

El delito masa (*)

JOSE A. SAINZ CANTERO

Catedrático de Derecho penal en la Universidad de Murcia

SUMARIO: I. *Introducción*. 1. Planteamiento del problema: A) La cuestión de los fraudes colectivos. B) La imposibilidad de aplicarles la doctrina del delito continuado. 2. Evolución de la doctrina del Tribunal Supremo para resolverlo: A) La creación del delito masa. B) La modificación de la doctrina del delito continuado.—II. *El delito masa*. 1. Concepto, naturaleza y fundamento. 2. Elementos.

I. INTRODUCCION

1. PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA.

Un hecho suficientemente constatado por quienes se ocupan de temas sociológicos es que el deseado progreso económico y la evolución social, que han tenido lugar en el mundo durante las últimas décadas, han desencadenado un gigantesco aumento de la criminalidad. THORSTEN SELLIN ha podido decir con sobrada razón, que «la modificación más importante que se ha producido después de la revolución industrial en la fenomenología del delito, se debe a la *multiplicación de las ocasiones* que permiten perpetrarlo» (1).

Aunque esta multiplicación de ocasiones ha tenido lugar en todas las áreas del delito, la más afectada, con gran diferencia sobre las otras, es la delincuencia patrimonial. El desarrollo de nuevas técnicas de venta y de formas inéditas de «hacer negocio», la fe ciega del consumidor en ofertas de «facilidades» que hace algunos años sus destinatarios no habrían tomado en serio, por suponerlas fraudulentas, y la desaparición de determinados frenos inhibitorios de carácter ético que jugaban un papel importante en la sociedad de nuestros

(*) Este trabajo se ha beneficiado de la Ayuda a la Investigación en la Universidad, concedida por el Ministerio de Educación y Ciencia.

(1) T. SELLIN, *La criminalité et l'évolution sociale*, en «Revue de l'Institut de Sociologie» (Universidad Libre de Bruselas), 1963, pág. 15.

abuelos (2), han hecho surgir una extensa gama de nuevas modalidades de infracciones patrimoniales que han situado al jurista de hoy ante una experiencia descorazonadora: las leyes vigentes, pensadas para otra realidad criminológica, se le rompen en pedazos entre las manos cuando trata de aplicarlas.

A) *La cuestión de los fraudes colectivos.*

De estas nuevas formas de delincuencia patrimonial han destacado en los últimos años, tanto por su frecuencia como por la alarma social que produjeron, los que se han dado en llamar *fraudes colectivos*. Aunque su diversidad de modalidades es tan extensa como la capacidad de imaginación de la mente humana, en todas las variedades se han manifestado con un denominador común, por el que no resulta difícil identificarlos: la engañosa puesta en escena va dirigida a una colectividad indeterminada cuyos componentes individuales, a causa del error en ellos creado, realizan actos de disposición patrimonial en perjuicio propio y en ilícito beneficio del defraudador. Aunque los fraudes más conocidos son las estafas de cantidades anticipadas para adquisición de viviendas en construcción, estos hechos no agotan el repertorio presentado ante nuestros Tribunales: la venta de material para ser elaborado por el adquirente con la promesa, después no cumplida, de que la empresa vendedora adquiriría a ventajoso precio el producto; la expedición de participaciones de lotería sin la cobertura del billete correspondiente; el percibo de primas por el despacho de documentos oficiales; y otros de parecida factura, se han producido también en la realidad criminológica española.

Pese a su novedad, la subsunción de estos fraudes en la legislación penal patria no presentaba dificultades. Los tipos recogidos en el Código penal bajo la rúbrica «De las estafas y otros engaños» resultaban adecuados, no obstante su antigüedad, para prevenirlos. En la amplia redacción del número 1 del artículo 529 encontraron los aplicadores de nuestro Derecho cauce holgado para proceder a la calificación de la mayoría de los hechos que la nueva realidad producía. La dificultad surge cuando se trata de imponer una sanción proporcionada a la culpabilidad del sujeto. Para ello no resulta tan idóneo nuestro, no por más remozado menos viejo, texto punitivo.

El obstáculo para una justa punición proviene de dos determinaciones insertas en el ordenamiento penal: el sistema de sancionar las estafas del artículo 529, que condiciona la pena a la cantidad

(2) Refiriéndose a la criminalidad italiana, MARIO CALAMARI, en el *Discurso* pronunciado con motivo de la inauguración del Año Judicial (1970), ha dicho: «Todo esto sucede porque la costumbre moral está en fuerte degradación, y demasiados individuos, sin escrúpulos de conciencia, intentan procurarse de cualquier modo, no importa si delictuosamente, medios de bienestar y de placer. Así se explica que hayan delinquido personas que hasta ahora habían observado una conducta intachable». (Cfr. *Dal Discorso per l'inaugurazione dell'anno giudiziario 1970*, en «La Scuola Positiva», 1970, pág. 158.

defraudada, y la normativa del concurso de delitos. Como en la mayoría de los fraudes colectivos que nos ocupan la cantidad defraudada a cada perjudicado suele ser pequeña, las diversas estafas integradoras del fraude colectivo —por razón de lo establecido en el artículo 528—, daban lugar a una pluralidad de faltas o delitos de escasa gravedad, para los cuales, a tenor de las limitaciones prescritas en la regla 2.ª del artículo 70, resultaba una pena descaradamente desproporcionada a la culpabilidad del sujeto y a la entidad jurídica de la total defraudación realizada. La aritmética penal, en definitiva, conducía a la casi impunidad del hecho; el defraudador, por la sola razón de que su fraude había sido *colectivo*, resultaba tan favorecido en la sentencia que parecía, en expresión de DÍAZ PALOS (3), que se concedía una prima para el delincuente «al por mayor».

La desproporción entre pena y culpabilidad resulta obvia si se tiene en cuenta que el sujeto activo del fraude planea éste en su conjunto con unidad de propósito, que causa un perjuicio de gran entidad económica considerado en su totalidad, a una masa de personas, y que el lucro que se propone y obtiene corresponde a la suma de los distintos fraudes por él realizados. La justa punición se lograría castigando por un solo delito, al cual correspondería la pena que en las escalas del artículo 528 se fija para la cantidad monetaria resultante de la suma de las diversas cantidades individuales.

A esta solución se oponía, sin embargo, la normativa del concurso que establece el Código penal. Los distintos actos fraudulentos integrantes del fraude colectivo constituyen, individualmente considerados, cada uno un delito. Resultaba así que el autor había ejecutado varios delitos o faltas por lo que, a tenor de lo disciplinado en el artículo 69, había que imponerle todas las penas que correspondieran a las diversas infracciones, pero con la limitación prevista en la Regla 2.ª del artículo 70, que establece que el máximo de cumplimiento de la condena del culpable no podrá exceder del triplo del tiempo por que se le impusiere la más grave de las penas en que haya incurrido, dejando de extinguir las que procedan desde que las ya impuestas cubrieren el máximo de tiempo predicho.

B) *La imposibilidad de aplicar la doctrina del delito continuado.*

Residiendo la solución en apreciar un único delito, no debe extrañar que se pensara en la construcción jurisprudencial del delito continuado. Pero esta solución no resultaba viable. Al producirse los primeros fraudes colectivos con especial relevancia social, la construcción jurisprudencial del delito continuado, aunque no firme en todos sus extremos, seguía la siguiente orientación (4):

(3) F. DÍAZ PALOS, *Delito-masa: delitos de fraude colectivo*, en «Revista de Derecho Judicial», 1960, pág. 78.

(4) La doctrina de nuestro más alto Tribunal en la época a que nos referimos, ha sido estudiada por: A. PELÁEZ, *El delito continuado*, Salamanca, 1942; J. DEL ROSAL, *Del delito continuado*, en «Revista General de Legis-

Se considera una facción jurídica (5) que se justifica, por necesidades y conveniencia de la práctica, como expediente procesal para resolver las dificultades que el caso concreto presenta cuando las distintas acciones no están perfectamente individualizadas (6), en especial cuando no se puede probar el número de acciones, la fecha de ejecución de las mismas, las cantidades y otras circunstancias de hecho (7). En consecuencia, se aprecia el delito continuado cuando los hechos probados no permiten distinguir las sustracciones parciales y se rechaza su apreciación cuando las distintas acciones se realizaron plenamente, con total independencia, y se pueden precisar las fechas en que fueron ejecutadas y el perjuicio económico que se irrogó en cada una de ellas (8). En estos últimos casos se estima una pluralidad de delitos y se determina la pena conforme a las reglas del concurso establecidas en los artículos 69 y 70 del Código penal.

Como requisitos o elementos necesarios para su estimación se exigen, además de la pluralidad de acciones homogéneas realizadas por un solo sujeto, unidad de propósito y realización, unidad de lesión jurídica, unidad de ocasión, unidad de sujeto pasivo (que se requiere incluso en los delitos contra la propiedad) y unidad de patrimonio lesionado (en las infracciones patrimoniales) (9).

Basta esta síntesis para apercibirse de que la aplicación de la doctrina del delito continuado a los fraudes colectivos no era posible. Se oponía a ello:

a) El fundamento que la doctrina jurisprudencial atribuía al delito continuado. Como acabamos de señalar, se contemplaba como mero «expediente procesal» para cuando las diversas acciones no estaban suficientemente individualizadas. En los fraudes colectivos las distintas acciones, las fechas de su comisión y las cantidades defraudadas en cada una de ellas, resultan perfectamente precisadas (10).

lación y Jurisprudencia», 1945, págs. 252 y sigs.; J. DEL ROSAL, *Consumación y aplicación de la ley penal en el delito continuado*, en «Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales», 1948, págs. 277 y sigs.. C. CAMARGO HERNÁNDEZ, *El delito continuado*, Barcelona, 1951; J. ANTÓN ONECA, *Delito continuado*, en «Nueva Enciclopedia Jurídica», vol. VI, Barcelona (Seix), 1954, págs. 448 y sigs.

