

SECCIÓN DE JURISPRUDENCIA

Comentarios a la Jurisprudencia del Tribunal Supremo

Sección dirigida por
SANTIAGO MIR PUIG

Catedrático de Derecho Penal de la Universitat de Barcelona

Fundamento y límites de los deberes de autoprotección de la víctima en la estafa

(Comentario a la STS 1217/2004, de 2 noviembre 2004
Ponente: Excmo. Sr. D. J. R. BERDUGO y GÓMEZ DE LA TORRE)

JOSÉ IGNACIO GALLEGO SOLER

Profesor Titular de Derecho Penal de la Universitat de Barcelona

I. ANTECEDENTES Y HECHOS PROBADOS

El Tribunal Supremo, en su Sentencia 1217/2004, de 2 noviembre, desestimó el recurso de casación interpuesto por José Manuel y «Bus Publicidad, S. A.» contra la SAP Sevilla, sección primera, 31 de diciembre de 2002, que condenó a Juan Manuel como autor penalmente responsable de sendos delitos de estafa, apropiación indebida, así como de diversos delitos societarios. El objeto del presente comentario no es otro que, a propósito de las atinadas fundamentaciones que se contienen en dicha resolución (FFJJ 2 y 3), contextualizar el análisis del fundamento y límites de los denominados «deberes de autoprotección de la víctima», en particular en el delito de estafa y, en general, en los delitos patrimoniales (1). En los últimos tiempos son muchas las resoluciones

(1) Aunque tengo que dar plenamente la razón a CANCIO MELIÁ, *Conducta de la víctima e imputación objetiva en derecho penal*, 2.ª ed., Barcelona, 2001, p. 304,

judiciales, tanto de Audiencias Provinciales como del propio Tribunal Supremo, que tienen que resolver cuestiones referidas a la eventual conducta de la víctima para decidir si se cumple el requisito típico del «engaño *bastante*» en la estafa; y cada vez son más los planteamientos doctrinales que, haciéndose eco de esos pronunciamientos, intentan integrar este elemento en la estructura típica de la estafa.

Desde este mismo momento quiero anticipar que, en mi opinión, el análisis de los *deberes de autoprotección de la víctima* no es una cuestión que se deba limitar a un concreto elemento de la tipicidad de la estafa, sino que creo que es preciso poner de relieve cómo es un verdadero problema de imputación objetiva y, antes que eso, una cuestión a desarrollar en sede de bien jurídico-penal: intentaré exponer cómo el concepto personal-funcional de patrimonio permite una coherente exposición del fundamento de estos deberes (2).

Los hechos probados que acepta el Tribunal Supremo, que tienen relevancia a efectos de este comentario, son los siguientes:

– El día 24 de noviembre de 1988 se constituyó la entidad «Servicios Generales de Promoción, S. L.» (SYG), cuyo objeto social era el de actuar de intermediaria en todo género de publicidad exterior.

– La sociedad se constituyó por Beatriz y por Fidel, con un capital social de 500.000 pesetas (3.005,06 euros), dividido en 500 participaciones de un valor nominal cada una de ellas de 1.000 pesetas (6,01 euros), el cual fue desembolsado por los socios en idéntica proporción de 250 participaciones por importe de 250.000 pesetas (1.502,53 euros). Beatriz estaba casada en esa fecha en régimen económico-matrimonial de gananciales con José Manuel (acusado y condenado).

– Se acordó que la sociedad sería administrada por tres Administradores solidarios, para lo que se designó, además de ambos socios, a José Manuel, que aceptó el cargo. No obstante esta designación formal, desde el inicio de sus actividades la gestión de la sociedad fue asumida de forma exclusiva por José Manuel, que fue designado el día 15 de abril de 1992.

– La sociedad encomendó al despacho profesional de Fidel el asesoramiento fiscal, sin que conste acreditado que éste tuviera alguna otra intervención en la gestión social. Fidel, por tanto, *es un especialista en temas fiscales*.

