

Resulta en este momento de obligada mención la cuestión referente a la autotutela como causa de exclusión de la tipicidad de estos delitos. Sin embargo, recoge la doctrina que una cosa es la atipicidad de la acción en los casos de “engaño burdo o de absoluta falta de perspicacia, estúpida credibilidad o extraordinaria indolencia” que nos conducen a la atipicidad de la conducta enjuiciada, y otra que se pretenda hacer recaer sobre la víctima de estos delitos la responsabilidad del engaño exigiendo un modelo de autoprotección de autotutela que no está definido en el tipo penal y se reclama en otras situaciones patrimoniales<sup>31</sup>.

De los hechos probados se constata la existencia de engaño, pero nada se sabe de las víctimas y de sus características. Sin embargo, en la medida en la que han sido capaces de realizar compras y pagos por internet, disponiendo en consecuencia de la correspondiente tarjeta de crédito, y de atender a las llamadas de J.A.F. y realizar la correcta descarga de una aplicación móvil, y a falta de ninguna otra información, considero procedente asumir que todas ellas responden a ese concepto de “hombre medio”.

Sin duda, la navegación por internet y más aún la realización de pagos a través de plataformas digitales requieren un mínimo grado de diligencia de los usuarios. Una diligencia que debe evitar la caída en engaños burdos, fantásticos, claramente imposibles.

---

<sup>30</sup> Sentencia del Tribunal Supremo del 28 de enero de 1999 núm. 1647/1998

<sup>31</sup> Como se desprende, entre otras, de la Sentencia del Tribunal Supremo del 15 de marzo de 2012 núm. 162/2012 o de la Sentencia del Tribunal Supremo de 30 de abril de 2013, núm. 344/2013

Sin embargo, pues que las páginas webs eran reflejos casi idénticos de otras webs lícitas destinadas a la venta de los mismos productos que simulaban venderse y el perjuicio patrimonial causado no es sino el pretendido por las mismas, no cabe sino afirmar que el engaño es bastante e idóneo<sup>32</sup>.

Más dudas nos podrían ofrecer los engaños sucedidos a través de las llamadas telefónicas. Así, se podría cuestionar si, en tanto que la descarga de una aplicación no obedece al “modus operandi” normal del proceder de estos lugares *online* de venta, no debieran las víctimas haber reparado en la anormalidad de la operación y consecuentemente no haber procedido a la descarga de la mencionada aplicación. No obstante, teniendo en cuenta lo establecido por la doctrina en relación con la autotutela, y puesto que la artimaña en cuestión fue disfrazada de una falsa apariencia de veracidad a través de un elaborado plan, podemos determinar que no se trata de un engaño burdo y no cabe en mi opinión pronunciarse de un modo diferente que no sea el de la consideración de este engaño como bastante.

De acuerdo con las palabras de Antón Oneca, el error es “la desviación de la verdad, un juicio falso, el supuesto falaz de una volición, el motivo viciado de una manifestación activa<sup>33</sup>”. Así, el error no se puede identificar con la ignorancia de la realidad, sino con la falsa representación de la misma por parte del sujeto pasivo, de modo que este actúa en base al conocimiento de engañosas manifestaciones de la realidad. Además, solo cabe predicar la posibilidad de existencia de error en personas capaces, en tanto que la falta de capacidad para conocer conduce a la imposibilidad de cometer un error<sup>34</sup>. Ahora bien, será suficiente la capacidad natural del sujeto pasivo para consentir, sin la necesidad de que este reúna los requisitos propios del Derecho Civil<sup>35</sup>.

En línea con la consideración de “hombre medio” asumida para las víctimas, se procede con base a la misma construcción lógica, a determinar la capacidad natural de las mismas a los efectos de este estudio y, en consecuencia, su capacidad de errar. Constatada la

---

<sup>32</sup> En el mismo sentido se han manifestado los tribunales con respecto a estafas cometidos bajo una dinámica comisiva similar. Podemos citar, entre otras, la Sentencia del Tribunal Supremo del 16 de febrero de 2017, núm. 92/2017 o la Sentencia de la Audiencia Provincial de Santa Cruz de Tenerife del 11 de mayo de 2017, núm. 194/2017

<sup>33</sup> Antón Oneca, J., *La Estafa. Nueva Enciclopedia Jurídica*, Tomo IX, Editorial Francisco Seix Barcelona, Barcelona, 1958

<sup>34</sup> A modo de ilustración, cuando la acción y el engaño recaen sobre un sujeto pasivo incapaz, el Derecho Penal nos sitúa en el ámbito del hurto, realizado este por autoría mediata, y no en el de la estafa.

<sup>35</sup> Choclán Montalvo, J.A., *El delito de estafa*, Editorial Bosch, 2ª Edición, Barcelona, 2009. pp. 176

existencia de engaño, debemos determinar la existencia del error. En el caso de las páginas web, las víctimas creían estar operando con la tienda online legítima y operaron con ella con la errónea creencia de que recibirían lo comprado, lo que nos lleva a afirmar sin duda la existencia de una clara falsa representación de la realidad, es decir, la existencia del error. En el mismo sentido debemos pronunciarnos en relación con los sujetos pasivos engañados para descargar la aplicación móvil, pues tenían la creencia errónea de que la misma aplicación les permitiría tener localizado sus pedidos, desconociendo en todo momento la verdadera finalidad de la misma.

Además, el error de los sujetos pasivos tiene que ser un error excusable, siendo este aquel que no puede evitarse “empleando una diligencia media o regular <sup>36</sup>”, o un error inexcusable cuya exigibilidad no se les pueda atribuir. Mientras que el error de los sujetos pasivos con respecto a las páginas webs es, a mi juicio, claramente un error excusable, más duda nos ofrece la calificación del error relacionado con el fraude de la aplicación móvil. Sin embargo, en el caso de que se estimara este como error inexcusable, no cabría en ningún caso exigir, de acuerdo a lo expuesto por la jurisprudencia en relación con la “autotutela”, su evitación a los sujetos pasivos. Por lo expuesto, afirmamos la existencia del error en ambos casos.

Para apreciar la tipicidad de los hechos, debe poder verificarse un acto de disposición patrimonial por parte del sujeto pasivo, que se traduzca en un perjuicio para el mismo o un tercero. Por acto de disposición se entiende toda “acción u omisión de la víctima que produzca la transmisión del elemento patrimonial (incluyendo la cesión de derechos) y la pérdida de la disposición del mismo por parte del sujeto pasivo<sup>37</sup>”. En este sentido y como nos recuerda Antón Oneca, la disposición patrimonial en la estafa no es equivalente a los conceptos de negocio jurídico o declaración de voluntad del Derecho Civil y, por lo tanto, el sujeto pasivo que realiza el acto no requiere la facultad jurídica sobre las cosas<sup>38</sup>.

Cabe también mencionar que tampoco la disposición patrimonial equivale a desplazamiento patrimonial, pues se afirma la existencia de disposición también en los casos en los que el sujeto pasivo asume una obligación o deuda o presta un servicio que

---

<sup>36</sup> Choclán Montalvo, J.A., *El delito de estafa*, Editorial Bosch, 2ª Edición, Barcelona, 2009. pp. 177

<sup>37</sup> Liñán Lafuente, A. *Trazos de Derecho Penal. Parte especial*. Autoedición, 2018

<sup>38</sup> Antón Oneca, J., *La Estafa. Nueva Enciclopedia Jurídica*, Tomo IX, Editorial Francisco Seix Barcelona, Barcelona, 1958

luego no se le retribuye<sup>39</sup>. Así se desprende de la STS del 21 de octubre de 1998<sup>40</sup> cuando señala “que quien incorpora a su patrimonio una obligación (suscrita por engaño) sufre una disminución patrimonial en el sentido de la estafa”.

Además, este acto de disposición debe conllevar un perjuicio patrimonial, entendiendo por perjuicio la disminución del patrimonio del engañado o de un tercero. Con respecto al concepto de patrimonio, especial mención merece la problemática entre su concepción puramente objetiva o personal, que nos puede conducir a valoraciones diferentes en los casos en los que el sujeto pasivo recibe una contraprestación distinta a la contratada por medio de un engaño, pero de igual carácter económico<sup>41</sup>. Sin embargo, tal debate doctrinal no resulta de aplicación práctica en el caso, en la medida en la que las víctimas no llegaron nunca a recibir nada, ni siquiera cosa distinta a la comprada y, por lo tanto, optar por un concepto u otro conduce a una misma solución.