(5) Sentencias de 24 de febrero de 1947, 3 de noviembre de 1948, 6 de junio de 1949, 3 de septiembre de 1950, 8 de febrero de 1951, 16 de abril de 1951 y 9 de junio de 1951.

(6) Sentencias de 10 de noviembre de 1944, 11 de octubre de 1947, 14 de octubre de 1947; 26 de octubre de 1947, 11 de mayo de 1949, etc.

(7) Sentencias de 22 de octubre de 1948, 3 de noviembre de 1948, 18 de junio de 1951, etc.

(8) Cfr. J. ANTÓN ONECA, *Delito continuado*, cit., pág. 454 (con abundante jurisprudencia).

(9) Son muchos y reiterados los fallos que declaran estas exigencias, sin que falten algunos aislados que se apartan de la orientación general que señalamos. J. ANTÓN ONECA, *Delito continuado*, cit., págs. 460 y sigs. y C. CAMARGO HERNÁNDEZ, *El delito continuado*, cit., págs. 129 y sigs., recogen las más importantes sentencias al respecto.

(10) Sirva de ejemplo el fraude contemplado en la *sentencia de 20 de*

A esto hay que añadir la opinión dominante en la doctrina sobre el fundamento pietista del delito continuado. Los autores de mayor solvencia consideraban el delito continuado como un recurso buscado por el Derecho para obtener una dulcificación de la pena en favor del autor culpable de varios hechos delictivos, evitando así la acumulación material de penas. Significativa es a este respecto la opinión de ANTÓN ONECA que (en 1954), escribía que con el delito continuado se trata de evitar los rigores de la acumulación de penas del concurso, aparente consecuencia de la idea retribucionista; añadiendo, con apoyo argumental en RODRÍGUEZ MUÑOZ, que la repugnancia del legislador español por la acumulación de sanciones está demostrada en el artículo 71, donde se adopta la única en su grado máximo, no sólo para el concurso ideal sino también para un caso del real: el delito medio necesario para realizar otro (11).

Aunque en este punto la doctrina del Tribunal Supremo era vacilante, y son muchos los fallos que estiman delito continuado aunque la aplicación del concurso de delitos resultaba favorable al reo (12), la opinión general pensaba, como ANTÓN ONECA, que «no es lícito llegar, mediante la estimación del delito continuado, a una condena más grave que la correspondiente al concurso si se separan las acciones para castigar en cada una de ellas una infracción criminal (13).

Dado que en una gran mayoría de los fraudes colectivos que se produjeron, por ser las cantidades individuales defraudadas de escasa entidad, resultaba más favorable al condenado la apreciación del concurso, la opinión dominante que acabamos de señalar constituía un obstáculo serio para la aplicación a ellos de la doctrina del delito continuado.

b) No concurría la unidad de ocasión. Desde antiguo venía exigiendo nuestro más alto Tribunal, para apreciar la existencia de delito continuado, la unidad de ocasión (14), requisito que hay que

febrero de 1963, en cuyo Resultando de hechos probados se hacen las precisiones que nos ocupan: «... dichos procesados, a sabiendas de que no podían edificar en ellos (se refiere a unos terrenos sitos en el barrio de Orcasitas de Madrid), por ser zona verde su emplazamiento y no tener la autorización del Ayuntamiento ni medios económicos para verificar la construcción, consiguieron que a cuenta de aquellos hoteles les fueran entregadas: en 10 de octubre de 1955, la cantidad de 5.000 pesetas por D. Gregorio S.; en igual día la suma de 5.000 pesetas por D. Alfonso Z.; en 10 de octubre del mismo año la de 3.500 pesetas por D. Juan S.; de 6.900 pesetas por D. Antonio S.; y de 4.865 pesetas por D. Valeriano M. en 11 de dicho mes y año; cantidades que se apropiaron los procesados con propósito de lucrarse, en perjuicio de aquellos compradores, sin llegar a realizar las obras ofrecidas ni devolverles las sumas percibidas para tales fines» («Jurisprudencia Criminal», tomo IL (I), pág. 763).

(11) J. ANTÓN ONECA, *Delito continuado*, cit., pág. 455.

(12) Entre otras, sentencias de 8 de febrero de 1945, 22 de junio de 1945, 1 de junio de 1945 y 2 de diciembre de 1946.

(13) J. ANTÓN ONECA, *Delito continuado*, cit., pág. 456.

(14) Entre otras, sentencias de 16 de junio de 1925, 28 de abril de 1928, 20 de enero de 1932, 6 de junio de 1934, 1 de abril de 1935, 7 de octubre de 1935, 3 de julio de 1944, 22 de noviembre de 1947 y 27 de junio de 1949.

entender como exigencia de que las acciones aparezcan como ampliación o prosecución las unas de las otras, la cual no se da sin una cierta conexión de tiempo y lugar. La unidad de ocasión faltará cuando entre las distintas acciones se produzcan intervalos excesivamente largos (15). En los fraudes colectivos presentados ante nuestros tribunales faltaba esa unidad de ocasión, pues las distintas acciones no aparecían como ampliación o prosecución unas de otras, no había conexión de tiempo y lugar, y, generalmente, entre los diversos actos fraudulentos se producían intervalos largos.

c) No se daba la unidad de sujeto pasivo. En contra de la opinión dominante en la doctrina, el Tribunal Supremo exigía para la estimación del delito continuado que el sujeto pasivo fuera único, exigencia que incluso se hacía en las infracciones patrimoniales (16). Siendo la característica más acusada de los fraudes colectivos la variedad de los sujetos pasivos, es obvio que la aludida exigencia constituía el principal escollo para la viabilidad de su tratamiento conforme a la construcción de delito continuado.

A la vista de estas consideraciones, no resulta extraño que cuando se presentaron ante los Tribunales los primeros casos de fraudes colectivos con su pluralidad de sujetos pasivos y patrimonios lesionados, con su integración de acciones múltiples, perfectamente determinadas en cantidad y fechas, concurriendo en ellos además la peculiaridad de que el apreciar un solo delito, en lugar de pluralidad de ellos en concurso, *perjudicaba* al culpable, se encontrara una fuerte resistencia a calificar de delito continuado. Algunas Audiencias, sin embargo, ante la casi impunidad que resultaba de la aplicación de las reglas del concurso, se decidieron a apreciar la continuidad de las distintas acciones y a sancionar como delito único, estimando la defraudación en la suma de las defraudaciones parciales.

El Tribunal Supremo casó las sentencias, estimando los recursos de los defraudadores que, en las reglas del concurso, advertían una eficaz instrumento de defensa. Este es el caso, entre otros, del fallo de 26 de octubre de 1954. En él, nuestro más alto Tribunal se ocupa de la conducta de dos sujetos que, en concepto de agentes de inscripción de una sociedad dedicada al fomento de la construcción, de la industria y la agricultura, hicieron creer a una colectividad de labradores, al objeto de conseguir que contrataran con aquella sociedad, que ésta les anticiparía capitales con la sola garantía personal del

(15) Cfr. J. ANTÓN ONECA, *Delito continuado*, cit., pág. 459.

(16) Con referencia a los delitos contra la propiedad, se exigió, entre otras, en las sentencias de 21 de enero de 1911, 22 de diciembre de 1917, 10 de noviembre de 1927, 1 de abril de 1935 (donde se niega la continuación porque el autor *conocía* que las cosas sustraídas pertenecían a distintos propietarios), 30 de mayo de 1936, 23 de mayo de 1941, 5 de febrero de 1946, 29 de enero de 1949, 18 de octubre de 1949 (que casa la sentencia en la que se había estimado una sola apropiación indebida continuada, y aprecia varios delitos por existir «determinación concreta de las personas perjudicadas»), 29 de noviembre de 1951 (que *fundamenta* la no apreciación de delito continuado en que es distinta la persona perjudicada en cada ocasión).

solicitante, siempre que hubieran suscrito e ingresado una determinada cantidad. Mediante este ardid defraudaron a 61 personas en cantidades que oscilan desde 210 a 3.000 pesetas, importando una suma total de 47.278 pesetas.

La Sala de instancia estimó que los hechos probados eran constitutivos de un delito (continuado) de estafa, comprendido en el número 1 del artículo 529 y castigado en el número 1 del artículo 528. La representación de los procesados recurre en casación alegando que los hechos que se imputan no son constitutivos de un único delito de estafa, con base en que se han realizado en lugares y tiempos diversos y han tenido distintos sujetos pasivos, cada uno de los cuales entregó cantidades diferentes y perfectamente determinadas, «por lo que cada uno de tales hechos constituiría un delito o una falta, según la cuantía de la cantidad entregada». El Ministerio Fiscal apoyó este motivo del recurso.

El Tribunal Supremo declara *haber lugar* al recurso, afirmando en su único considerando que «la teoría del delito continuado no puede tener aplicación en el caso de autos, como con manifiesto error hace en la recurrida la Audiencia de instancia, puesto que de los hechos probados que en ella sienta resultan perfectamente individualizadas 61 infracciones penales de estafa del número 1 del artículo 529 del Código penal, cometidas por los que hoy recurren, con igual número de sujetos pasivos, cada uno de los cuales entregó cantidades distintas y perfectamente determinadas... por lo que cada uno de tales hechos constituiría un delito o una falta según la cuantía de la cantidad entregada» (17).

Incluso cuando el Tribunal Supremo confirma algunas de las sentencias provinciales que han calificado de delito continuado y declara que se da *un solo delito*, tiene buen cuidado de no utilizar la expresión «delito continuado». La *sentencia de 22 de octubre de 1954* es un claro ejemplo de esta actitud (18).

2. EVOLUCIÓN DE LA DOCTRINA DEL TRIBUNAL SUPREMO PARA RESOLVERLO.

El problema planteado no encontraba solución ni en nuestras leyes penales ni en las construcciones jurisprudenciales. Una vez más la patología social de las nuevas formas de vida había sorprendido al Derecho. La ordenación de la convivencia y la necesidad de represión de las conductas *más intolerables* para esa convivencia reclamaban, sin embargo, una solución jurídica, exigencia que en los casos que nos ocupan había trascendido el mundo de los especialistas para adquirir una resonante relevancia social. Las estafas de anticipo para adquisición de viviendas, que habían causado verdaderas tragedias

(17) *Jurisprudencia Criminal*, tomo XXII (1954), págs. 492 y sigs.