– Durante los años 1993 y 1994 José Manuel ocultó a Fidel el volumen real de facturación de SYG y lo percibido a través de las cuentas bancarias de la misma por importes de 59.537.148 pesetas (357.825,47 euros), de los que 48.075.440 pesetas (288.939,21 euros) correspondían a facturación comprobada y no contabilizada, lo que provocó que Fidel, ante la creencia errónea de la limi-

cuando afirma que terminológicamente sería más acertado aludir no a la existencia de «deberes» que pesen sobre la víctima, sino a hacer valer en la imputación jurídico-penal el carácter autónomo de la conducta de la víctima.

(2) Sirva por ahora la muy interesante sugerencia de FARALDO CABANA, *El delito societario de falsedad en documentos sociales*, Valencia, 2003, p. 213, que apunta la posibilidad de aplicar criterios de autorresponsabilidad de la víctima en el ámbito de los delitos societarios.

tada rentabilidad de la inversión por él realizada, accediera a la pretensión del acusado de que le transmitiera 85 de sus participaciones por la cantidad total de 100.000 pesetas (601,01 euros), no obstante tener un valor estimado de 7.791.282 pesetas (46.826,55 euros), transmisión que se hizo efectiva en el mes de febrero de 1995.

– José Manuel, aprovechando su condición de administrador, propició que se efectuara una contabilidad que no reflejaba el volumen real de facturación y lo percibido a través de las cuentas bancarias, con el objeto de quedarse con la diferencia entre lo declarado y lo realmente percibido (3). De este modo se presentaron en el Registro Mercantil unas cuentas de los años 1995 y 1996 que no se correspondían con la situación económica de la entidad; no correspondiéndose tampoco con la realidad los ingresos consignados en las declaraciones del Impuesto de Sociedades de los años 1993, 1994 y 1997 confeccionados sobre la base de esa contabilidad. El importe de los beneficios reales que hubiera obtenido Fidel hasta el año 1998 en el supuesto de que no se hubiera ocultado y transferido facturación de la sociedad SYG ascienden a la cantidad de 113.777.400 pesetas (683.815,95 euros) (4).

El Recurso de Casación cuestiona la concurrencia del engaño en base a la circunstancia de ser el perjudicado un experto asesor fiscal, y que conocía que las personas que él había seleccionado para llevar la contabilidad realizaban los documentos contables sin contar con los extractos bancarios justificativos de los ingresos. Es decir, pudo adoptar medidas elementales de comprobación y control como solicitar al Banco un extracto histórico de movimientos de las cuentas, sin que las especiales relaciones de amistad que los vinculaban excuse su falta de diligencia y su propia responsabilidad sobre los hechos.

II. PLANTEAMIENTO DE LA CUESTIÓN

¿Tiene el Derecho penal patrimonial que proteger a quien no articula mecanismos primarios de autoprotección, esto es, a quien pudiendo pro-

(3) Para ello se valió de la entidad «Bus Publicidad, S. A.». Esta mercantil sirvió para transferir parte de la facturación de SYG con la finalidad de compensar fiscalmente los ingresos de esta última con las pérdidas de aquella, propiciándose por el acusado el que se efectuara una contabilidad que no reflejaba la situación económica de la entidad. En el mes de noviembre de 1998, Fidel accedió a la pretensión de José Manuel de que transmitiera sus 11 acciones de «Bus Publicidad, S. A.», a Juan, quien asumió la gestión de la sociedad como administrador, accediendo a ello Fidel por el simbólico precio de una peseta, por considerar que no tenía actividad y, por tanto, carecía de valor.

(4) El día 19 de abril de 1999, Juan, administrador de la entidad «Bus Publicidad, S. A.», otorgó un poder con todas las facultades necesarias para representar y gestionar la sociedad a José Manuel, y de común acuerdo procedieron a dejar sin actividad comercial a la entidad SYG, derivando la misma a «Bus Publicidad, S. A.», que llegó a hacerse con la concesión, anteriormente suscrita por SYG, de la publicidad de la EMT de Málaga, y hasta el extremo que en la actualidad SYG tan sólo tiene como empleado a Braulio, habiendo sido traspasados algunos empleados de ésta a Bus Publicidad, entre ellos los comerciales que generaban el negocio publicitario, y sin que conste que SYG desempeñe alguna actividad.

tegerse no lo hace? En función de cómo se responda a esta cuestión, ¿tiene la «víctima potencial» una *obligación* jurídico-penalmente exigible de articular tales mecanismos? ¿Cómo es posible fundamentar dogmáticamente tal sistema a partir de los criterios tradicionales de imputación objetiva (creación del riesgo típico y realización del riesgo creado en el resultado)? ¿Nos encontramos únicamente ante una estructura aplicable a la estafa por sus peculiaridades estructurales? Las respuestas a todas estas cuestiones deben tomar en consideración, como premisa, cuál sea el fin de protección de la norma de los delitos patrimoniales.