Hasta ahora, en las dos conductas enjuiciadas en este punto en relación con el tipo de la estafa se ha podido verificar la existencia tanto de un engaño bastante como de un error en otro. Sin embargo, es con respecto al acto de disposición y al perjuicio patrimonial cuando van a aflorar diferencias significativas. Así, como veremos a continuación, pese a que el perjuicio patrimonial se ha producido en ambos casos, la naturaleza y origen del mismo no obedecen a una misma estructura comisiva.

En los hechos relacionados con las ventas fraudulentas a través de las páginas webs, el error de las víctimas ha llevado a la realización de un acto de disposición, siendo este la transferencia que ellos mismos hicieron a las cuentas manejadas por J.A.F.<sup>42</sup> como pago de cierto producto ofertado en las páginas webs. Así, en la medida en la que nunca recibieron ese producto, ese acto de disposición ha conducido a un claro perjuicio en su patrimonio. Por lo expuesto, podemos afirmar la existencia de ambos elementos en este caso.

---

<sup>39</sup> Bajo Fernández, M., Los delitos de estafa en el Código Penal, Editorial universitaria Ramón Areces, Madrid, 2004. pp. 49.

<sup>40</sup> Sentencia del Tribunal Supremo de 21 de octubre de 1998, núm. 1.216/1998

<sup>41</sup> En la Sentencia del Tribunal Supremo de 23 de abril de 1992 núm. 3654/1992, el Tribunal, en base a una concepción personal del patrimonio, determinó la existencia de perjuicio patrimonial en un caso en que la víctima, mediante engaño, recibía, en vez de aceite comestible, aceite de uso industrial. Y ello, pese a que el aceite se vendió al precio de mercado, lo que llevaría a determinar, en base a un concepto objetivo del patrimonio, la falta de perjuicio.

Sin embargo, en los hechos relacionados con las transferencias no autorizadas, los sujetos pasivos del engaño no han realizado en ningún momento acto de disposición alguno de su patrimonio, sino que el perjuicio económico viene causado como consecuencia de un acto realizado por el propio acusado. Así, mientras que el engaño y el error se han mostrado idóneos para conducir a las víctimas a descargarse una aplicación móvil a partir de la cual J.A.F. ha podido obtener las claves bancarias de las víctimas, no podemos afirmar lo mismo en relación con las transferencias, en tanto que han sido directamente realizadas por el acusado y, por ende, en relación con el menoscabo en el patrimonio de las víctimas. Cabe afirmar en consecuencia que estos hechos no son subsumibles en el tipo de la estafa tradicional.

En este punto resulta necesario realizar un inciso para hablar de la realidad del tipo de la estafa en relación con los denominados delitos informáticos. Como ya estableció Groizard, “la estafa es el proteo de los delitos: adopta todas las formas susceptibles de ser inventadas por el ingenuo humano que conduzca a obtener un beneficio propio a costa de un perjuicio ajeno<sup>43</sup>”. Así, la modernización de la sociedad y el continuo desarrollo tecnológico han ido dando pie a la aparición de nuevas conductas que, a través de manipulaciones informáticas, permiten el enriquecimiento a costa de un perjuicio en el patrimonio ajeno.

En la medida en la que estas nuevas conductas adolecían de la falta de varios de los elementos típicos de la estafa tradicional, “doctrina y jurisprudencia<sup>44</sup> tenían dificultad para encuadrar estos supuestos dentro del tradicional delito de estafa<sup>45</sup>”. Frente a este problema, el legislador penal de 1995, considerando que no se estaba ante el nacimiento de una nueva categoría delictiva sino ante la simple reconversión del tradicional delito de estafa, optó por la modificación de los tipos tradicionales para complementarlos en lo que

---

<sup>43</sup> Groizard y Gómez de la Serna, A. *El Código Penal de 1870: concordado y comentado*. Madrid, 1912.

<sup>44</sup> En un caso de manipulación de cuentas corrientes, la Sentencia del Tribunal Supremo de 19 de abril de 1991 señala lo siguiente:

*“A la vista de ello, mal puede concluirse la perpetración de un delito de estafa por parte del procesado, al impedirlo la concepción legal y jurisprudencial del engaño, ardid que se produce e incide por y sobre personas, surgiendo en el afectado un vicio de voluntad por mor de la alteración psicológica provocada. La «inducción» a un acto de disposición patrimonial sólo es realizable frente a una persona y no frente a una máquina, implica una dinámica comisiva con acusado substrato ideológico. Con razón se ha destacado que a las máquinas no se las puede engañar, a los ordenadores tampoco, por lo que los casos en los que el perjuicio se produce directamente por medio del sistema informático, con el que se realizan las operaciones de desplazamiento patrimonial, no se produce ni el engaño ni el error necesarios para el delito de estafa. Sin engaño, elemento cardinal de la estafa, no puede entenderse producida ésta”*

<sup>45</sup> Bajo Fernández, M., *Los delitos de estafa en el Código Penal*, Editorial universitaria Ramón Areces, Madrid, 2004. pp. 166.

fuera necesario a fin de permitir la subsunción en estos tipos de las nuevas acciones realizadas mediante aparatos informáticos<sup>46</sup>, dando lugar a la denominada “estafa informática” recogida en el actual artículo 248.2 del CP. En definitiva, las estafas informáticas no se entienden como un delito autónomo dentro del abanico delictivo que proporciona el código penal, sino que se encuadran dentro de la categoría de los tipos de la estafa<sup>47</sup>.

La aplicación práctica de esta nueva modalidad de estafa se puede valorar a la luz de la jurisprudencia, donde se establece que “el Código Penal de 1995 introdujo el párrafo 2º del art. 248 del Código Penal una modalidad específica de estafa para tipificar los actos de acechanza a patrimonios ajenos realizados mediante la realización de manipulaciones y artificios que no se dirigen a otros, sino a máquinas en cuya virtud ésta, a consecuencia de una conducta artera, actúa en su automatismo en perjuicio de tercero. Estos supuestos no cabían en la anterior comprensión de la estafa pues el autor no engañaba a otro, sino a una máquina<sup>48</sup>”

Con todo lo expuesto, podemos valorar si los hechos en relación con las transferencias no autorizadas pueden ser subsumidos en el tipo del 248.2 del CP, para lo cual se requerirá que la ausencia del engaño, propio de la relación personal, se vea compensado por un elemento típico adicional, una “manipulación informática o artificio semejante” mediante la cual se consiga “una transferencia no consentida de cualquier activo patrimonial en perjuicio de otro”.

Como se ha considerado anteriormente, en los hechos en cuestión el perjuicio patrimonial viene causado por la sola actuación de J.A.F. y no por la existencia de un engaño y un error en el sujeto pasivo, pues estos fueron la causa de la descarga de la aplicación, pero no de la transferencia. Sin embargo, si podemos determinar la existencia de una manipulación informática por la cual J.A.F. pudo acceder a las claves bancarias de las víctimas y mediante una actuación ilegítima procedió a la realización de transferencias no autorizadas desde sus cuentas corrientes, conllevando el correspondiente perjuicio patrimonial. En consecuencia, podemos y debemos, a mi juicio, considerar como

---

<sup>46</sup> Choclán Montalvo, J.A., *El delito de estafa*, Editorial Bosch, 2ª Edición, Barcelona, 2009. pp. 332

<sup>47</sup> La instrucción de la Fiscalía General del Estado 2/2011 llega a esta misma conclusión de que no se trata de estafas informáticas como un delito autónomo cuando señala que “... cualquier conducta delictiva en cuya ejecución se haga uso de las tecnologías de la información y la comunicación ha de incluirse en la categoría que nos ocupa”

<sup>48</sup> Sentencia del Tribunal Supremo del 26 de Junio de 2006 núm. 692/2006

subsumibles en el delito de estafa en su modalidad de “estafa informática” estos hechos<sup>49</sup>. En concreto, la estructura comisiva de estos hechos ha adquirido, por su “popularidad” en la esfera criminológica, un nombre propio bajo el término “phishing”<sup>50</sup>.

Como reflexión final al inciso de la estafa informática, podemos afirmar que la nueva redacción del Código Penal en lo referido al delito de la estafa permitió dar una respuesta penal a una modalidad de conductas que dudosamente cabían encuadrarse en el tipo de la estafa tradicional<sup>51</sup>, principalmente por la expresa prohibición constitucional de la aplicación analógica del Código Penal. Sin embargo, esta nueva modalidad de estafa impropia no debe resultar de aplicación para todos los hechos relacionados con el tipo de la estafa en los que se aprecie un componente informático, sino que debe reservarse a aquellos hechos en los que no puedan apreciarse uno o varios elementos del tipo de la estafa tradicional. Así, los hechos aquí enjuiciados en relación con la creación de páginas webs pueden y deben subsumirse en el tipo tradicional de la estafa, y ello en tanto que, a pesar de la existencia del elemento informático, sí se aprecian todos los elementos del tipo de la estafa tradicional<sup>52</sup>.