(18) *Jurisprudencia Criminal*, tomo XXIV (1954), págs. 69 y sigs.

en multitud de familias humildes, son aireadas por la prensa haciendo del problema una auténtica cuestión social. A pesar de ello, en el plano legislativo no se intenta ninguna reforma que atienda al problema concreto de la casi impunidad de los fraudes colectivos (19), aunque desde que empiezan a producirse se verifican dos revisiones del Código penal, las de 1963 y 1967 (20).

Ante la laguna legislativa, el Tribunal Supremo trata de resolver la espinosa cuestión planteada, produciendo una interesante doctrina que ya hoy podemos detectar en dos direcciones: una, la creación del «delito masa»; otra, modificando considerablemente la construcción del delito continuado.

A) *La creación del delito masa.*

La construcción del delito masa la lleva a cabo nuestro más alto Tribunal a través de un laborioso proceso evolutivo que todavía hoy está sin terminar. No obstante, es ya posible fijar sus pasos más significativos. Su punto de partida se ha señalado (21) en la sentencias de *24 de enero de 1953* y *13 de noviembre de 1954*, pero estos fallos, y otros posteriores, no constituyen más que atrevidos tanteos para superar, frente al caso concreto, «la resistencia» que ofrece el problema de los fraudes colectivos. El ensayo de construcción de una doctrina generalizada, y la misma denominación, no se produce hasta años después, cuando ya la opinión científica ha dado su beneplácito a los primeros intentos jurisprudenciales (22).

a) Estos primeros intentos se encarnan además de en las dos sentencias mencionadas, en las de *2 de octubre de 1954*, *17 de diciembre de 1956*, *31 de enero de 1958* y *3 de febrero de 1958*, que han sido estudiados por A. REOL (23) y F. DÍAZ PALOS (24).

La aportación de estas sentencias a la doctrina del delito masa puede sintetizarse así:

Se empieza distinguiendo entre el lucro global, pretendido y logrado por el sujeto activo del fraude, y los perjuicios individuales sufridos por cada una de sus víctimas, apreciándose *delito único* a pesar de estar concretados estos últimos y ser varios los sujetos

(19) En este plano se arbitra, mediante la *Ley de 27 de julio de 1968*, una solución para otra cuestión planteada por los fraudes colectivos que venimos llamando «estafas de anticipo para adquisición de viviendas en construcción»: la de la insolvencia de los defraudadores. La incriminación que el artículo 6 de esa Ley establece no resuelve el problema que estamos tratando ahora.

(20) Tampoco encara el problema de frente la reciente reforma.

(21) Así lo manifiesta la sentencia de 10 de junio de 1957 (Aranzadi, R., 3148).

(22) Los trabajos de A. REOL, *El sujeto pasivo masa en los delitos continuado y único de estafa*, en «Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales», 1958, págs. 21 y sigs., y el de F. DÍAZ PALOS, ya citado, se publican en 1958 y 1960, y en ellos se aplaude la solución jurisprudencial de considerar *delito único* la pluralidad de fraudes que integran el fraude colectivo.

(23) *El sujeto pasivo masa*, cit., págs. 24 y sigs.

(24) *Delito-masa*, cit., págs. 90 y sigs.

pasivos. Así lo hace la *sentencia de 24 de enero de 1953* que castiga como autor de un solo delito de apropiación indebida al que, comisionado por sus compañeros de trabajo, se traslada a Madrid para cobrar diversos jornales y se apropia de la totalidad de ellos. Se rechaza de este modo la estimación de varias faltas, que correspondería apreciar si se tomara en consideración el perjuicio individual sufrido por cada uno de los compañeros defraudados.

Se destacan como elementos esenciales de este delito único, al que años más tarde se llamará delito masa los siguientes: *el subjetivo*, consistente en un único propósito o designio del sujeto activo, que pretende, en primer plano, la obtención de un lucro global, coincidente con la suma de los perjuicios individuales padecidos por los diversos defraudados (25); *el perjuicio total* sufrido por las diferentes víctimas del fraude, no tomándose en consideración como independientes las diversas cantidades defraudadas (26); y *el sujeto pasivo*, integrado por una pluralidad de personas (colectividad) a las que se dirige de modo indeterminado la maquinación fraudulenta del sujeto activo (27).

De estos elementos se configura como fundamental el subjetivo, que pilota la conducta del defraudador, proyectándose tanto sobre la totalidad del lucro, que es lo que pretende, como sobre el sujeto pasivo colectivo. Su intensidad de conexión y conducción es tal que resulta adecuado para hilvanar una pluralidad de acciones en una sola actuación y apreciar un único delito (28). La importancia concedida al elemento subjetivo por la doctrina jurisprudencial hace que DÍAZ PALOS, con apoyo en la *sentencia de 31 de enero de 1958*, afirme que el delito masa se dibuja como *delito de tendencia* (29).

b) Un paso más se da en el año 1966 con las sentencias de 22 de marzo y 3 de mayo. En ellas se siguen considerando esenciales los elementos que hemos encontrado destacados en los fallos anteriores, pero se profundiza en sus características y se añaden nuevos datos.

(25) Así, la *sentencia de 2 de octubre de 1954* (que habla de «un único engaño»), la de 31 de enero de 1958 (que destaca la circunstancia de que la organización engañosa *tiende* a causar un perjuicio general), y la de 3 de febrero de 1958 (que considera los diversos actos del sujeto activo —venta de varias participaciones de lotería sin la debida cobertura—, como expresión varia y diversificada de «un propósito doloso» adecuado para la realización de «un designio defraudatorio»).

(26) Muy significativa es, a este respecto, la *sentencia de 31 de enero de 1958*, que al contemplar la defraudación realizada por una supuesta empresa dedicada al suministro de abonos de nitrato, considera que la organización de una casa vendedora de su clase no es imaginable que tenga por objeto realizar estafas de mínima cuantía, sino que tienda a causar «un perjuicio general».

(27) Las expresiones utilizadas al respecto por el Tribunal Supremo son bastante explícitas. Se habla de «generalidad» de los perjudicados (*sentencia de 2 de octubre de 1954*), de número de personas contra las que indeterminadamente se dirige la organización de la empresa que produce el daño de que se trata (*sentencia de 31 de enero de 1958*), y del designio defraudatorio que no se proyecta sobre persona predeterminada sino sobre «el público en general» (*sentencia de 3 de febrero de 1958*).

(28) En este sentido, F. DÍAZ PALOS, *Delito-masa*, cit., pág. 92.

(29) F. DÍAZ PALOS, *Delito-masa*, cit., 94.

En la vertiente del elemento subjetivo (30), se exige que el sujeto no se proponga un lucro de cuantía determinada respecto de cada uno de los patrimonios individualizados contra los que actúa (31), sino la obtención de un lucro global. Es la existencia de este propósito lo que impide fraccionar la responsabilidad del autor porque se trata de «una responsabilidad producida por un dolo de conjunto» (32).

En lo que respecta al sujeto pasivo, se habla ya de «masa o generalidad de personas» a la cual ha de estar referido el «ánimo especial del sujeto» (33). Con referencia a este elemento, se distinguen por primera vez (34) dos diferentes categorías de *masa*: la *masa realidad física*, que se presenta en los delitos contra la propiedad cuando estos gravitan sobre «un patrimonio colectivo en el que se refunden aportaciones individuales», y la masa de sujetos que aparece en los fraudes que nos ocupan, la cual —«por excepción»—, debe ser tomada en consideración como unidad, pese a que se actúe contra patrimonios individualizados, siempre que el sujeto no se proponga un lucro de cuantía determinada.

Resulta más claro que en los fallos anteriores la eficacia del propósito único para estañar en una sola «actuación» los diversos hechos delictivos, que la *sentencia de 22 de marzo* contempla como una *conducta general que obedece a una sola manera de actuar y a un solo designio criminoso*.

c) En el año 1967 se produce la consolidación de la doctrina general sobre el delito que estudiamos. La *sentencia de 14 de abril de 1967* utiliza ya la denominación de «delito con sujeto pasivo masa», que después se empleará como sinónima de «delito masa», aunque no establece doctrina sobre él por haberse renunciado el motivo que planteaba la cuestión (35).

a') La doctrina general se sienta fundamentalmente en los fallos de *10 de junio, 28 de junio y 13 de octubre*.

El primero de ellos (36) se define en cuestiones de tanta trascendencia como la finalidad, fundamento, naturaleza y sujeto pasivo del delito masa, y reitera la doctrina sobre otros elementos destacados ya por anteriores sentencias (perjuicio global, elemento subjetivo, etcétera).

La creación del delito masa se explica por el obstáculo que para una adecuada y justa punición de los fraudes colectivos suponía la exigencia jurisprudencial de unidad de sujeto pasivo en el delito continuado. «Esto motivó —dice la sentencia—, que la más diligente doctrina científica elaborara, con base legal e interpretación justa, la

(30) Al que se llama «sólo designio criminoso» y «propósito de conjunto» en la *sentencia de 22 de marzo de 1966* (Aranzadi, R., 1378).

(31) *Sentencia de 3 de mayo de 1966* (Aranzadi, R., 2231).

(32) *Sentencia de 22 de marzo de 1966*.

(33) *Sentencia de 22 de marzo de 1966*.

(34) En la *sentencia de 3 de mayo de 1966*.

(35) Aranzadi, R., 1696.

(36) Aranzadi, R., 3148.

nueva figura que demandaban las necesidades prácticas y el sentido-espiritual que domina la dogmática penal, del delito patrimonial genéricamente denominado delito masa».