Tradicionalmente se ha venido recurriendo por la dogmática penal a la idea de «autorresponsabilidad» en aquellos ámbitos en los que la víctima interviene en la actividad generadora del riesgo. Ahora bien, como certeramente han expuesto gran cantidad de autores, destacando muy particularmente la aportación a la discusión de Cancio Meliá, el núcleo de la idea de autorresponsabilidad se desmembra en los criterios de autonomía y de responsabilidad (5). Según el primero de ellos, que cuenta como fundamento con el artículo 10.1 CE, a todo ciudadano le corresponde un ámbito de organización propio de su ámbito vital; mientras que, según el segundo criterio, también le corresponde inicialmente a él la responsabilidad que se pueda derivar precisamente de su autoorganización. La idea de autorresponsabilidad sólo puede operar en ámbitos normativos orientados a garantizar la libertad frente a intromisiones en la esfera de la víctima: ¿los delitos patrimoniales participan de esta nota de autorresponsabilidad? Creo que, al menos en la estafa, sus peculiaridades estructurales hacen que sí se pueda predicar dicho carácter. Por otra parte, dicha interpretación puede venir propiciada desde una concepción personal-funcional del patrimonio como bien jurídico-penal.

III. CONFIGURACIÓN JURISPRUDENCIAL DE LOS DEBERES DE AUTOPROTECCIÓN EN LA ESTAFA

Los ámbitos principales de la práctica forense en los que se plantea este *topos* son los de las relaciones bancarias y las relaciones

(5) Cfr. CANCIO MELIÁ, *Conducta de la víctima e imputación objetiva en derecho penal*, 2.^a ed., Barcelona, 2001, pp. 279 y ss. Si bien el autor expresamente deja fuera de su trabajo el análisis de la autorresponsabilidad en delitos como la estafa (*vide ibidem* p. 21), creo que la conceptualización genérica es perfectamente aplicable a esta figura delictiva, máxime cuando estimo que el concepto de patrimonio penalmente protegido en este delito es de naturaleza personal-funcional, vinculándolo también con el artículo 10.1 CE. *Vide* por ejemplo, GALLEGO SOLER, *Responsabilidad penal y perjuicio patrimonial*, Valencia, 2002, pp. 250 y ss.

financieras. Dentro de las estafas en el ámbito bancario, a su vez, podemos diferenciar los grupos de casos que se presentan con mayor frecuencia:

a) *En las aperturas de líneas de crédito*

En las aperturas de líneas de crédito, un nutrido *corpus* jurisprudencial estima que no puede reputarse engaño *bastante* los supuestos de mera declaración unilateral, sin soporte documental, de posesión de bienes que no se corresponde con la realidad. Sucede en estos casos que la entidad bancaria, ante la situación de impago de cuotas o ante descubiertos en cuentas vinculadas con las líneas de crédito, intenta llevar a cabo acciones judiciales sobre los bienes que en su momento el beneficiario del crédito declaró tener, comprobando que la declaración era falsa: la solvencia era inexistente o menor que la declarada (6).

Dejando al margen la tipificación como eventual delito de falsedad documental, un sector jurisprudencial afirma que en estos casos no hay engaño típico en aplicación de la doctrina de los «deberes de auto-protección» de la víctima, bien porque el sujeto pasivo se ha dejado engañar porque era fácil salir del error, acudiendo a Registros públicos (7), o porque utilizando los deberes mínimos del sector de actividad debía haberse dado cuenta del engaño: si el crédito se concede y no se puede pagar al vencimiento, el perjuicio sólo es imputable a la mera negligencia de la víctima (8).