Finalmente, para declarar la tipicidad de ambas conductas faltaría la verificación del ánimo de lucro y establecer la correspondiente relación de causalidad entre el engaño (o la manipulación informática) y el perjuicio patrimonial, de acuerdo a la teoría de la

---

<sup>49</sup> A falta de identificar el ánimo de lucro y de realizar el análisis de la imputación objetiva.

<sup>50</sup> A tal efecto, la Sentencia de la Audiencia Provincial de La Rioja de 21 de Diciembre de 2011 núm. 213/2011 establece: “... conviene destacar que “phishing” es un concepto informático que denomina el uso de un tipo de fraude caracterizado por intentar adquirir información confidencial de forma fraudulenta (como puede ser una contraseña o información detallada sobre tarjetas de crédito u otra información bancaria). El estafador conocido como “phisher”, envía a numerosas personas correos electrónicos masivos en los que se hace pasar por una empresa de confianza (por ejemplo, una entidad bancaria, o una compañía telefónica, etc); otras veces lo hace mediante la creación de páginas “web” que imitan la página original de esa entidad bancaria o empresa de reconocido prestigio en el mercado; en ocasiones también se realiza por medio de llamadas telefónicas masivas realizadas a numerosos usuarios en las que se simula ser un empleado u operador de esa empresa de confianza. En todo caso, siempre se trata de una aparente comunicación “oficial” que pretende engañar al receptor o destinatario a fin de que éste le facilite datos bancarios o de tarjeta de crédito, en la creencia de que es a su entidad bancaria o a otra empresa igualmente solvente y conocida a quien está suministrando dichos datos.”

<sup>51</sup> Sin embargo, una parte de la doctrina defiende que las dificultades no eran tal si se elaboraba una correcta interpretación del delito de estafa. En este sentido, Bajo Fernández, M., *Manual de Derecho Penal (Parte especial), Delitos patrimoniales y económicos*. Editorial universitaria Ramón Areces, Madrid, 1987.

<sup>52</sup> En este mismo sentido se pronuncia, en un caso similar, la Sentencia del Tribunal Supremo del 16 de febrero de 2017, núm. 92/2017:

“Por lo que se refiere al delito continuado de Estafa, de los arts. 248, 249, 250. 1. 5º y 74.2 del Código Penal, y aun prescindiendo de la modalidad específica de estafa informática del apartado 2º a) del art 248 que entró en vigor el 23 de diciembre de 2010, se aprecia en la actuación de los acusados, como señala la sentencia impugnada, la concurrencia de los elementos configuradores del referido delito de estafa (...) “

imputación objetiva. Conforme al concepto principalmente objetivo del tipo defendido en este trabajo, el ánimo de lucro se constituye como un elemento subjetivo del tipo “que contribuye tanto a la selección del bien jurídico protegido como a la identificación del grado de afectación al bien jurídico exigido para la tipicidad<sup>53</sup>”. Así, el ánimo de lucro no es un elemento de la culpabilidad que conduce a un mayor reproche, sino un elemento que permite diferenciar la estafa de otros tipos como el delito de daños. En definitiva, la estafa no es un simple delito de perjuicio patrimonial, sino un delito de enriquecimiento<sup>54</sup>.

El ánimo de lucro no se recoge expresamente en la redacción de los hechos probados. Sin embargo, se puede deducir fácilmente del conjunto de los hechos y en concreto a partir del comentario que recoge que los fraudes en cuestión llegaban a reportarle hasta unos ingresos de 300.000 euros. Así, el hecho de que los perjuicios patrimoniales de las víctimas se traduzcan en un enriquecimiento de J.A.F, nos permite verificar sin ningún género de duda la existencia del elemento del ánimo de lucro en el caso.

En última instancia, procedemos ahora al análisis de la relación de imputación objetiva entre la acción cometida y el perjuicio económico. Así, en tanto que el tipo de la estafa exige para su agotamiento un resultado, resulta necesario atribuir el mismo a las acciones de J.A.F. La imputación objetiva “requiere como presupuesto necesario la existencia de relación de causalidad entre acción y resultado<sup>55</sup>. En los tipos de la estafa este presupuesto se exige expresamente cuando se refiere al engaño “causante” y la relación de causalidad que debe darse entre todos los elementos del tipo<sup>56</sup>.

Este primer presupuesto de causalidad se puede analizar a la luz de la teoría de la equivalencia de las condiciones aplicando la fórmula de la *condicio sine qua non*, que supone que “si suprimida mentalmente una acción, desaparece el resultado, entonces la acción es causa del resultado<sup>57</sup>”. A través de esta sencilla fórmula, podemos afirmar la relación de causalidad entre las acciones de J.A.F. y los perjuicios patrimoniales de las

---

<sup>53</sup> Obregón García, A. y Gómez Lanz, J., *Derecho Penal. Parte General: Elementos Básicos de la Teoría del Delito*. Editorial Tecnos, 2ª ed. Madrid, 2015. pp. 72

<sup>54</sup> Choclán Montalvo, J.A., *El delito de estafa*, Editorial Bosch, 2ª Edición, Barcelona, 2009. pp. 229

<sup>55</sup> Obregón García, A. y Gómez Lanz, J., *Derecho Penal. Parte General: Elementos Básicos de la Teoría del Delito*. Editorial Tecnos, 2ª ed. Madrid, 2015. pp. 79

<sup>56</sup> Como se recoge, entre otras, en la Sentencia del Tribunal Supremo del 15 de abril de 1992 núm.1293/1992

<sup>57</sup> Obregón García, A. y Gómez Lanz, J., *Derecho Penal. Parte General: Elementos Básicos de la Teoría del Delito*. Editorial Tecnos, 2ª ed. Madrid, 2015. pp. 77-79

víctimas, puesto que si el primero no hubiera llevado a cabo acción alguna, el mencionado resultado no habría tenido lugar.

Sin embargo, la imputación objetiva no se agota en este punto. Como nos recuerda Gómez Benítez<sup>58</sup>, el perjuicio es imputable a la acción del engaño, o en su caso, a la manipulación informática, no solo cuando se verifica la relación de causalidad, sino cuando la conducta signifique “creación o incremento de un riesgo jurídicamente desaprobado y el perjuicio sea la realización precisamente del riesgo ínsito en el engaño<sup>59</sup>”. Con respecto al primer requisito, cuya valoración debe tener lugar en el momento que se comete la acción, no cabe duda de que tanto el engaño a través de las páginas web falsas como la manipulación informática y la obtención de las claves bancarias han supuesto un incremento en el riesgo de producirse la lesión del bien jurídico protegido.

En cuanto a la necesidad de que el perjuicio sea efectivamente la realización del riesgo generado, se requiere aquí, a pesar de los esfuerzos por la doctrina de elaborar un procedimiento genérico a estos efectos, llevar a cabo un juicio valorativo de la intensidad del riesgo y su relación con el resultado, siendo suficiente que el resultado se pueda encuadrar dentro de la esfera común del riesgo creado por la acción<sup>60</sup>. En mi opinión, en los hechos enjuiciados este juicio no reviste especial complejidad y no deber dar lugar a una conclusión que no sea la de afirmar la correlación entre riesgo y resultado.

Por todo lo expuesto en este apartado, debemos concluir la tipicidad de las acciones cometidas por J.A.F como típicas de los tipos de la estafa en su modalidad tradicional recogida en el artículo 248.1 del CP, en el caso de los fraudes cometidos a través de las fraudulentas páginas webs, y en la modalidad de “estafa informática” establecida por el 248.2 del CP, en el caso de las transferencias no autorizadas motivadas por la obtención de las claves bancarias de las víctimas a través de un programa informáticos<sup>61</sup>.

---

<sup>58</sup> Gómez Benítez, J.M., *Función y contenido del error en el tipo de la estafa*, Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales, 1985, pp. 333 a 346

<sup>59</sup> A modo de ilustración, no sería imputable al resultado la acción engañosa del pobre que recibe una donación en virtud de un sentimiento de caridad y no del engaño, en la medida en la que el riesgo generado por el engaño no se ha realizado en el resultado.