El *fundamento* aparece claro al hablar uno de los considerandos de la finalidad de la creación de la figura: «*Para castigar más gravemente de como se venía haciendo con la técnica ordinaria, la conducta del agente provista de una superior culpabilidad... pues de fraccionarse la actuación en diversas faltas o delitos de ínfima cuantía, actuando los artículos 69 y 70, Regla 2.ª del Código penal, con el sistema mixto de acumulación de penas dentro de la pluralidad de delitos, se produciría una práctica impunidad de hechos graves que, por su alcance material y la perversidad dolosa que demuestran con la tendencia de su autor, merecen trato más severo, en especial por su trascendencia social y ataque profundo al sistema de orden y buena fe que preside las relaciones humanas en su justo desenvolvimiento*».

En lo que a la *naturaleza* de la figura se refiere, el Tribunal Supremo rechaza su contemplación como ficción jurídica para afirmar que se trata de una unidad natural: «*Debiendo advertirse que no es una ficción jurídica* contraria al humanitario principio «pro reo», sino que *es un ente jurídico o realidad natural con vida propia*, que deriva de una realidad dolosa dirigida certeramente al logro de un fraude o perjuicio colectivo de sujetos indeterminados plurales, que se captan *a priori* en la intención delictiva, planificada, del autor».

El *sujeto pasivo* se caracteriza como «un grupo de sujetos no vinculados entre sí en haz jurídico común, pero relacionados en armónica unión circunstancial o esporádica por vínculos debidos a sentimientos o intereses idénticos, con defraudación económica consiguiente de esta unión sin personalidad o informal». Como esta defraudación se realiza mediante un engaño común para todas esas personas, se produce *en tal situación* «un exclusivo o único sujeto pasivo de la infracción delictiva, a pesar de que pudieran conocerse y determinarse los perjuicios de cada uno de ellos» (37).

La *sentencia de 28 de junio de 1967* (38) perfila el elemento sub-

(37) Los hechos contemplados por esta sentencia son los siguientes: El propietario de una empresa de supermercados concibe, con ánimo de lucro y en concierto con tres empleados, el plan de operar en tres pueblos diferentes, y en distintos días, con un camión, vistiendo uniformes que inducían a confusión con los de la Guardia Civil, asegurando públicamente tener carácter oficial y haber recibido consignas del Gobierno para remediar en las gentes humildes las consecuencias producidas por unas recientes inundaciones, ofreciéndoles en venta por 1.200 pesetas un lote de ropas valorado realmente en unas 763 pesetas. Les anunciaba además que dentro del lote se incluía un colchón «Flex», cuya entrega quedaba aplazada para la tarde o para el día siguiente, en que otro camión llevaría los colchones. Esta última promesa, como estaba previsto en el plan del autor, no se cumplió, pues la falsa entrega de colchones no era otra cosa que la superchería de que se servía para llevar a error y defraudar a los compradores. En cada uno de los pueblos defraudaron a numerosas personas.

(38) Aranzadi, R., 3442.

jetivo y hace por primera vez referencia a la vertiente del injusto en el delito masa.

El elemento subjetivo, «designio defraudatorio que no se refiere a persona alguna determinada», se describe en la sentencia de esta forma: «El sujeto activo, con unidad de propósito y planificación, concibe como destinatarios no a los sujetos pasivos singulares titulares de las participaciones que de cada uno de ellos se pretende lograr, sino a la masa de todos ellos, productora de lucro conjunto y unitario que se pretende obtener».

En la vertiente del injusto se toma en consideración, además del interés patrimonial lesionado, «la repercusión social de esta clase de actos» y «la seguridad con que una gran parte de la masa de ciudadanos españoles adquiere la lotería nacional, con una confianza que no es lícito ni tolerable defraudar» (39).

La *sentencia de 13 de octubre de 1967* (40), además de reiterar lo que ya hemos visto consignado sobre el fundamento del delito masa, aporta un concepto del mismo, que resume sus elementos, y se ocupa de la interesantísima cuestión que la creación del delito masa suscita en relación con la vigencia del principio de legalidad.

Se ofrece un concepto, al decir que estamos ante el delito masa «cuando la acción y la culpabilidad del delincuente sean debidas a un querer premeditado y planificado a medio de un dolo exclusivo y unitario, que se desarrolla materialmente con la puesta en marcha de una actuación organizada contra diversas personas, atacadas a la vez o escalonadamente, a medio de un engaño común para todas, que son afectadas en su buena fe conjunta, como grupo de sujetos no vinculados entre sí en haz jurídico común, pero relacionados en armónica unión circunstancial, esporádica o sin personalidad, por vínculos debidos a sentimientos o intereses idénticos, cuando aquella voluntad activa y antijurídicamente se dirija finalísticamente a alcanzar un resultado total, distinto de las cantidades económicas individuales que parcialmente lo compongan».

Planteadas en el recurso que motiva esta sentencia la cuestión que hemos señalado en torno al principio de legalidad, el Tribunal Supremo niega que la creación jurisprudencial del delito masa infrinja el dogma legalista, razonando con detenimiento su postura (41).

(39) La sentencia contemplaba la venta de participaciones de lotería sin la debida cobertura, y cuyo acto fueron defraudadas una pluralidad de personas.

(40) Aranzadi, R., 4532.

(41) «Al aceptar como reiteradamente ha aceptado esta Sala... la figura del delito de fraude colectivo, no ha realizado una función incriminatoria judicial o de tipificación prohibida y lesiva del dogma legalista, base de todo Estado de Derecho, ni ha desconocido el contenido de los artículos 1, 2 y 23 del Código penal, abrogándose facultades legislativas que sólo al legislador corresponden, sino que su función ha consistido en aplicar un tipo abstracto adaptándolo al caso concreto, acogiendo en él lo imprevisto expresa o intelectualmente por el legislador, pero que no rechazó, y que la vida ha hecho surgir imperiosamente en el ámbito delictual, por lo que, actuando en función interpretativa, sin alterar el humanitario principio «pro reo» ni crear una

b') Sentada la doctrina general, los fallos posteriores del año 1967 aportan contribuciones de interés para la aclaración de algunos de los elementos perfilados en las sentencias anteriores. Así la de *16 de octubre* recoge la doctrina que ya conocemos sobre el perjuicio que ha de tomarse en cuenta para la determinación de la pena, insistiendo en que «comprende la suma de lo percibido de los desposeídos en el momento de la consumación (42); y la de *13 de noviembre* señala que el delito masa puede realizarse mediante una acción o varias acciones, reiterando que lo esencial para la calificación es la existencia de unidad de ideación criminal y del unitario propósito delictivo (43).

d) La jurisprudencia aparecida con posterioridad al año 1967 se limita a reiterar la doctrina general establecida, sin adoptar nada que modifique o extienda la construcción ya elaborada. De este tenor son las sentencias de *31 de mayo de 1968* (44), *7 de junio de 1968* (45), *16 de enero de 1969* (46), *12 de febrero de 1969* (47), *19 de febrero de 1969* (48) y *19 de enero de 1970* (49).

B) *La moderna doctrina jurisprudencial sobre el delito continuado.*

Al mismo tiempo que se producía la evolución doctrinal que acabamos de señalar, el Tribunal Supremo iba modificando algunas de sus directrices tradicionales sobre el delito continuado, apoyando este

ficción jurídica, sino aceptando un ente jurídico o realidad natural con existencia genuina, lo único que efectuó fue agrupar por el propósito uniforme del sujeto activo la total entidad económica defraudada, y deseada conseguir en intención final, con independencia de las fracciones de perjuicio individual que constituyeran sus sumandos, *para lo que no creó tipos sino que aplicó los existentes*, y concretamente el de la estafa, que manda atender a los efectos de la penalidad fijada en el artículo 528 a la entidad valorativa de lo defraudado, pero que no impone que el perjuicio tenga que pertenecer a un solo sujeto o a una agrupación de aquéllos, y aunque lo normal sea lo primero, al afectarse por lo común con dicha infracción derechos individuales, puede sin embargo suceder, cuando los agravios materiales sean múltiples y obedezcan a una sola voluntad delictiva que lesione a una clientela ignorada en su conjunto, que hayan de agruparse las defraudaciones parciales en una sola, por resultar en lo penal primordial el sentido espiritual y voluntarista de la actuación humana para configurar las infracciones de acuerdo a lo pretendido por el delincuente, *actuando con tal solución el juzgador con arbitrio permitido y no con arbitrariedad creadora de tipos analógicos* que le resulta prohibida, ya que tomando el delito de estafa ha sido absolutamente respetuoso con sus requisitos, y ha entendido que la defraudación lograda es la de una masa de perjudicados, *que el tipo permite, pues en absoluto su dicción construye a la individualización de los perjuicios por cada sujeto al nada establecer positiva ni negativamente y que el juzgador puede integrar con arreglo al ánimo delictual y necesidades sociales».*

(42) Aranzadi, R., 3740.

(43) Aranzadi, R., 5031.

(44) Aranzadi, R., 2768.

(45) Aranzadi, R., 2858.

(46) Aranzadi, R., 206.

(47) Aranzadi, R., 899.

(48) Aranzadi, R., 1058.

(49) Aranzadi, R., 17.

cambio de rumbo en que «la doctrina del delito continuado es una institución en que por su origen y finalidad no tiene establecida una base dogmática fija e inamovible y una configuración cerrada e inasequible a las circunstancias del caso que se contemple en cada resolución, y que en cierto modo se encuentra en permanente evolución, porque los tribunales tienen los principios jurídicos para buscar en la práctica la realización de la justicia e implantar la defensa social que, como primaria obligación, tienen encomendada» (50).