Pero esta solución se matiza cuando el sujeto activo presenta documentos falsos o inauténticos tendentes a simular su situación de solvencia. En estos casos generalmente se acepta el engaño como *bastante*, sin que se exija al sujeto pasivo una ulterior comprobación en la medida en que el documento aportado presente una apariencia de normalidad (9).

(6) Cfr. también sobre esta cuestión FERNÁNDEZ TERUELO, «Los créditos bancarios y el Derecho Penal», *LL*, 21 de enero de 2000, *passim*.

(7) SSAP de Murcia de 9 de septiembre de 2000, sec. 4.ª; Barcelona, 7 de octubre de 1998.

(8) Cfr. PÉREZ MANZANO, «Acerca de la imputación objetiva de la estafa», en *LH-Tiedemann*, Madrid, 1995, pp. 305 y s.

(9) SAP de Valencia de 21 de mayo de 2002, sec. 1.ª: sujeto activo facilita a un tercero los datos de su hermano que es incapaz. Con los datos del hermano el tercero otorga una factura falsa que acredita que el sujeto activo es trabajador con antigüedad de cuatro años. La entidad financiera no solicita dos nóminas, como era usual según criterios internos de funcionamiento. A pesar de ello otorga el crédito. Matizadamente SAP de Valencia de 7 de septiembre de 2001, sec. 3.ª: «se aprecia también la ausencia del elemento del engaño bastante, esencial para la existencia del delito de estafa, ya

b) *Descuento bancario de documentos mercantiles y/o efectos cambiarios que no obedecen a negocio subyacente*

Uno de los principales grupos de casos es el de la presentación al descuento bancario de documentos mercantiles y/o efectos cambiarios que no obedecen a operación alguna, sin que la entidad bancaria conozca este extremo, de tal modo que se procede a efectuar el descuento comprobándose al vencimiento de dichos efectos que realmente no obedecían a operación alguna (10). Así las cosas, se produce el perjuicio patrimonial a la entidad financiera porque no consigue cobrar del obligado cedido ya que no era un tal obligado al pago, siendo generalmente que el título que se descontó no obedecía a operación financiera o mercantil alguna, alegándose la existencia de una falsedad documental en lo que respecta a la propia firma.

El descuento de letras de cambio implica el abono del importe descontado y su posibilidad de disposición por el titular de la cuenta o persona autorizada (11). El contrato de descuento bancario es un negocio jurídico que tiene dos elementos: por una parte es un contrato de préstamo al descontante y, por la otra, se produce una cesión del crédito para el pago del préstamo (no en pago de un préstamo), esto es, es un negocio *pro solvendo* que no extingue la deuda, quedando ésta en suspenso hasta su efectivo cobro. Es por ello que un elemento esencial de estas operaciones es siempre la cláusula «salvo buen fin» del crédito cedido, en

que el hoy apelante solicitó un crédito al consumo a la sociedad Hispamer, facilitando a la misma no sólo la nómina falsa, sino todos sus datos personales verdaderos, relativos a DNI, número de cuenta bancaria, etc. y dicha empresa de financiación, tras comprobar todos los datos y no solo la nómina falsa, evaluó los mismos y optó por conceder el crédito al consumo para financiar la compra de electrodomésticos. Teniendo en cuenta que el engaño ha de ser bastante para engendrar error en el disponente, así como el conjunto de circunstancias objetivas y subjetivas concurrentes en el hecho, en el presente caso, en especial las subjetivas al ser el sujeto pasivo del engaño un profesional especializado en la concesión de créditos al consumo y habituado a evaluar riesgos y realizar comprobaciones de datos, desconociendo la importancia que se le dio a la nómina para la concesión del crédito, no se puede llegar a saber si el engaño fue bastante, considerando que, desde el momento en que solicitan más datos al solicitante del crédito, es porque la nómina por sí misma no tiene entidad suficiente para determinar la concesión del crédito, con lo que se podría llegar a la conclusión de que dicha nómina no es engaño bastante.