<sup>60</sup> Obregón García, A. y Gómez Lanz, J., *Derecho Penal. Parte General: Elementos Básicos de la Teoría del Delito*. Editorial Tecnos, 2ª ed. Madrid, 2015. pp. 81

<sup>61</sup> La valoración de si en ambos casos estamos ante una sola estafa o ante una multitud de estafas individuales se valorará en el momento de estudiar la posible apreciación del delito continuado y del delito de masas

### 3.1.1.3. La falta de justificación

El análisis de la antijuridicidad penal no se agota con la declaración de la tipicidad de la acción, pues esta no es sino un juicio provisional de antijuridicidad. Un juicio que requiere la ausencia de causas de justificación para tornarse en definitivo, solo en ese momento podremos determinar la existencia de un injusto penal. En concreto, la justificación conlleva la autorización expresa de un hecho genéricamente relevante para el Derecho Penal de acuerdo a “la realización de la acción típica en unas determinadas circunstancias”, que podemos resumir “en la concurrencia en el hecho típico de un interés que entra en conflicto con el bien jurídico protegido por el tipo y que la ley estima prevalente en el caso concreto respecto a este último<sup>62</sup>”.

Las causas de justificación en nuestro Ordenamiento son la legítima defensa y estado de necesidad justificante, recogidas en nuestro Código Penal en los puntos 4 y 5 del artículo 20, respectivamente. De la narración de los hechos probados se deduce que no se dan, bajo ninguna hipótesis coherente, las circunstancias para la apreciación de alguna de estas causas de justificación. En consecuencia, podemos afirmar en este punto la existencia de un injusto penal, debiendo proceder al estudio del elemento de la culpabilidad.

## 3.2. Análisis de la culpabilidad

El segundo gran elemento de la infracción penal es la culpabilidad, que supone una desvaloración adicional al juicio de desvalor del injusto penal, pero que en este caso recae sobre el autor de ese injusto. El análisis de la culpabilidad conlleva el estudio de la imputabilidad, el dolo y la exigibilidad de otra conducta.

### 3.2.1. La imputabilidad

El concepto de imputabilidad manejado en nuestro Código Penal se encuentra establecido en su artículo 20 y conlleva la necesidad de que el sujeto activo de la conducta típica tenga tanto “la capacidad para comprender la ilicitud del hecho” como “la capacidad para dirigir la propia actuación conforme a esa comprensión”<sup>63</sup>. Ahora bien, no se requiere en este punto que el sujeto comprenda esa ilicitud y haya dirigido expresamente su voluntad

---

<sup>62</sup> Obregón García, A. y Gómez Lanz, J., *Derecho Penal. Parte General: Elementos Básicos de la Teoría del Delito*. Editorial Tecnos, 2ª ed. Madrid, 2015. pp. 108-109

<sup>63</sup> Obregón García, A. y Gómez Lanz, J., *Derecho Penal. Parte General: Elementos Básicos de la Teoría del Delito*. Editorial Tecnos, 2ª ed. Madrid, 2015. pp. 131

de acuerdo a esta comprensión, pues este examen corresponde realizarlo en un momento posterior en relación con el dolo.

En este caso, de los hechos probados no se deduce la posibilidad de valorar la existencia de alguno de los supuestos de falta de imputabilidad recogidos en los artículos 19 y 20 del CP y no cabe más que afirmar que J.A.F. tenía la mencionada capacidad al “tiempo de cometer la infracción”, momento al que, salvo casos excepcionales, debe referirse el examen de la imputabilidad.

### 3.2.2. El dolo

El dolo es el núcleo y fundamento de la culpabilidad, sobre el que recae el mencionado juicio de desvalor en el que ésta consiste<sup>64</sup>. El dolo supone la actualización de los elementos de la imputabilidad, por lo que está igualmente compuesto por dos elementos, el elemento intelectual, que conlleva el conocimiento de los elementos de la conducta típica y de su antijuridicidad, y el elemento volitivo, que conlleva la precisa voluntad de realizar la conducta típica. En definitiva, conocer que se está llevando a cabo el injusto y querer realizarlo.

En el tipo de la estafa, el dolo exige la conciencia y voluntad de engañar a otro provocando un perjuicio en el patrimonio del engañado o de un tercero<sup>65</sup>, de modo que la ausencia del conocimiento del engaño por parte del sujeto activo nos conduce a la ausencia de dolo. Además, ese dolo deber ser antecedente o coetáneo al engaño<sup>66</sup>, de modo que el dolo subsiguiente o *dolus subsequens* impide la subsunción de los hechos en el tipo de la estafa, sin perjuicio de su subsunción en otros tipos como el de la apropiación indebida.

A partir de los hechos probados se aprecia claramente la concurrencia de dolo. El elemento intelectual se deduce de la dinámica comisiva de las estafas cometidas. Así, la existencia de las páginas webs nacen de un plan preconcebido de ofrecer fraudulentamente productos a un precio ligeramente inferior a los de mercado con el fin

---

<sup>64</sup> Obregón García, A. y Gómez Lanz, J., *Derecho Penal. Parte General: Elementos Básicos de la Teoría del Delito*. Editorial Tecnos, 2ª ed. Madrid, 2015. pp. 161

<sup>65</sup> En este sentido se pronuncia, entre otras, la Sentencia del Tribunal Supremo de 5 de abril de 2018 núm. 1286/2018, cuando establece que “*dolo característico de la estafa supone la representación por el sujeto activo, consciente de su maquinación engañosa, de las consecuencias de su conducta, es decir, la inducción que alienta al desprendimiento patrimonial como correlato del error provocado y el consiguiente perjuicio suscitado en el patrimonio del sujeto víctima, secundado de la correspondiente voluntad realizativa*”

<sup>66</sup> Bajo Fernández, M., *Los delitos de estafa en el Código Penal*, Editorial universitaria Ramón Areces, Madrid, 2004

de inducir a error a sus víctimas para que llevarán a cabo un acto de disposición patrimonial, lo que denota la conciencia del engaño y del perjuicio patrimonial que podría producir. Además, estas páginas webs no se extendían en el tiempo más allá de unos días y J.A.F. se servía de las cuentas corrientes a nombres de otras personas para gestionar todos los pagos, con el fin de evitar ser localizado por las investigaciones policiales, poniendo ambos hechos de manifiesto que el acusado conocía la significación antijurídica de su conducta.

La misma afirmación debe hacerse en cuanto a las acciones típicas de las estafas informáticas, pues J.A.F., a diferencia de las víctimas, si conocía la verdadera finalidad de la aplicación móvil y por tanto era consciente de la manipulación informática. Y, en las mismas circunstancias que para las estafas a través de las webs, era consciente de la antijuridicidad de su conducta. En cuanto al elemento volitivo, la existencia de un plan preconcebido y de una verdadera organización criminal manifiestan la voluntad por parte de J.A.F. de perpetrar los injustos penales en relación con el tipo de la estafa.

De acuerdo a la regulación *numerus clausus* establecida por el artículo 12 del CP con respecto a los tipos cometidos por imprudencia, cabe afirmar, como se da en este caso, que los tipos de la estafa solo pueden ser cometidos dolosamente. Ahora bien, debemos plantearnos si en el caso que nos ocupa habría sido suficiente la concurrencia de dolo eventual, que supone que el sujeto activo no busca realizar la acción típica, ni esta es consecuencia segura de su conducta, sino que esta consecuencia es tenida como probable y acepta su realización<sup>67</sup>.

En este sentido, parte de la doctrina defiende la imposibilidad de apreciar el tipo de la estafa en los casos de dolo eventual, en la medida en la que el tipo exige un elemento subjetivo, el ánimo de lucro, que requiere que el sujeto activo actúe con la intención de obtener un enriquecimiento<sup>68</sup>. Sin embargo, Choclán Montalvo nos recuerda que este ánimo de lucro no supone que el delito de estafa requiera la intención del sujeto activo de producir el resultado típico, es decir, de perjudicar, pues el ánimo de lucro persiste incluso

---

<sup>67</sup> Obregón García, A. y Gómez Lanz, J., *Derecho Penal. Parte General: Elementos Básicos de la Teoría del Delito*. Editorial Tecnos, 2ª ed. Madrid, 2015. pp. 166

<sup>68</sup> Bajo Fernández, M., *Los delitos de estafa en el Código Penal*, Editorial universitaria Ramón Areces, Madrid, 2004 pp. 59

en los casos en los que el sujeto activo se representa sólo como probable la producción del perjuicio patrimonial<sup>69</sup>.

A mi juicio, esta última argumentación es la que merece ser sostenida. Sin embargo, pese a reconocer la posibilidad de apreciar el tipo de la estafa en los casos de concurrencia de dolo eventual, la práctica jurídica en relación con estos delitos denota la dificultad de apreciar estafas cometidas a título de dolo eventual.