De esa moderna doctrina interesa destacar aquí, por la repercusión que pueda tener en la determinación de confines entre el delito continuado y el delito masa:

a) La declaración sobre el fundamento del delito continuado, rechazando expresamente que sea una razón de pura humanidad en beneficio del reo y admitiendo que puede apreciarse la continuidad tanto si de ella resulta una pena más favorable como si da lugar a una sanción más grave. La *sentencia de 24 de noviembre de 1969* (51), recogiendo fallos anteriores, es suficientemente explicativa al respecto: «Las modernas orientaciones doctrinales relativas al delito continuado han dejado de tener una fundamentación *pietatis causa* para dar paso a concepciones más técnicas y adecuadas que conciben la existencia de un solo delito cuando se da una sola ideación criminosa y plurales manifestaciones ejecutivas de la misma, y sin que se deba influir ni trascender si el calificar la conducta antijurídica penal del acusado como delito continuado le favorece o perjudica a fines punitivos, pues lo que en definitiva importa es el acierto calificador que no debe, por meras consideraciones pietistas, encuadrar como simples faltas lo que claramente se refleja delictivo» (52).

b) Dejar de considerar requisito esencial la unidad de patrimonio perjudicado, siempre que existan los demás elementos que configuran el delito continuado. Así lo declaran las *sentencias de 22 de marzo de 1966* (53) y de *5 de abril de 1967* (54).

(50) Así lo declaran, entre otras, las *sentencias de 22 de marzo de 1966* (Aranzadi, R., 1378) y *5 de abril de 1967* (Aranzadi, R., 1419). Hay que advertir que junto a la nueva orientación que se apunta, son muchos los fallos que siguen manteniendo la doctrina tradicional.

(51) Aranzadi, R., 5565.

(52) Se recoge idéntica doctrina, entre otras, en las *sentencias de 22 de marzo de 1966* (Aranzadi, R., 1378), *24 de noviembre de 1966* (Aranzadi, R., 5285), *8 de junio de 1967* (Aranzadi, R., 3050), *30 de septiembre de 1967* (Aranzadi, R., 3366), *16 de octubre de 1967* (Aranzadi, R., 4574), *28 de enero de 1968* (Aranzadi, R., 593), *3 de mayo de 1968* (Aranzadi, R., 2360), *19 de junio de 1968* (Aranzadi, R., 3035), *4 de diciembre de 1968* (Aranzadi, R., 5128), *12 de febrero de 1969* (Aranzadi, R., 899), *19 de febrero de 1969* (Aranzadi, R., 1058), *24 de marzo de 1969* (Aranzadi, R., 2091), *23 de septiembre de 1969* (Aranzadi, R., 4147) y *30 de septiembre de 1969* (Aranzadi, R., 4658).

(53) «... que la doctrina del delito continuado no puede dejar de aplicarse si lo reclaman altos intereses, aunque falte algún requisito de los comúnmente admitidos, como falta en este caso el de la unidad de patrimonio perjudicado» (Aranzadi, R., 1378).

(54) «... porque la razón principal que da el recurso contra la aplicación

c) La reiteración de la jurisprudencia anterior, muy criticada por la doctrina científica (55), que apreciaba el delito continuado cuando era imposible individualizar las diversas infracciones cometidas por un solo sujeto, y rechazaba la continuación delictiva cuando los actos estuvieran perfectamente diferenciados. Entre las muchas sentencias que en este sentido se manifiestan, son suficientemente explicativas las de *25 de mayo de 1968* (56) y *16 de octubre del mismo año* (57). En este punto es de advertir que son varios los fallos que en los dos últimos años parecen romper con esta orientación, pero la nueva línea no puede recibirse todavía como «doctrina jurisprudencial».

d) El acento culpabilista que se pone en la construcción del delito continuado, destacándose la unidad de propósito o ideación criminal como requisito esencial. La sentencia de *24 de marzo de 1969* resume esta doctrina con suficiente claridad: «Desfasadas antiguas concepciones sobre el llamado delito continuado, esta Sala viene manteniendo ya reiteradamente que lo que caracteriza a esta peculiar figura delictiva es la existencia de un único propósito y una común ideación delictiva, desenvuelta en una serie de manifestaciones ejecutivas del inicial pensamiento criminoso» (58).

Este último matiz, sobre todo, acerca considerablemente las figuras del delito masa y del delito continuado planteando el problema de límites a que hemos aludido y que más adelanté estudiaremos.

de la doctrina del delito continuado es la falta del requisito de la unidad de patrimonio perjudicado, que ha venido exigiendo generaltente la doctrina de esta Sala, sobre lo cual es de sentar... que tal doctrina no puede dejar de aplicarse si lo reclaman altos intereses, aunque falte algún requisito de los comunmente exigibles, si concurren otros principales, como en este caso ocurre, que reclaman su aplicación».

(55) Cfr. J. M. RODRÍGUEZ DEVESA, *Derecho Penal Español. Parte General*, 2.^a edición, Madrid, 1971, págs. 693 y sigs.

(56) «... pues la agrupación en un solo delito continuado de varias actividades delictivas del mismo sujeto, obedece a la necesidad de que no queden sin sanción, cuando no es posible reunir detalles para aislar los distintos actos y castigarlos separadamente» (Aranzadi, R., 2639).

(57) «... la doctrina del delito continuado descansa en un presupuesto de hecho ineludible, la imposibilidad de individualizar las diversas infracciones cometidas por un solo sujeto, enjuiciándose entonces, no actos aislados que no constan, sino una conducta con un resultado que se ofrece como materia punible, resumen de una actividad delictiva integrada por una suma de actos penalmente indeterminados» (Aranzadi, R., 4313).

(58) Aranzadi, R., 2091. En el mismo sentido, la *sentencia de 19 de febrero de 1969* declaró: «Recientes y numerosas decisiones de esta Sala, aparte otros matices o condiciones secundarias, han configurado el delito continuado a base de dos esenciales requisitos: unidad de propósito criminoso o de ideación criminal y pluralidad de manifestaciones ejecutivas de este único propósito» (Aranzadi, R., 1058).

II. EL DELITO MASA

1. CONCEPTO, NATURALEZA Y FUNDAMENTO.

A) De la doctrina jurisprudencial contemplada resulta extremadamente claro un particular: la creación del delito masa no surge como categoría general, aplicable a cualquier clase de infracciones. Al menos por ahora, está referida a los fraudes colectivos, sin que ello suponga que en el futuro quede restringida su aplicación a tan concreta área (59). Esa limitación habrá de reflejarse necesariamente en el concepto que del delito masa pueda ofrecerse (60). Se dará éste siempre que *el sujeto activo, mediante una sola acción o por varias acciones que, consideradas independientemente, constituiría cada una de ellas un delito o falta, pone en ejecución un designio criminal único encaminado a defraudar a una masa de personas, cuyos componentes individuales, en principio indeterminados, no están unidos entre sí por vínculos jurídicos.*

Aunque dependiendo de lo que se entienda por unidad de acción, problema altamente polemizado como es sabido, admitimos la posibilidad de que el delito masa sea realizado tanto por una sola acción como por varias acciones. Cuando ocurra lo primero, aparecerá como excepción al concurso ideal de delitos; cuando sean varias las acciones que lo integran, será excepción del concurso real. Ambas posibilidades han sido admitidas por la doctrina científica y la jurisprudencia (61).

La consignación en la fórmula definitoria de que el designio criminal del sujeto se oriente *a defraudar* a una masa de personas, precisa la exigencia de identidad de precepto penal violado. La amplitud de ese vocablo permite agrupar entre las diversas acciones a las que sean distintas en lo cuantitativo siempre que resulten idénticas en lo cualitativo, según se expondrá con más detalle al tratar de los elementos del delito masa.

B) De entrada, la naturaleza jurídica del delito masa presenta la debatida cuestión de si se trata de una unidad real o si estamos ante una ficción jurídica a la que ha recurrido la jurisprudencia con una concreta finalidad práctica: castigar con una pena adecuada cuando

(59) La importancia del *sujeto pasivo masa* en lo que se apunta como «delitos contra la economía de los grandes grupos», se pone de manifiesto recientemente por el Fiscal del Tribunal Supremo en la «Memoria» elevada al Gobierno el 15 de septiembre de 1971, con motivo de la apertura de los Tribunales.

(60) En 1960, DÍAZ PALOS, *Delito-masa*, cit., pág. 74, distinguió, como una subespecie del delito masa, el «delito masa de fraude colectivo», haciendo observar que era «el único contemplado hasta ahora por nuestro Tribunal Supremo, por ser, sin duda, el caso de más fácil proliferación». En la actualidad —once años después de la publicación del trabajo del hoy Magistrado del Tribunal Supremo—, puede hacerse idéntica observación. También la *sentencia de 10 de junio de 1967* habla de «delito masa y muy particularmente su especie de fraude colectivo».

(61) DÍAZ PALOS, *Delito-masa*, cit., pág. 84.

no resulte así la que deriva de la aplicación de la normativa del concurso de delitos. En otros términos, ¿es lo que llamamos «delito masa» una unidad con la que se han encontrado los Tribunales y simplemente *lo han declarado así*, o encierra una pluralidad de delitos que los Tribunales *han considerado* delito único con la finalidad concreta a que antes hemos aludido?

En los fallos producidos por nuestro más alto Tribunal se utilizan diversas expresiones para dibujar la naturaleza del delito masa, algunas de ellas contradictorias; todas van encaminadas a dejar bien claro un extremo: que el delito masa no es una ficción jurídica. ¿Puede aceptarse esta tesis jurisprudencial? ¿Es el delito masa una unidad real?

Creo que puede afirmarse así, no sólo en la hipótesis en que el delito único se ejecute a través de una sola acción natural, sino también cuando se desarrolle mediante una pluralidad de acciones. El factor que produce esa unidad real es el elemento subjetivo, el designio criminal único, que opera de abrazadera de las distintas conductas. Este designio, como más adelante veremos, no está constituido por el acto de voluntad, que es diferente en cada acción, sino por la premeditada ideación de todo el plan defraudatorio y de su global resultado, por *un dolo único* o, como dice la sentencia de *31 de mayo de 1968* (62), por «idéntico mecanismo defraudatorio». Es este mecanismo defraudatorio único lo que, ya en el plano prejurídico, en la realidad fáctica, constituye en unidad real el fenómeno que llamamos delito masa. No se finge, pues, una unidad porque no se puede fingir la existencia de lo que ya existe. Cuando en el plano jurídico se valora como *un solo delito*, como unidad, el conjunto de acciones orientadas por un único designio a defraudar a una masa de personas, no se hace más que admitir lo que ya existe como unidad en el plano prejurídico.