(10) En general, sobre la problemática que presenta en la estafa la utilización de letras de cambio como medio de pago (descuento de letras no comerciales, letras de favor, letras en blanco y endoso limitado encubierto) *vide* por todos el muy documentado trabajo de VARONA GÓMEZ, *Estafa y Falsedad en Títulos-Valores (Cheque, Pagaré y Letra de Cambio)*, Pamplona, 2002, pp. 34 y ss. En la jurisprudencia, sobre la atipicidad en el ámbito del descuento de letras de favor *vide* SAP Ciudad Real 12 de febrero de 2001, sec. 1.^a; sobre la diferencia de tratamiento jurídico-penal entre letras ficticias y letras de favor, por todas SAP Barcelona 21 de junio de 2000, sec. 2.^a.

(11) *Vide* STS 25 de mayo de 2003.

cuya virtud si el deudor cedido no paga al vencimiento, está obligado a hacerlo el cedente, sin perjuicio del eventual nacimiento de una acción de reembolso. Por exponerlo en términos de la Sentencia de la Sala Primera del Tribunal Supremo 10 de marzo de 2000: «por el contrato llamado de descuento, el poseedor de un título valor no vencido (o de un crédito ordinario) lo transfiere a una persona natural o jurídica, generalmente un banco, para que le anticipe su importe con ciertas deducciones o descuento, de donde toma su nombre, con independencia del contrato subyacente del que surgieron los efectos descontados. Una de las características del referido contrato de descuento es la de ser un contrato autónomo, en el que solamente son partes contratantes el cedente de los títulos (descontatario) y el banco descontante, sin que de dicho contrato, en sí mismo considerado, se desprenda obligación alguna para el deudor de los títulos cedidos y descontados. (...) Otra de las notas características de todo contrato de descuento es la de que la cesión al banco descontante de los títulos descontados es una cesión «*pro solvendo*» (no «*pro soluto*») y condicionada, por tanto, al buen fin de los expresados títulos (que éste es el sentido de la expresión «salvo buen fin», que es esencial en toda operación de descuento), de tal modo que, si llegado el vencimiento de los títulos descontados, éstos no son hechos efectivos por el obligado al pago de los mismos, es evidente el derecho del banco descontante a que quien obtuvo el descuento (descontatario) le reeintegre el importe de los expresados títulos (...). Es decir, si no se produce el pago al vencimiento, el tenedor tiene la posibilidad de dirigirse contra el aceptante o librado, o, en su caso, contra el librador, en vía de regreso (acción de reembolso), para hacer efectivo el importe anticipado.

Un supuesto que hay que delimitar claramente de estos casos de descuentos bancarios son los denominados «descuentos impropios», consistentes en descuentos de letras no aceptadas. En estos supuestos nos encontramos ante un préstamo garantizado con una acción ejecutiva dimanante de la firma de la letra, de tal modo que la garantía adicional que obtiene el descontante es la de contar con un título ejecutivo, con las ventajas procesales que de ello se derivan. Pero nada más.

Con carácter general se reputa típica la conducta consistente en emitir letras vacías o de colusión, con librados imaginarios o reales pero no deudores, apropiarse del precio del descuento de tal modo que cuando las letras regresan devueltas el descontante se ha hecho insolvente o no paga (12). Del mismo modo, también parece reinar acuerdo en no calificar como estafa los casos de descuento de cambiales no aceptadas por sus librados, ya que éstos no asumen ninguna obliga-

(12) Cfr. en este sentido, ejemplificativamente, SSTS 10 de junio de 2000 y 19 de junio de 2000. *Vide* también SAP Zaragoza 3 de octubre de 2001, sec. 3.^a Aun cuando es bastante discutible que quepa calificar como estafa los casos de descuento de letras vacías. Como VARONA GÓMEZ, *Estafa y Falsedad en Títulos-Valores (Cheque, Pagaré y Letra de Cambio)*, Pamplona, 2002, p. 43, ha puesto de relieve, las entidades bancarias toleran el descuento de letras vacías debido a las sustanciosas comisiones que por ello cobran para, de este modo, compensar los impagos puntuales con el monto total de comisiones cobradas.

ción cambiaria, de tal modo que la entidad bancaria que descuenta estos efectos lo hace únicamente por la confianza que el librador de la letra pueda merecerle, pero «asumiendo el riesgo representado por el descuento de estas letras» (13).