### 3.2.3. La exigibilidad de otra conducta

El análisis de la culpabilidad no se agota con el estudio del dolo. Así, de acuerdo a razones de político-criminal, nuestro Código Penal recoge casos excepcionales en los que el sujeto es exonerado del correspondiente reproche debido a que en el momento de la realización de la conducta está sometido a una situación extremadamente anormal que conlleva la inexigibilidad de actuar conforme con el sentido de la norma<sup>70</sup>.

Las causas de inexigibilidad son el miedo insuperable y el estado de necesidad exculpante, que podemos definir como un estado de necesidad en el que se ponen en conflicto dos bienes de igual rango. De la narración de los hechos probados se desprende que J.A.F. no actuaba impulsado por un miedo insuperable ni con el objetivo de evitar un mal equivalente al causado. Por todo lo expuesto, podemos afirmar que J.A.F. es culpable de los delitos de la estafa.

## 4. Problemas concursales

El estudio de los hechos enjuiciados en este trabajo no debe agotarse con la afirmación de la culpabilidad de J.A.F. como responsable de un delito de estafa del artículo 248.1 del CP y de un delito de estafa informática del artículo 248.2 apartado a) del CP. Así, en la medida en la que las estafas cometidas por J.A.F. se extienden a un gran número de personas y alcanzan una significativa gravedad, cabe preguntarse si no resulta de aplicación alguna de las circunstancias agravantes recogidas en el CP.

Además, como se pone de manifiesto en los hechos probados, las estafas se han producido a través de una pluralidad de tiendas *online* y de llamadas telefónicas que nos conduce al

---

<sup>69</sup> Choclán Montalvo, J.A., *El delito de estafa*, Editorial Bosch, 2ª Edición, Barcelona, 2009. pp. 224

<sup>70</sup> Obregón García, A. y Gómez Lanz, J., *Derecho Penal. Parte General: Elementos Básicos de la Teoría del Delito*. Editorial Tecnos, 2ª ed. Madrid, 2015. pp. 180

estudio de la unidad de estas acciones a fin de plantear la posibilidad de acudir a lo establecido en el CP en relación con el delito continuado y el delito masa y valorar su aplicación en este caso.

Por otro lado, se ha estudiado la tipicidad de los hechos en relación con los tipos de la estafa. Sin embargo, cabe en este punto plantearse si los hechos son susceptibles de ser subsumidos en otros tipos recogidos en el CP. En particular, los hechos parecen, *a priori*, subsumibles en el tipo recogido en el artículo 282 del CP en relación con el conocido como “delito publicitario”. Así, se procede más adelante al estudio de la posible tipicidad de los hechos en relación con este delito para, en caso afirmativo, valorar el posible conflicto concursal entre este delito y el delito de la estafa.

#### 4.1. El delito continuado y el delito masa

Hasta ahora, se ha determinado que los hechos relacionados con la venta fraudulenta de productos a través de las páginas webs son subsumibles en el tipo de la estafa del 248 del CP, mientras que los hechos relacionados con las manipulaciones informáticas lo son en el tipo de estafa impropia del 248.2 del CP. Sin embargo, no se ha entrado a valorar si en ambos casos estamos ante un solo hecho con una pluralidad de resultados o ante un conjunto de estafas individuales.

Tradicionalmente, se entendía que la apreciación de un “solo hecho” se identificaba con la “unidad de acción”<sup>71</sup>, entendida esta en su sentido propio o en sentido amplio. En lo referido a las infracciones patrimoniales, se debe apreciar un solo hecho, de acuerdo a la tesis de la unidad natural de acción en su sentido amplio<sup>72</sup>, cuando las distintas acciones típicas se producen en un contexto espacio-temporal muy próximo<sup>73</sup>.

Sin embargo, recientemente una parte de la doctrina comienza a decantarse por la necesidad de incorporar el resultado exigido en los tipos de resultado al concepto de hecho<sup>74</sup>, alegando que la acción se consuma cuando tiene lugar el resultado recogido por

---

<sup>71</sup> Obregón García, A. y Gómez Lanz, J., *Derecho Penal. Parte General: Elementos Básicos de la Teoría del Delito*. Editorial Tecnos, 2ª ed. Madrid, 2015. pp. 306

<sup>72</sup> Así, La Sentencia del Tribunal Supremo de 23 de octubre de 2019 núm. 499/2019, establece que “Conforme a esta visión, la unidad de acción podía afirmarse en todos aquellos en los que existiera una unidad de propósito y una conexión espacio-temporal o, con otras palabras, habría unidad de acción si la base de la misma está constituida por un único acto de voluntad”

<sup>73</sup> Choclán Montalvo, J.A., *El delito de estafa*, Editorial Bosch, 2ª Edición, Barcelona, 2009. pp. 271

<sup>74</sup> En este sentido, Roig Torres, M. *El concurso ideal de delitos*, Editorial Tirant lo Blanch, Valencia 2011

el tipo. Esta última interpretación del hecho parece haber sido el criterio adoptado por la jurisprudencia<sup>75</sup> y por lo tanto, será la que tendremos en cuenta en este trabajo<sup>76</sup>.

Como se estudió en el análisis de la tipicidad, el tipo de la estafa es un tipo de resultado, por lo que, de acuerdo a la tesis aceptada, este debe ser tenido en cuenta a efectos de determinar la pluralidad de hechos. Así pues, cabe determinar que en el caso que nos ocupa habrá tantas estafas individuales como perjuicios económicos producidos. Sin embargo, de los hechos probados no podemos determinar el número de víctimas y perjuicios patrimoniales producidos, por lo que no se puede afirmar con precisión la existencia de un número exacto de estafas.

Determinada la pluralidad de hechos en el caso, debemos plantearnos el tratamiento legal que nuestro Ordenamiento otorga en este caso, que como se expone a continuación, será el del delito continuado del artículo 74.1 CP, que supone la consideración de una pluralidad de hechos constituyentes de varias infracciones penales como una única acción delictiva<sup>77</sup>, siempre y cuando se aprecien los siguientes requisitos.

En primer lugar, se debe identificar una pluralidad de acciones y estas deben ser llevadas a cabo como consecuencia de un plan preconcebido o el aprovechamiento de una idéntica situación objetiva. Además, estas acciones deben infringir el mismo precepto penal o de igual o semejante naturaleza. Finalmente, cabe señalar que este sistema de continuidad no es aplicable en acciones que lesionan bienes jurídicos de carácter personal, como la vida.

En este caso, tanto en los delitos de estafa tradicional como en los de estafa informática se puede apreciar una pluralidad de acciones y una ofensa de un precepto penal de igual naturaleza. Sin embargo, las estafas tradicionales y las estafas informáticas no responden a un mismo plan preconcebido ni al aprovechamiento de una idéntica situación objetiva. Así, las primeras surgen de un plan preconcebido para aprovechar la situación de los potenciales consumidores de acudir a las webs espejo a comprar los productos ofertados, mientras que las segundas surgen de un plan preconcebido *a posteriori*, como se recoge

---

<sup>75</sup> Entre otras, Sentencia del Tribunal Supremo de 23 de octubre de 2019 núm. 499/2019

<sup>76</sup> La tesis del resultado se acepta en un intento de asemejar la resolución de la controversia en cuestión a la resolución que se obtendría en los tribunales. Sin embargo, cabe poner de manifiesto, como señalan distintos autores, la dudosa construcción de este criterio, pues conlleva que el concurso ideal queda prácticamente vacío de contenido

<sup>77</sup> Obregón García, A. y Gómez Lanz, J., *Derecho Penal. Parte General: Elementos Básicos de la Teoría del Delito*. Editorial Tecnos, 2ª ed. Madrid, 2015. pp. 308

en los hechos, con el fin de aprovecharse del deseo del consumidor concreto de estar informado con respecto al envío del producto comprado.

Por lo expuesto, podemos determinar la existencia en este caso de un delito continuado de estafa del 248.1 del CP en concurso real con un delito continuado de estafa del 248.2 del CP, lo que supone la imposición de las penas correspondientes a ambos delitos. En este sentido, cabe plantearse cuales son esas penas, si la pena básica del tipo de la estafa recogida en el artículo 249 o si concurren en este caso alguna de las circunstancias agravantes específicas del artículo 250 del CP.

La narración de los hechos elaborados es imprecisa y ofrece poco detalle, por lo que el estudio de la concurrencia de agravantes resulta arduamente complicado. En consecuencia, se asumirá en este punto que no resulta de aplicación ninguna circunstancia agravante. Esta argumentación se puede sostener de manera lógica en la medida en la que se han apreciado tantas estafas como resultados típicos, de tal manera que resultaría difícil encontrar una estafa individual que revistiera por sí sola de alguna de las circunstancias agravantes necesarias para acudir al 250 CP.