Otra cuestión que se presenta al intérprete respecto a la naturaleza del delito masa es la de establecer los límites entre éste y el continuado. En la mutación que sobre el último ha experimentado la doctrina jurisprudencial, se ha podido advertir que ambas figuras se han acercado considerablemente, hasta el punto que la sentencia de *6 de febrero de 1970* (63) llega a decir que el delito masa es «una figura peculiar del delito continuado» (64). ¿Existen, después de la aludida evolución, criterios diferenciales válidos para distinguir el delito masa y el delito continuado? Y si la respuesta es afirmativa, ¿en qué relación se encuentran una y otra figura? La cuestión apuntada se nos convierte así en dos problemas distintos.

Respecto al primero, pienso que existen suficientes elementos para distinguir el delito masa del delito continuado, incluso en aquellos

(62) Aranzadi, R., 2768.

(63) Aranzadi, R., 889.

(64) «... cabe ya desde este momento entender que posiblemente nos encontramos ante un «delito masa», figura peculiar del delito continuado. en que...».

supuestos de continuación en los que el autor ha contado *ab initio* con el logro del resultado total de las acciones que va ejecutando de manera gradual como el mejor medio de conseguir la meta que se ha propuesto. La línea diferencial se hallará en los siguientes puntos:

a) En el contenido del elemento subjetivo. En el delito masa el autor ha de representarse al sujeto pasivo como una colectividad formada por personas indeterminadas (masa), con absoluta indiferencia para las individualidades concretas que componen la masa. En el elemento subjetivo del delito continuado no se contiene esa representación del sujeto pasivo.

b) En el presupuesto material. El delito masa puede realizarse por una sola acción, hipótesis que se rechaza para el delito continuado; exige éste también una sucesión gradual o continuación entre las distintas acciones, circunstancia que no se precisa en el delito masa.

c) En el sujeto pasivo. Este ha de ser en el delito masa necesariamente «una masa de personas». Es obvio que en el delito continuado no se da este requisito, excluyéndose la continuación cuando se acredite que el sujeto pasivo es una masa de personas, y que como tal masa, figura en la ideación unitaria del sujeto activo. Es cierto que en la actualidad el Tribunal Supremo —separándose de la doctrina mantenida tradicionalmente—, admite el delito continuado aunque el sujeto pasivo no sea único pero ello no quiere decir que pueda apreciarse cuando esa pluralidad haya sido concebida por el autor como una masa.

Resulta, pues, que delito masa y delito continuado son figuras distintas y perfectamente diferenciables, pero, ¿puede decirse que el primero «es una figura peculiar del delito continuado»? En la conformación que les ha dado hasta ahora la doctrina jurisprudencial, creo aparecen más bien como modalidades o formas distintas de un mismo género, de una categoría de «delito único» al que ha recurrido la jurisprudencia para extraer de la disciplina del concurso de delitos una serie de supuestos que, sometidos a ella, no encontrarían tratamiento adecuado. Esa categoría de delito único se ha manifestado hasta ahora en dos formas: el delito continuado y el delito masa.

C) Lo que tenemos dicho sobre la naturaleza del delito masa, nos lleva a la cuestión de su fundamento y finalidad. Nace —según hemos adelantado—, para castigar con penas más adecuadas a la entidad delictiva del hecho, habida cuenta de que la aplicación de las reglas del concurso no proporcionaba la sanción adecuada. En otras palabras —y como ha apuntado expresamente alguna sentencia—, lo establecido para el concurso del delito, y especialmente la limitación impuesta por la Regla 2.ª del artículo 70 del Código penal, obligaba a imponer una pena extremadamente suave, llevando a la casi impunidad de los fraudes colectivos. Se busca entonces con la construcción del delito masa castigar con pena mayor unos hechos que, globalmente considerados, representan también una mayor gravedad en relación con la concurrencia normal de diversos delitos.

¿Es realmente el delito masa un delito más grave? ¿Merece su autor una mayor sanción que la que corresponde a quien realiza una pluralidad de acciones constitutivas de concurso de delitos según el Derecho positivo? Como se ha podido ver, el Tribunal Supremo ha contestado afirmativamente, fundamentando esa mayor gravedad en una mayor culpabilidad del sujeto y en un mayor contenido del injusto. La doctrina científica también lo ha entendido así. DÍAZ PALOS cree que «se da una mayor antijuridicidad y culpabilidad en el agente, al abarcar desde un principio la multiplicidad de efectos por su acción, y contar con esa mayor extensión del delito para sus propios fines (65).

La tesis es perfectamente admisible; la conducta típica y antijurídica le es más reprochable a su autor, precisamente por haber abarcado desde un principio como un todo los resultados dañosos que había de originar su conducta. No se monta una ficticia inmobiliaria para defraudar a un solo comprador, sino para hacerlo con muchos, para defraudar a todos los que se dejen engañar por el espejuelo que se pone en escena. Este particular tiene trascendental importancia en el área de los delitos de estafa, en la que orbitan los fraudes colectivos, habida cuenta de que su mayor o menor gravedad, y la consiguiente sanción, se determina en función de la cantidad económica defraudada. Es también mayor el contenido del injusto, no sólo por la pluralidad de patrimonios y sujetos perjudicados, sino porque en la mayoría de los casos el fenómeno que estudiamos comporta una lesión pluriobjetiva, suponiendo un atentado no sólo contra el patrimonio de cada uno de los perjudicados, sino además contra otros intereses que merecen protección jurídica, aunque no siempre sean intereses *penalmente* protegidos, como erróneamente parece entender alguna sentencia.

La afirmación de la mayor gravedad del delito masa, y la aseveración, que contiene entre otras la sentencia de 10 de junio de 1967 al decir que su construcción se hace «para castigar más gravemente de como se venía haciendo con la técnica ordinaria», llevan aparejada una fatal consecuencia: cuando la apreciación del delito único conduzca a una pena más suave de la que correspondería apreciando pluralidad de delitos, es este último tratamiento el que debe aplicarse. Lo contrario sería traicionar la finalidad de la institución, expresamente confesada por la doctrina jurisprudencial.

Esta consecuencia no resulta simpática, pero la creemos obligada después de las consideraciones que sobre el fundamento del delito masa hace el Tribunal Supremo. Lo que ello pueda tener de incierto puede paliarse «legalizando» el delito masa, esto es, haciéndolo carne de ley positiva, definiéndolo y precisando sus requisitos. La previsión de su exclusiva aplicación *in pejus* debe aparecer, por supuesto, en la fórmula legal. También para el delito continuado se ha pedido esa

(65) DÍAZ PALOS, *Delito-masa*, cit., pág. 89.

incorporación a la ley y, como es sabido, son muchos los Códigos penales que lo han incorporado.

2. ELEMENTOS.

Conforme a la definición de que hemos partido, los elementos del delito masa son: el *elemento subjetivo* o unidad de plan criminal; el *presupuesto material*, constituido por la pluralidad de acciones en unos casos o por una pluralidad de actos integrantes de una sola acción, en otros; la *unidad de precepto penal violado*, y el *sujeto pasivo masa*.

A) El primero es el de mayor importancia, pues es el que distingue el delito masa de los supuestos de concurso de delitos, y el que justifica el tratamiento distinto que le corresponde. La doctrina jurisprudencial lo ha visto así hasta el punto de declarar, en la sentencia de 13 de noviembre de 1967, que «es esencial para calificar la unidad o pluralidad de las infracciones penales determinar si hubo un solo propósito delictual con variedad de actos de ejecución o si, por el contrario, cada acto de material ejecución fue precedido de una independiente resolución para delinquir». En consecuencia, será esencial para quien alegue la existencia del delito masa *probar* la unidad de propósito delictual; si este dato no puede acreditarse, sobrará cualquier discusión ulterior. La prueba no ofrece mayores dificultades; las mismas características de la *mise en scene* pondrán de manifiesto que el autor no se ha propuesto operar sobre un solo perjudicado sino sobre una masa de personas.

Consiste el elemento subjetivo en un designio defraudatorio único que se orienta a obtener un lucro económico global y unitario, integrado por la suma de las cantidades en que resulten perjudicadas una generalidad de personas, cuyas individualidades no interesan al sujeto. Empleamos el vocablo «designio», utilizado en alguna sentencia, en la acepción que le confiere el Diccionario de la Lengua, como «propósito del entendimiento aceptado por la voluntad». Creemos que pone de manifiesto la función del elemento subjetivo mejor que las expresiones «unidad de ideación», «de propósito», o «de resolución» que aparecen en algunos fallos.

Contenido de este designio serán, por lo pronto, la representación en la mente del sujeto del *lucro global a obtener*, con indiferencia para los lucros individuales que constituyen meros sumandos del lucro total (66), y la representación de la pluralidad de sujetos perjudicados como una masa (una unidad), de modo que el autor no concibe como destinatarios de su plan criminal a las distintas individualidades:

(66) Con suficiente claridad lo ve así la *sentencia de 22 de marzo de 1966* al decir que los procesados «se proponían, mediante la realización en ingente cantidad de pequeñas faltas, realizar un *ilícito lucro importante a millones de pesetas*, tal vez con el estudiado procedimiento de que cada hecho delictivo no excediese de ser una simple falta, en burla de la justicia y en fraude del sentido común».

que la componen. Ve la pluralidad de sujetos y los distintos perjuicios individuales como desde una gran altura ve el observador el bosque, como una mancha de color verde, sin distinguir los diferentes árboles que lo integran. En relación con esa representación, la voluntad del sujeto se dirige a defraudar la masa y a obtener el lucro global (67).