En cambio, una consolidada línea jurisprudencial entiende que en los casos de descuento de letras que no obedecen a una realidad negocial previa, no procede acordar la existencia de un engaño *bastante* (14). Particularmente destacables son las argumentaciones contenidas en la SAP Toledo 1 junio 2005, sec. 2.^a En esta resolución se afirma que las obligaciones de la entidad bancaria que descuenta efectos mercantiles y/o comerciales se concreta en, «además de un estudio general de su cedente, la entidad está obligada a analizar singularmente cada uno de los títulos o documentos de crédito con terceros que se presentan para ser descontados, admitiendo o rechazando aquellos en virtud de las diversas informaciones que diariamente recaban del mercado, de terceros informadores, etc., siendo habitual que dichas entidades se procuren otras garantías accesorias, bien de índole personal (recogiendo afianzamiento de terceros a favor de la empresa descontanti) o de naturaleza real (prenda de otros efectos o afección de depósitos del cedente o de terceros)». De este modo, sigue diciendo la referida Sentencia, «el propósito que persigue la entidad de crédito es lograr que la operación de descuento llegue a buen fin y que, a la fecha de vencimiento de la letra, ésta sea satisfecha por el aceptante. Por ello, si la operación en particular entraña un grave riesgo, tras examinar en concreto el supuesto específico planteado (si concurre una preocupación por la posible insolvencia de su acreditado o porque

(13) *Vide* por ejemplo STS 19 de diciembre de 2001. En un sentido parcialmente coincidente con el expuesto en el texto *vide* SAP Albacete 31 de diciembre de 1999, sec. 1.^a.

(14) A pesar de la consolidada línea jurisprudencial de la que se da cuenta en el texto, no podemos silenciar la existencia de otra línea que afirma que en todo caso hay delito si, además de la presentación de efectos mercantiles para su descuento que no obedecen a negocio subyacente alguno, para la propia apertura de la línea de descuento se presentó documentación falsa sobre la solvencia de la entidad. A estos efectos es particularmente clarificadora la STS 29 de enero de 2002, afirmando que en estos supuestos: «El engaño típico se desarrolla en dos momentos. El primero con la solicitud de apertura de una línea de descuento, presentando un balance auditado de la contabilidad de la empresa, respecto al que el tribunal dice que si bien hubo un exceso de confianza, con reiteración de los términos empleados por el apoderado de la entidad bancaria, ese exceso no supone que no exista el engaño pues se complementa con una segunda conducta engañosa, la presentación de títulos de crédito inexistentes jurídicamente que conformaron, definitivamente, la apariencia de solvencia que integraría el engaño a la entidad bancaria».

el negocio jurídico causal que supuestamente dé lugar al libramiento no aparece debidamente acreditada en su realidad) y pese a ello se acepta el descuento de ese título y posteriormente el título no es satisfecho a su vencimiento por el aceptante y no puede resarcirse por la vía del descuento con las garantías complementarias contratadas, *el perjuicio sufrido es en gran medida propiciado por la propia actividad de la entidad afectada, al incumplir aquélla el deber de autoprotección que le incumbe*; encontrándose en su propio ámbito de competencia la posibilidad real de prevenir y evitar ese riesgo, por lo que la actuación no es merecedora de protección penal en aplicación del principio de subsidiariedad del Derecho Penal» (15).

En este mismo orden de cosas, bastantes resoluciones acuden a consideraciones de autopuesta en peligro de la víctima potencial, o de no verificación de conducta alguna de autoprotección para excluir la tipicidad de la estafa.