*A priori*, y en tanto que sí parece razonable que las cuantías de lo defraudado superen los 400€ en muchas de estas estafas individuales, estaremos ante lo dispuesto por el artículo 249 inciso primero. Sin embargo, en los casos en los que como este, el delito continuado se aprecie en relación con delitos contra el patrimonio, debe considerarse lo dispuesto por el artículo 74.2 inciso 1º del CP, que conlleva la imposición de la pena teniendo en cuenta el perjuicio total causado.

En este sentido, de los hechos probados se desprende que los ingresos de J.A.F. en relación con estas estafas llegaban a alcanzar los 300.000 € mensuales. En consecuencia, cabe asumir que el perjuicio total causado tanto por el delito continuado de estafa del 248.1 del CP como por el delito continuado de estafa informática del 248.2 del CP se sitúa en ambos casos por encima de los 50.000€. En consecuencia, se debe acudir a lo dispuesto por el artículo 250.1.5, que establece una pena superior a la del 249 para los casos en los que el valor de la defraudación alcance los 50.000€.

En este punto, cada delito continuado se castigaría con la pena del artículo 250 del CP, de acuerdo al artículo 74.2 inciso 1º, y esta pena se impondría en su mitad superior de acuerdo al artículo 74.1 del CP. Sin embargo, esta valoración pone de manifiesto una posible vulneración del principio *non bis in idem*, pues la continuidad delictiva se tiene

en cuenta por un lado para el cambio del del tipo básico al tipo cualificado de la estafa y por otro, para el incremento de la pena sobre ese tipo agravado como consecuencia de la regla penológica del 74.1 del CP.

La jurisprudencia ha tratado de aportar algo de luz a este conflicto, cuya interpretación doctrinal está sujeta a interpretaciones diversas. Así, El acuerdo del pleno no jurisdiccional del Tribunal Supremo, Sala Segunda de 30 de octubre de 2007 estableció que *“el delito continuado siempre se sanciona con la mitad superior de la pena, cuando se trate de delitos patrimoniales la pena básica no se determine en atención a la infracción más graves, sino al perjuicio total causado. La regla primera, artículo 74.1 queda sin efecto cuando su aplicación fuera contraria a la prohibición de doble valoración que establece este precepto del CP”*.

En la práctica, este Acuerdo supone que en los casos en los que la regla del “perjuicio total causado” supone un cambio en el título de imputación, no se aplicará el 74.1 del CP<sup>78</sup>, pues en caso contrario, se estaría produciendo una doble valoración del perjuicio. Por lo tanto, en el caso que nos ocupa, cabe afirmar que en ambos delitos continuados se aplicará la pena prevista en el artículo 250.1 del CP de acuerdo al artículo 74.2 inciso 1º del CP, y, sin embargo, no resultará de aplicación lo dispuesto en el artículo 74.1 del CP, por lo que el Juez podrá recorrer todo el rango de las penas, sin necesidad de imponerlas obligatoriamente en su mitad superior.

Finalmente, cabe estudiar la posibilidad de apreciar el denominado delito masa establecido en el artículo 74.2 inciso 2º del CP, que permite la imposición de la pena superior en uno o dos grados en las infracciones patrimoniales si “el hecho revistiere notoria gravedad y hubiere perjudicado a una generalidad de personas”. Como recoge Choclán Montalvo, el delito masa es un delito continuado de contenido patrimonial que reviste una notoria gravedad por el mayor desvalor de acción y resultado<sup>79</sup>.

La jurisprudencia viene estableciendo la presencia de tres elementos para identificar la existencia del delito masa: “1) Un elemento normativo constituido por tratarse de un delito contra el patrimonio. 2) Un elemento objetivo porque ha de revestir notoria gravedad. Y 3) Un elemento subjetivo porque los sujetos pasivos han de constituir una

---

<sup>78</sup> Sentencia del Tribunal Supremo de 4 de junio de 2010 núm. 527/2010

<sup>79</sup> Choclán Montalvo, J.A., *El delito de estafa*, Editorial Bosch, 2ª Edición, Barcelona, 2009. pp. 212

generalidad de personas<sup>80</sup>”. Con respecto a este último requisito, lo importante es que el sujeto activo se represente el sujeto pasivo como una mera colectividad de personas indeterminadas, sin importancia alguna por las personas individuales que componen ese colectivo o masa<sup>81</sup>.

A mi juicio, este último requisito descarta la presencia del delito masa en el delito continuado de la estafa informática, en la medida en la que J.A.F. dirigía sus acciones hacia individualidades concretas, siendo estas los consumidores que habían procedido a la realización de una operación de compraventa a través de sus páginas webs. Sin embargo, si podemos determinar la presencia de los mencionados elementos en el delito continuado de la estafa del 248.1 CP. Así, se trata de un delito contra el patrimonio que reviste notoria gravedad, como se desprende de los hechos. En cuanto al elemento subjetivo, la estafa está cometida a través de páginas webs que no buscan engañar a determinados sujetos previamente seleccionados, sino que tienen como objetivo dirigirse al conjunto de consumidores *online* de manera genérica, con el fin de llegar al mayor número de personas posibles.

Por lo tanto, en este punto podemos afirmar la existencia del delito masa en relación con las estafas cometidas a través de las páginas webs, no así en relación con las estafas informáticas.

#### 4.2. El delito publicitario en relación con el delito de la estafa

En la práctica jurídica, la compleja dinámica comisiva de la estafa suele dar lugar a la aparición de conflictos concursales en relación con una variedad de tipos del CP. Así, no son pocos los casos en los que resulta necesaria una delimitación por parte de la jurisprudencia y la doctrina de las relaciones concursales del tipo de la estafa con otros tipos como la falsedad documental, la administración desleal o el delito publicitario.

En el caso que nos ocupa, las fraudulentas ofertas de productos a un precio inferior al de mercado nos resultan reveladoras de una posible subsunción de estos hechos en el tipo publicitario recogido en el artículo 282 del CP<sup>82</sup>, lo que daría lugar a la necesidad de

---

<sup>80</sup> En este sentido, Sentencia del Tribunal Supremo de 14 de abril de 2009 núm. 439/2009

<sup>81</sup> Choclán Montalvo, J.A., *El delito de estafa*, Editorial Bosch, 2ª Edición, Barcelona, 2009. pp. 207

<sup>82</sup> **Artículo 282.**

*Serán castigados con la pena de prisión de seis meses a un año o multa de 12 a 24 meses los fabricantes o comerciantes que, en sus ofertas o publicidad de productos o servicios, hagan alegaciones falsas o manifiesten características inciertas sobre los mismos, de modo que puedan causar un perjuicio grave y*

establecer la correspondiente relación concursal con el delito de la estafa. A tal efecto, se procede a continuación a exponer brevemente si efectivamente los hechos son típicos del delito publicitario.

A diferencia de la estafa, el delito publicitario es un tipo de mera actividad y de peligro cuyo bien jurídico protegido es el interés económico de los consumidores. Como recoge Puente Aba, “se trata de un bien jurídico de los denominados “supraindividuales”, ya que se refiere a los intereses de un determinado colectivo, y se construye como una abstracción conceptual para abarcar los bienes jurídicos individualizables del conjunto de consumidores, concretamente su patrimonio y su libertad de disposición económica<sup>83</sup>”.

Los elementos constitutivos de este delito han sido recopilados por la jurisprudencia de acuerdo a la redacción del propio artículo del Código Penal<sup>84</sup>. En primer lugar, el sujeto activo deber ser un fabricante o comerciante y el sujeto pasivo deben ser los consumidores, que se puede definir como “todos y cada uno de los potenciales consumidores<sup>85</sup>”. Mientras que sí cabe predicar con claridad que en los hechos enjuiciados el sujeto pasivo son los consumidores que operan o puedan operar con las fraudulentas páginas webs, más dudas nos genera la consideración de J.A.F como comerciante. En este sentido, existe cierto debate doctrinal acerca de la delimitación de este concepto, llegando a hacerlo extensivo al concepto de empresario o incluso abogando por una reelaboración del tipo para su conversión a tipo común<sup>86</sup>. En el caso que nos ocupa, y en la medida en la que J.A.F. pretende, aunque sea solo en apariencia, intervenir en el tráfico mercantil a través del comercio de los referidos productos, cabe, a mi juicio, asumir su condición de comerciante en este punto.