Además de ello, forma parte del contenido del designio el plan de actuación, la ejecución material de la total defraudación. En este punto, la doctrina de nuestro más alto Tribunal no ha sido lo suficientemente explicativa. ¿Qué es lo que ha de representarse el agente? ¿Las distintas acciones naturales? ¿Las diversas ofensas típicas, las violaciones jurídicas? Entiendo que el agente se representa las distintas defraudaciones y no las conductas naturales. Las diferentes estafas que van a permitirle apropiarse de la total cantidad defraudada y no las distintas acciones naturales que son soporte de cada una de las defraudaciones (68). Todas las defraudaciones que constituyen el desarrollo del designio criminal no es preciso que se las represente el sujeto como necesarias, algunas basta con que le aparezcan de modo eventual, como probables y no como ciertas.

Así concebido el designio único que constituye el elemento subjetivo del delito masa, pertenece al área de la culpabilidad y no debe identificarse con el acto de voluntad del cual cada conducta corporal particular es manifestación. Los diversos actos de voluntad de las distintas acciones tienen en común su referencia al designio criminal único, en él encuentran su motivación. En esto reside la eficacia unificadora del designio, su función de abrazadera de una pluralidad de defraudaciones.

La afirmación de que forman parte del contenido del designio criminal las diversas defraudaciones que el sujeto se propone realizar, nos obliga a preguntarnos: ¿Deben recogerse necesariamente en el designio único, trazado *ab initio*, todas y cada una de las defraudaciones que integran el delito único? En otros términos: si con la falsa inmobiliaria se propuso el autor anunciar la venta de un edificio de seis plantas que totaliza 18 viviendas, y una vez iniciada la operación, al comprobar «lo bien que va el negocio», piensa en ampliarlo, vendiendo seis pisos más, pretextando que se ha ampliado en dos plantas el edificio, ¿estaremos ante un solo delito masa o ante dos, formado el segundo por las seis defraudaciones «ideadas» *a posteriori*? Entiendo que la última será la solución correcta, no sólo por la finalidad agravatoria de la institución, sino, sobre todo, porque

(67) La *sentencia de 13 de octubre de 1967* precisa este extremo: «... pues evidentemente su propósito era único y dirigido finalísticamente a conseguir, no pequeñas cantidades de personas distintas, sino un logro conjunto e importante, haciéndose dueños de una totalidad de intereses, lesionando a desconocida clientela, que fue objeto de un solo engaño».

(68) En el mismo sentido, en lo que se refiere al delito continuado, V. ZAGREBELSKY, *Reato continuado*, Milano, 1970, pág. 42, quien cree que el objeto del designio criminal único son las ofensas típicas de los singulares delitos.

lo que da lugar al delito masa es la unidad de ideación, y en el supuesto que estamos contemplando no hay una ideación sino dos.

Distinta será la solución cuando no se haya determinado previamente el número de defraudaciones en que va a desarrollarse el propósito delictual (se propone el sujeto lanzar tantas participaciones de lotería sin cobertura como pueda vender, por ejemplo), habida cuenta de que basta con que el sujeto se haya representado como probables algunos de los resultados. Lo mismo habrá que pensar cuando el plan haya sido acordado por varias personas y en su ejecución se producen desviaciones del plan, impuestas por algunos de los coautores. Si en la previsión trazada pueden entrar las nuevas modalidades como probables, no habrá ruptura de la unidad de designio; en caso contrario, no podrá hablarse de una sola ideación.

No debe ser relevante para romper esa unidad la entidad del tiempo transcurrido entre las distintas defraudaciones, pues lo importante es que todas estén insertas en el hilo de un mismo plan criminal por un único designio defraudatorio. Tampoco debería romper esa unidad la circunstancia de que algunas defraudaciones se lleven a cabo en lugares distintos. No parece ser este el criterio del Tribunal Supremo a juzgar por las sentencias de *10 de junio de 1967*, *7 de junio* y *31 de mayo de 1968*, de las que se desprende que la ejecución del mismo plan criminal parte en un pueblo y fecha y parte en otro da lugar a distintos delitos. Si en la primera de ellas contribuye a la escisión la presencia de distintos coautores, esta circunstancia no se da en la de 31 de mayo de 1968, en la que se sigue igual orientación.

B) El presupuesto material del delito masa puede estar constituido por una pluralidad de acciones o por una sola acción, desarrollada en varios actos distintos. En este sentido se ha pronunciado la doctrina, señalando DÍAZ PALOS que «el sujeto pasivo colectivo característico de esta figura, puede ser ofendido, bien por una sola y propia acción, bien por una pluralidad de actos integrados en una acción por virtud de la misma resolución criminal bien por una serie distinta de acciones, constitutivas, sin embargo, de un dolo delito» (69).

La determinación de cuándo estamos ante el delito masa de una sola acción y cuándo ante el formado por varias acciones, dependerá del criterio que se adopte ante el problema de la unidad de acción. La doctrina del Tribunal Supremo ha seguido un criterio amplio que le ha llevado a declarar que existe unidad de acción en la mayoría de los casos que ha contemplado. Se ha optado por el criterio que propugnara, entre otros autores, F. ANTOLISEI, según el cual se está ante una sola acción cuando «los actos, además de ser guiados por una sola finalidad, se desenvuelvan en un único contexto» (70). Unidad de fin y unidad de contexto son, pues, los requisitos necesarios para que pueda afirmarse que existe una sola acción.

(69) DÍAZ PALOS, *Delito-masa*, cit., pág. 85.

(70) F. ANTOLISEI, *Manual de Derecho Penal. Parte General* (trad. de A. Torío), Buenos Aires, 1960, pág. 166.

Consecuencia de este criterio es que el Tribunal Supremo haya estimado existe una sola acción: cuando los procesados adquirieron cinco billetes de la lotería nacional, hicieron innumerables participaciones de 100 pesetas cada una, en valor muy superior a la cobertura, y las enviaron contra reembolso de 114,20 pesetas a numerosísimas personas desconocidas de toda España, llegando a conseguir una recaudación aproximada mínima de unas 500.000 pesetas en su propio beneficio, pasando de 3.660 los sujetos que fueron perjudicados (sentencia de 13 de octubre de 1967); y en las distintas ventas fraudulentas realizadas en un mismo pueblo y en la misma fecha (en las sentencias de 10 y 27 de junio de 1967 y 31 de mayo y 7 de junio de 1968, que ya hemos citado). También es consecuente con la indicada doctrina que se haya entendido hay «un solo propósito desenvuelto en sucesivas actuaciones» cuando el procesado, después de llegar a una clara y anterior situación de desequilibrio económico, oculta éste y defrauda a los que confiadamente le entregaban por anticipado cantidades por arriendos y compraventas, prácticamente irrealizables por las cargas que sobre lo construido ya pesaban (sentencia de 13 de noviembre de 1967).

El criterio mantenido por el Tribunal Supremo no es censurable, pero no debe llevarnos a pensar que es imposible la comisión del delito masa a través de varias acciones. En los casos contemplados por el Tribunal Supremo hay algunos de evidente pluralidad de acciones por muy amplio que sea el criterio que se adopte para distinguir entre la unidad y la pluralidad.

Lo que sí puede ser objeto de censura es la imprecisión terminológica que se advierte, presentando no pocas dificultades averiguar si la sentencia considera que hay una sola infracción (delito masa) constituido por acción única desenvuelta en varios actos, o si estima que esa única infracción ha sido realizada mediante varias acciones. Existe confusión en expresiones como: «obedeciendo a una sola manera de actuar» (sentencia de 22 de marzo de 1966), «actividad única» (sentencia de 10 de junio de 1967), «un solo propósito desenvuelto en sucesivas actuaciones» (sentencia de 13 de noviembre de 1967), «... se parte de una unidad de ideación delictiva y de una serie de medidas de ejecución del unitario propósito» (sentencia de 6 de febrero de 1970). Una mayor precisión, empleando términos como «acción» y «acto» adoptados por la doctrina más solvente, contribuiría a clarificar muchos extremos de la construcción jurisprudencial del delito masa.

C) Las distintas acciones o los diversos actos han de constituir violaciones del mismo precepto penal. La unidad de precepto penal violado constituye el tercer elemento del delito masa y la conexión objetiva que, junto a la conexión subjetiva (la unidad de designio), autoriza a amalgamar un solo delito. Para evitar ambigüedades, debe hablarse de violación de *un mismo precepto penal*, rechazando las expresiones de «unidad de lesión jurídica», «violación de la misma

disposición de ley», «unidad de norma» y otras equívocas que se suelen emplear para designar igual requisito del delito continuado (71).

La estructura de este elemento y sus perfiles, son los mismos que los que presenta en el delito continuado la exigencia de identidad de precepto penal violado, por lo que se reproduce la problemática que para la continuación ha planteado la doctrina. No sirven, sin embargo, las mismas soluciones en todos los casos, habida cuenta de las peculiaridades de una y otra figura, especialmente del fundamento. Como ya hemos dicho, la finalidad del delito masa es *siempre* la de agravar la pena; en el delito continuado, superada la tesis pietista, no es la de atenuar, pero tampoco es siempre y específicamente la de agravar. Queremos decir que algunas soluciones propuestas para el delito continuado no podrán utilizarse en el delito masa porque contradicen la finalidad de esta última institución.

La unidad de precepto penal violado significa en principio que las distintas acciones o los diversos actos que integran el presupuesto material, aisladamente considerados, han de ser constitutivos del mismo delito. Esta unidad debe entenderse en el sentido de que las acciones sean subsumibles en el mismo «tipo básico», de modo que no falta la unidad de precepto penal violado si parte de las acciones han de subsumirse en el tipo básico y parte en tipos cualificados. Como ya observó DÍAZ PALOS, «se trata de una cuestión de cualidad y no de cantidad» (72). Lo mismo puede decirse de los tipos complementarios e integradores del tipo básico.

Lo apuntado demanda una muy detenida atención al caso concreto para establecer cuándo las diversas acciones orbitan en torno a un mismo tipo básico, aunque deban ser subsumidas en «especies» cualificadas del mismo o en tipos complementarios o integradores. En el supuesto particular de los fraudes colectivos que nos ocupan, puede presentarse problema respecto a las «estafas y otros engaños» habida cuenta de la profusión de tipicidades y de la exasperante caufística que contiene la sección segunda del capítulo que recoge las defraudaciones. A este respecto, entendemos puede ser de gran utilidad la clasificación que ofreció ANTÓN ONECA al tratar de encontrar un criterio sistemático que *emparentara* «las especies más análogas» y destacara «sus límites y conexiones» (73).

Lo expuesto ofrece pautas para llegar a soluciones en la abundante problemática que en torno a este elemento puede plantearse.

No hay inconveniente en apreciar delito masa cuando, ensartadas por el mismo designio defraudatorio, aparezcan acciones subsumibles en el tipo básico y en tipos específicos (agravados o privilegiados).

(71) Sobre esta cuestión en el delito continuado, Vid. DELITALA, *Intema di reato continuato*, en «Revista Italiana di Diritto Penale», 1929, páginas 193 y sigs.; C. CAMARGO, *El delito continuado*, cit., pág. 55, y ZAGREBELSKY, *Reato continuato*, cit., págs. 101 y sigs.

(72) DÍAZ PALOS, *Delito-masa*, cit., pág. 87.

(73) ANTÓN ONECA, *Las estafas y otros engaños en el Código Penal y en:*

Tampoco lo hay cuando entre las distintas conductas se hayan realizado unos con la concurrencia de circunstancias genéricas (agravantes o atenuantes) y otras no.

Mayores dificultades ofrece la concurrencia de infracciones en distintos grados de ejecución: consumación y tentativa; varias tentativas. La cuestión ha preocupado a los autores que se han ocupado del delito continuado, siendo opinión mayoritaria entre ellos la que admite la continuación en los casos apuntados (74). Para el delito masa acepta la misma tesis DÍAZ PALOS (75). La doctrina jurisprudencial lo ha negado para el delito continuado últimamente, en la sentencia de 9 de octubre de 1969 (76), «porque el distinto grado de ejecución logrado por los responsables en unos y otros hechos, consumado y frustrado respectivamente, no ya aconseja su separada consideración, sino que técnicamente la exige ante la absoluta imposibilidad de tratamiento unitario dentro de la figura del delito continuado, en la que se demanda una identidad objetiva, en este caso no producida, y que repele, por ende, su admisión» (77).

A nuestro entender, no hay dificultad alguna en admitir el delito masa formado por diversas infracciones en grado de tentativa y frustración. Debe rechazarse, por el contrario, cuando la concurrencia sea de unas infracciones en grado de consumación y otras en grado de tentativa o frustración. Aparte otras razones, el fundamento y finalidad del delito masa parecen obligar a esta solución.

Tampoco cabe apreciar delito masa cuando las acciones violen preceptos (aunque sean análogos), de distintas leyes penales (común y especial, o varias especiales). Es igualmente de rechazar la estima-

la *Jurisprudencia* (separata del tomo IX de la *Nueva Enciclopedia Jurídica*, Barcelona (Seix), 1957, pág. 15.

(74) Así, C. CAMARGO, *El delito continuado*, cit., pág. 58, y ZAGREBELSKY, *Reato continuato*, cit., pág. 126.

(75) DÍAZ PALOS, *Delito-masa*, cit., pág. 87.

(76) Aranzadi, R., 4357.

(77) Se contemplan los siguientes hechos: Los procesados, en fechas no precisadas pero comprendidas entre los meses de enero y abril de 1967, se apoderaron, en la empresa en que prestaban sus servicios, de 700 bobinas de hilo de cobre, valoradas en conjunto en 52.500 pesetas, no recuperadas por haberlas enajenado los culpables; y el 3 de mayo del mismo año fueron sorprendidos cuando escondían —con idea de extraerla de la empresa para también venderlas—, otras 39 bobinas del mismo material, valoradas en 2.925 pesetas. La Audiencia Provincial estimó se daba un *delito continuado de hurto en grado de consumación* (integrado por los apoderamientos descritos en primer lugar) y un *delito de hurto en grado de frustración* (constituido por la última sustracción). En casación se impugnó la sentencia por estimar los recurrentes que «no es lícito fraccionar la actuación de los procesados en la forma relatada, sino que procede calificarla como integrante de un único delito continuado, omitiendo, por tanto, la punición separada del hurto en grado de frustración, ya que el hecho que lo constituye no es más que un parcial aspecto del total modo de proceder de los culpables, no disgregable de su conjunta y total actuación, subsumible tan solo en un delito continuado de hurto». Esta argumentación es calificada de «argumentación rechazable» en la sentencia del Tribunal Supremo».

ción de delito único cuando con el autor de las diversas acciones han participado personas distintas. Para el delito continuado lo entendió así la *sentencia de 15 de junio de 1946*, y para el delito masa se ha optado por la misma solución en la ya citada *sentencia de 10 de junio de 1967*.

D) Como ya se ha dicho, la maquinación engañosa del autor tiene como destinatarios a una colectividad de personas, las cuales no le interesan como tales individualidades sino como grupo, como unidad. No tiende a defraudar a cada individuo *sino a la masa*, la cual, en la mente del autor, se presenta como unidad. En correlación con esta actitud psíquica del agente, y para evitar los inconvenientes que ya se apuntaron, se entiende que sujeto pasivo del delito es la masa (la unidad masa), y no cada uno de los individuos que la integran, los cuales tienen el carácter de perjudicados.

En su trabajo de 1958 lo vio así A. REOL, al decir que, para evitar que por las reglas del concurso se produzca la casi impunidad del autor de fraudes colectivos, «debemos llegar a configurar un sujeto pasivo penal, el que, dándose determinadas circunstancias, constituiría ese solo sujeto y no diversos, el sujeto pasivo masa, digno de protección penal» (78). Desde el año 1966 aparece con ese nombre en diversos fallos, como ya hemos visto, y recibe una definición en la *sentencia de 10 de junio de 1967* que habla de «grupo de sujetos no vinculados entre sí en haz jurídico común, pero relacionados en armónica unión circunstancial o esporádica por vínculos debidos a sentimientos o intereses idénticos, con defraudación económica consiguiente de esta unión sin personalidad o informal».

Tanto en la concepción doctrinal como en la conformación que la doctrina jurisprudencial le viene dando a partir de la *sentencia* citada, parece exigirse, para considerar una unidad lo que en el plano fáctico constituye una pluralidad de personas, que se den *determinados vínculos* entre los diversos individuos que constituyen la masa. Esta exigencia se expone con claridad por DÍAZ PALOS: «Si los titulares individuales de estos últimos bienes jurídicos atacados simultánea o sucesivamente por el agente, se nos muestran *unidos por una ligabilidad de intereses o sentimientos comunes*, aunque sea de carácter transitorio, es claro que podremos considerar a esa unidad superior como sujeto pasivo único del delito, aunque podamos distinguir los distintos perjudicados en su individualidad» (79).

A. REOL, en un detenido análisis de la jurisprudencia, creyó descubrir esos lazos que amalgaman al grupo en «la común fe en la fortuna» (80), «la clase social económicamente débil» (81), «la fe común en quien expedía los conduce, que es una fe única colectiva,

(78) A. REOL, *El sujeto pasivo masa*, cit., pág. 23.

(79) DÍAZ PALOS, *Delito-masa*, cit., pág. 78.

(80) En la *sentencia de 17 de diciembre de 1956*.

(81) En la *sentencia de 5 de julio de 1957*.

distinta a la de cada uno de los componentes del grupo social» (82), los «vínculos comunes de intereses, de finalidades y de dedicación» (83), «esa fe, ese deseo tan legítimo de tener hogar» (84). Los fallos jurisprudenciales, como ya se ha podido observar, hacen también alusión a diferentes circunstancias que destacan como vínculos que constituyen el denominador común entre las individualidades componentes de la masa.

¿Es necesaria la existencia de esos vínculos para que pueda hablarse de *sujeto pasivo masa*? Aunque, como se ha visto, es esta la opinión mayoritaria, entiendo que habrá sujeto pasivo masa aunque en el grupo destinatario del fraude falten esos vínculos. Generalmente se dará un denominador común entre las individualidades que componen la masa aunque sólo sea «esa misma cándida buena fe» de que habla alguna sentencia, pero si falta o si alguno de los perjudicados no tiene «esa fe común» o «ese deseo tan legítimo de tener hogar» (caso de adquirentes de piso con intención de especular con ellos, como los hay en muchas cooperativas de viviendas, y que resultan defraudados en las cantidades que anticiparon, por ejemplo), ello no será inconveniente para considerar sujeto pasivo del fraude a la unidad superior masa. Lo importante, a mi entender, es que el sujeto activo contemple a los componentes individuales del grupo como una unidad, como un todo, con desprecio de las partes. Lo que sí es esencial es la ausencia de vínculos jurídicos entre los individuos que componen la masa, pues su existencia sería suficiente para destipificar los supuestos que estamos estudiando y hacer que entraran en juego otras figuras delictivas.

La irrupción en el Derecho penal de esta nueva clase de sujeto pasivo obedece a una necesidad de nuestros días: la de dispensarles una especial protección jurídicopenal, pues, pese a lo que pueda parecer a primera vista, la multitudinaria «pluralidad» de personas que constituye la masa y la dispersión del volumen económico en gran número de sujetos, como se ha dicho recientemente, «determina más bien una completa disminución de su potencia de reacción, de su capacidad defensiva» (85). Se justifica así una construcción jurídica que ha de resultar útil no sólo para arbitrar soluciones en este problema concreto de los fraudes colectivos, sino en una interesante gama de figuras delictivas que florecen ya en el amplio mundo de la economía y las finanzas.

(82) En la sentencia de 19 de noviembre de 1953.

(83) En la sentencia de 26 de febrero de 1954.

(84) En la sentencia de 2 de noviembre de 1954.

(85) Cfr. *Memoria elevada al Gobierno Nacional en la solemne apertura de los Tribunales, por el Fiscal del Tribunal Supremo* (Madrid, 1971), pág. 244.