En cuanto a la conducta típica, se exige la presencia de una publicidad u oferta realizada con falsedad en relación con productos o servicios, siendo estas alegaciones falsas “el elemento central del delito<sup>87</sup>”. Además, se exige que la misma conducta tenga aptitud suficiente para causar un “perjuicio grave y manifiesto a los consumidores”, requisito

---

*manifiesto a los consumidores, sin perjuicio de la pena que corresponda aplicar por la comisión de otros delitos*

<sup>83</sup> Puente Aba, L., *El delito publicitario*, ECRIM, Universidad de A coruña, 2008

<sup>84</sup> En este sentido, entre otras, Sentencia del Tribunal Supremo del 19 de Marzo de 2004 núm. 357/2004

<sup>85</sup> Carbonell Mateu, J., *Delitos relativos al mercado y a los consumidores. en Derecho Penal: Parte Especial*. Tirant lo Blanch, 3ª ed., Valencia, 1998

<sup>86</sup> En este sentido, Moral García, A., *La protección penal del consumidor frente a la actividad publicitaria: perspectiva penal*. Manuales de formación continuada, nº. 15. Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 2001

<sup>87</sup> Sentencia del Tribunal Supremo del 19 de Marzo de 2004 núm. 357/2004

que, como el engaño bastante en la estafa, requiere de un juicio valorativo en cada caso. En este sentido, cabe afirmar la presencia de los dos primeros elementos en la conducta de J.A.F., pues efectivamente se han realizado alegaciones falsas sobre los productos que fraudulentamente se ofertaban en la página y sobre sus precios. Con respecto a la aptitud para causar un perjuicio grave, no cabe otra respuesta que no sea la afirmación de su existencia, pues la realización de un perjuicio concreto en los consumidores a través de las distintas estafas pone de manifiesto que efectivamente las alegaciones falsas tenían capacidad para generar ese perjuicio.

En este punto podemos afirmar la tipicidad de los hechos con respecto al delito publicitario, por lo que se debe proceder al estudio de la culpabilidad. En este sentido, se tienen por reproducidas las mismas consideraciones que para el delito de la estafa. En suma, que J.A.F. es imputable, que sus acciones han sido dolosas y que no concurre ninguna causa de exculpación. Afirmada pues la existencia del delito publicitario<sup>88</sup> del 282 del CP se procede al estudio de la relación concursal con el delito de la estafa.

Se entiende por concurso a los supuestos en los que, como en este caso, “un sujeto realiza uno o varios hechos con relevancia penal que, total o parcialmente, son subsumibles en diferentes normas penales<sup>89</sup>”. Afirmada la existencia del concurso, la dificultad de este supuesto reside en la determinación de la presencia de un concurso de delitos o un concurso de normas. De acuerdo a la jurisprudencia del Tribunal Supremo, lo esencial para diferenciar ambas clases de concursos es la valoración que se deba realizar en relación con la necesidad de aplicar los distintos tipos para abarcar la “totalidad de la significación antijurídica del suceso punible<sup>90</sup>”.

Por lo expuesto, podemos determinar que la valoración del conflicto concursal debe guiarse por el principio de íntegra valoración del hecho. Sin embargo, tal valoración no puede significar la vulneración del principio *non bis in idem*, que impide la dualidad de sanciones en los casos en los que se aprecia identidad de sujeto, hecho y fundamento<sup>91</sup>. De este modo, el procedimiento de actuación en los conflictos concursales viene establecido por el artículo 8 del CP, que otorga, de acuerdo al principio de la íntegra

---

<sup>88</sup> En concreto, cabe afirmar que estamos ante un delito continuado publicitario

<sup>89</sup> Obregón García, A. y Gómez Lanz, J., *Derecho Penal. Parte General: Elementos Básicos de la Teoría del Delito*. Editorial Tecnos, 2ª ed. Madrid, 2015. pp. 108-109

<sup>90</sup> Sentencia del Tribunal Supremo de 19 de diciembre de 2005 núm. 1518/2005

<sup>91</sup> Sentencia del Tribunal Constitucional de 30 de enero de 1981 núm. 2/1981

valoración, prioridad al concurso de delitos y solo sí tal calificación no es jurídicamente aceptada por incurrir en un *bis in idem*, se procede a acudir a los concursos de normas.

En el caso que nos ocupa, no cabe duda en que se aprecia en ambos tipos una identidad de sujeto, J.A.F. y de hechos, las ofertas falsas en páginas webs fraudulentas que se constituyen como el engaño de la estafa. Ahora bien, más conflictos nos genera la valoración de la identidad de fundamento. Como señala Pérez Manzano, para el estudio de la identidad de fundamento ha de valorarse el interés defendido por los tipos concurrentes y la forma de lesión a ese interés<sup>92</sup>. En todo caso, la identidad de fundamento se produce cuando se da una equivalencia del bien jurídico protegido<sup>93</sup>.

La determinación del bien jurídico protegido en ambos tipos y la solución concursal no están exentas de debate doctrinal. De un lado, parte de la misma afirma que los bienes jurídicos protegidos, aun guardando una estrecha relación, son distintos y por lo tanto no se da la identidad de fundamento. En este línea, en el tipo de la estafa el bien jurídico protegido sería el patrimonio individual de los sujetos pasivos, mientras que en el delito publicitario sería el interés del colectivo de los consumidores<sup>94</sup>.

En la misma línea, esta teoría defiende que aplicar solo el tipo de la estafa no recoge todo el desvalor de los hechos, en la medida en la que la publicidad falsa no solo ha causado un perjuicio concreto del patrimonio de las víctimas de la estafa, sino que supone además un peligro para el patrimonio del resto de integrantes del colectivo compuesto por los consumidores<sup>95</sup>. Así, estas consideraciones nos conducirían a la resolución del concurso a través de un concurso medial<sup>96</sup>, que desde la reforma del Código Penal de 2015 se establece para los concursos de delitos en los que un delito es medio necesario para cometer otro y que supone la imposición de una pena superior a la correspondiente por la infracción más grave, sin que esta exceda de la suma de las penas que se impondrían separadamente para cada delito.

---

<sup>92</sup> Pérez Manzano, M., *La prohibición constitucional de incurrir en bis in idem*, Editorial Tirant lo Blanch, Valencia, 2002

<sup>93</sup> En este sentido, Sentencia del Tribunal Constitucional de 17 de octubre de 1994 núm. 270/1994

<sup>94</sup> Puente Aba, L., *El delito publicitario*, ECRIM, Universidad de A coruña, 2008

<sup>95</sup> Puente Aba, L., *El delito publicitario*, ECRIM, Universidad de A coruña, 2008

<sup>96</sup> la Circular 4/2015 de la Fiscalía General del Estado: *Interpretación de la nueva regla penológica prevista para el concurso medial de delitos*, interpreta el concepto de "medio necesario" para determinar cuándo se debe apreciar el concurso medial, alegando a tal efecto la "necesidad" de comprobar si en el caso concreto se produce una conexión típica entre los delitos concurrentes. En este sentido, se menciona expresamente como ejemplo de concurso medial los casos en los que se aprecia el tipo de la estafa y engaño típico se materializa a través de otro delito.

Sin embargo, otra parte de la doctrina difiere de lo expuesto tanto en relación con la identidad de fundamento como en relacionar los concursos de leyes con los casos en los que una infracción penal abarca todo el desvalor de otra. Con respecto a la identidad de fundamento, ciertos autores dudan de la construcción del denominado bien jurídico supraindividual, que recoge los intereses del colectivo de los consumidores. Pues este no carece de autonomía propia y no es más que una anticipación de la tutela de la agrupación de los distintos patrimonios de una pluralidad de sujetos<sup>97</sup>. Esta consideración nos llevaría a determinar la existencia de identidad de fundamento, lo que nos conduciría a un concurso de normas a fin de evitar vulnerar el principio de *non bis in idem*<sup>98</sup>.

Esta solución supone, de acuerdo a la doctrina que aboga por un concurso medial, no recoger todo el desvalor de los hechos, pues el tipo de la estafa solo captaría el desvalor en relación con los patrimonios efectivamente lesionados, sin atender a la puesta en peligro del patrimonio de cualquier potencial consumidor. Frente a esto, cabe señalar que, de acuerdo a la redacción del artículo 8 del CP el concurso de leyes no se establece expresamente para los casos en los que una infracción penal capta todo el desvalor de otra<sup>99</sup>, sino que se instaura como la solución concursal subsidiaria en los casos en los que, por vulneración de *non bis in idem*, no resulta de aplicación el concurso de delitos.

Por todo lo expuesto, cabe afirmar que la solución concursal dependerá de la apreciación o no de una identidad de fundamento en los hechos, una vez quedó probada la identidad de sujetos y de hechos. A mi juicio, debemos cuestionar que se trate de defender el concurso de delitos en base a la apreciación de bienes jurídicos diferentes en el tipo de la estafa y en el tipo publicitario, pues el interés colectivo de los consumidores no es sino una mera expresión para referirse al conjunto de los intereses patrimoniales individuales. En consecuencia, se defiende en este punto la existencia de un concurso de normas entre el delito de la estafa y el delito publicitario. En concreto, tal conflicto concursal se resolverá de acuerdo a la relación de alternatividad del párrafo 4 del artículo 8 CP, puesto el menor ratio de acción de la lesión frente al peligro impide considerar apreciar la relación de consunción del párrafo 3 del mismo artículo<sup>100</sup>.

---

<sup>97</sup> Gómez Lanz, J. *La ordenación del Derecho Penal del consumo mediante la tipificación expresa de tentativas de estafa. Los artículos 282 y 283 del CP de 1995*, en *Derecho de Consumo. Actas del Congreso Internacional sobre Derecho de Consumo*, Editorial Tirant lo Blanch, Valencia, 2009, pp. 835

<sup>98</sup> Igual solución se aprecia en la Sentencia del Tribunal Supremo del 19 de Marzo de 2004 núm.357/2004

<sup>99</sup> Gómez Lanz, J. *La ordenación ... op. cit. pp. 836*

<sup>100</sup> Gómez Lanz, J. *La ordenación ... op. cit. pp. 837*

## 5. Reflexiones finales

La valoración de los hechos cometidos por J.A.F. en relación con la Operación Lupin III nos ha conducido a la determinación de los mismos como típicos de un delito masa de estafa del 248.1 del CP en concurso real con un delito continuado de estafa informática del 248.2 del CP y en concurso de normas con un delito continuado publicitario, resuelto a través de la relación de alternatividad en favor de la estafa. Los hechos enjuiciados presentaban una compleja estructura comisiva que ha dificultado la determinación de la concreta responsabilidad penal, más aún cuando se acusaba de una elaboración más detallada de los hechos probados. Además, no han sido pocos los momentos del análisis en los que se han podido apreciar propuestas doctrinales enfrentadas o resoluciones judiciales diferentes en relación con un mismo hecho. En estos casos, tras una exposición de las distintas opiniones enfrentadas se ha procedido a la adopción de una resolución de acuerdo a la opinión que personalmente se ha considerado más coherente, siempre a la luz de la más reciente jurisprudencia y tras la aplicación de la razón y el sentido crítico.

Por otro lado, el trabajo se ha centrado en el estudio de los tipos de la estafa, pero bien podría haberse valorado la posible subsunción de los hechos en el tipo de grupo criminal o la posible responsabilidad penal de los colaboradores de J.A.F. y de las mulas de las que se valía para mover el dinero de las transferencias con facilidad. Sin embargo, ambos quedaban fuera del alcance y extensión de este trabajo.

Finalmente, los hechos ponen de manifiesto la necesidad del Derecho Penal de adaptarse a las nuevas formas de lesionar los bienes jurídicos protegidos que surgen como consecuencia de la aparición de nuevas tecnologías y de la predisposición de ciertos individuos de hacer uso de las mismas para la obtención de un beneficio económico en detrimento del perjuicio de un tercero. Esta necesidad de adaptación se hace más evidente en relación con los tipos de la estafa, pues, recogiendo las palabras de Groizard, “la estafa es el proteo de los delitos”.

## **6. Bibliografía**

### ❖ Legislación:

Ley Orgánica 10/1995 de 23 de noviembre, del Código Penal

### ❖ Jurisprudencia:

#### **Tribunal Constitucional**

Sentencia del Tribunal Constitucional de 30 de enero de 1981 núm. 2/1981

Sentencia del Tribunal Constitucional de 17 de octubre de 1994 núm. 270/1994

#### **Tribunal Supremo**

Sentencia del Tribunal Supremo de 12 de Junio de 2007 núm. 533/2007

Sentencia del Tribunal Supremo, Sala Segunda, de 28 de octubre núm. 810/2016

Sentencia del Tribunal Supremo de 4 de julio de 2005 núm. 880/2005

Sentencia del Tribunal Supremo de 26 de junio de 2000 núm. 634/2000

Sentencia del Tribunal Supremo de 15 de marzo de 2012 núm. 162/2012

Sentencia del Tribunal Supremo de 30 de abril de 2013, núm. 344/2013

Sentencia del Tribunal Supremo de 28 de enero de 1999 núm. 1647/1998

Sentencia del Tribunal Supremo de 16 de febrero de 2017, núm. 92/2017

Sentencia del Tribunal Supremo de 21 de octubre de 1998, núm. 1.216/1998

Sentencia del Tribunal Supremo de 23 de abril de 1992 núm. 3654/1992

Sentencia del Tribunal Supremo de 26 de Junio de 2006 núm. 692/2006

Sentencia del Tribunal Supremo de 15 de abril de 1992 núm.1293/1992

Sentencia del Tribunal Supremo de 19 de Marzo de 2004 núm. 357/2004

Sentencia del Tribunal Supremo de 19 de diciembre de 2005 núm. 1518/2005

Sentencia del Tribunal Supremo de 5 de abril de 2018 núm. 1286/2018

Sentencia del Tribunal Supremo de 23 de octubre de 2019 núm. 499/2019

Sentencia del Tribunal Supremo de 4 de junio de 2010 núm. 527/2010

Sentencia del Tribunal Supremo de 14 de abril de 2009 núm. 439/2009

### **Audiencia Provincial de la Rioja**

Sentencia de la Audiencia Provincial de La Rioja de 21 de Diciembre de 2011 núm. 213/2011

### **Audiencia Provincial de Santa Cruz de Tenerife**

Sentencia de la Audiencia Provincial de Santa Cruz de Tenerife del 11 de mayo de 2017, núm. 194/2017

#### ❖ Obras doctrinales:

Antón Oneca, J., La Estafa. Nueva Enciclopedia Jurídica, Tomo IX, Editorial Francisco Seix Barcelona, Barcelona, 1958

Bajo Fernández, M., Los delitos de estafa en el Código Penal, Editorial universitaria Ramón Areces, Madrid, 2004

Bajo Fernández, M., Manual de Derecho Penal (Parte especial), Delitos patrimoniales y económicos. Editorial universitaria Ramón Areces, Madrid, 1987

Carbonell Mateu, J., Delitos relativos al mercado y a los consumidores. en Derecho Penal: Parte Especial. Tirant lo Blanch, 3ª ed., Valencia, 1998

Choclán Montalvo, J.A., El delito de estafa, Editorial Bosch, 2ª Edición, Barcelona, 2009

García-Pablos de Molina, A. Introducción al Derecho Penal. Instituciones, fundamentos y tendencias del Derecho Penal. Editorial Universitaria Ramón Areces. 5º ed. Madrid, 2012.

Gómez Benítez, J.M., Función y contenido del error en el tipo de la estafa, Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales, 1985

Gómez Lanz, J. La ordenación del Derecho Penal del consumo mediante la tipificación expresa de tentativas de estafa. Los artículos 282 y 283 del CP de 1995, en Derecho de Consumo. Actas del Congreso Internacional sobre Derecho de Consumo, Editorial Tirant lo Blanch, Valencia, 2009

Gómez Tomillo, M. (2010) Comentarios al Código Penal. Lex Nova, 1ºed, septiembre 2010

Groizard y Gómez de la Serna, A. El Código Penal de 1870: concordado y comentado. Madrid, 1912.

Kierszenbaum, M. El bien jurídico en el Derecho Penal. Algunas nociones básicas desde la óptica de la discusión actual. Lecciones y ensayos, nº 86, 2009.

Liñán Lafuente, A. Trazos de Derecho Penal. Parte especial. Autoedición, 2018.

Moral García, A., La protección penal del consumidor frente a la actividad publicitaria: perspectiva penal. Manuales de formación continuada, nº. 15. Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 2001

Obregón García, A. y Gómez Lanz, J. (2015) Derecho Penal. Parte General: Elementos Básicos de la Teoría del Delito. Editorial Tecnos, 2ª ed. Madrid, 2015.

Pastor Muñoz, N., La determinación del engaño típico en el delito de estafa. Editorial Marcial Pons, Madrid, 2004.

Pérez Manzano, M., La prohibición constitucional de incurrir en bis in idem, Editorial Tirant lo Blanch, Valencia, 2002

Puente Aba, L., El delito publicitario, ECRIM, Universidad de A coruña, 2008

Roig Torres, M. El concurso ideal de delitos, Editorial Tirant lo Blanch, Valencia 2011

❖ Otros:

Circular 4/2015 de la Fiscalía General del Estado: Interpretación de la nueva regla penológica prevista para el concurso medial de delitos

Gabinete de Prensa de la Guardia Civil (2019) Nota de prensa disponible en: <https://www.guardiacivil.es/es/prensa/noticias/7043.html>