Sirvan las siguientes resoluciones para exponer algunas de las argumentaciones que se acostumbran a aducir para esa calificación. Así, por ejemplo, la STS 27 de noviembre de 2000, afirma que «no puede considerarse que la entidad bancaria hubiera sufrido engaño bastante en cuanto *no ha desplegado actividad alguna encaminada a averiguar que los recibos descontados no respondían a operación comercial alguna*, lo que le era perfectamente factible, y en este caso difícilmente puede defenderse el engaño cuando la entidad bancaria admitió el descuento determinada por la existencia de una póliza de afianzamiento de operaciones mercantiles. Tampoco resulta de los hechos que se declaran probados que el fiador otorgante de la póliza hubiese sufrido engaño al suscribirla». En la STS 12 de julio de 2002 se hace constar: el descuento de las letras tuvo lugar en unas circunstancias que convierten en problemática la posibilidad de que el engaño, si hubiese mediado, pudiese ser considerado bastante. Es suficiente, a tal efecto, recordar con suma brevedad los datos que cuidadosamente se ponderan en el fundamento jurídico tercero de la Sentencia combatida: a) el descuento de letras de cambio es siempre una operación bancaria de riesgo, b) este riesgo es obviamente mayor cuando una entidad no bancaria descuenta papel comercial a quien, como era el caso del imputado, no tiene acceso a una línea de descuento bancario; c) *el riesgo se incrementa aún más si la entidad tomadora de las letras las descuenta sin realizar indagación alguna sobre el librador de las mismas y sin más garantía que la posibilidad de ejercitar la acción cambiaria y renegociar la deuda incorporando nuevos obligados de la misma índole mercantil*, como en el caso está demostrado por la rapidez con que se aceptaba el descuento —a veces

(15) Otra argumentación diferente es la que se contiene, por ejemplo, en la STS 29 de enero de 2002, en la STS 31 de octubre de 2001 y en la SAP Alicante 16 de octubre de 1998, sec. 3.^a. Estas resoluciones afirman la inexistencia de estafa en casos en que se presentan al descuento letras que no obedecen a operación mercantil alguna, afirmando que en estos supuestos el engaño es *subsequens* al acto de disposición patrimonial, confundándose la apertura de la línea de crédito con el descuento de las cambiales, y ubicando el problema en sede de tipo subjetivo y no en el análisis del engaño «bastante».

al día siguiente de la solicitud– y *sin exigir, salvo en la presentación de la última remesa, que se acredite la realidad y suficiencia de los créditos representados en los efectos*. Quiere esto decir que, en el supuesto enjuiciado, los representantes de la entidad querellante, profesionalmente dedicados a estas actividades de financiación, actuaron con plena conciencia del altísimo riesgo que comportaba el descuento de las letras –riesgo que intentaban compensar cobrando un interés que puede ser tenido por usurario por exceder notablemente del normal–, por lo que su falta de diligencia se debe reputar incompatible con la pretensión de que se les considere víctimas de un engaño bastante, inducidos por los acusados a un error y, consiguientemente, sujetos pasivos de una estafa».

c) *No comprobar datos del titular cuando se efectúan pagos con tarjetas de crédito*

Sí que es unánime la Jurisprudencia, tanto del Tribunal Supremo (16) como de las diversas Audiencias Provinciales (17), que en los casos de no comprobación de la identidad del titular de tarjeta de crédito ajena entiende que no puede hablarse de engaño *bastante* que integre la estafa de tal modo que, sin perjuicio de las eventuales acciones civiles que procedan, no puede apreciarse en estos supuestos la existencia de un delito de estafa.

d) *Otros supuestos*

Encuadrables o no en el ámbito de estafas bancarias, se advierten en la práctica algunos casos que tienen como elemento común una actuación contraria a los usos bancarios (no comprobar que la relación

(16) *Vide* por ejemplo STS 3 de mayo de 2000: pago con tarjeta de crédito ajena, pero presentando su propio DNI y facilitando su propio nombre.

(17) *Cfr.* SAP Barcelona 1 de diciembre de 2004, sec. 2.^a: «a establecimientos comerciales como el indicado les es exigible un especial deber de autoprotección resultando de elemental exigencia el que comprueben la identidad de la persona que solicita o a la que ofrecen su tarjeta y la corrección de los datos facilitados por la misma»; SSAP Barcelona 12 de noviembre de 2001, sec. 8.^a, y 6 de marzo de 2001. En sentido similar SAP Girona 5 de noviembre de 2002, sec. 2.^a: «Es un deber elemental del empleado de la casa vendedora realizar esa comprobación (scil. comprobar la identidad entre la firma que consta en la tarjeta de crédito y la que pone el cliente en el documento de venta). Para eso contiene la tarjeta la firma del titular, para evitar que pueda ser utilizada, como aquí ocurrió, por persona distinta. Y tal comprobación aquí no se hizo, porque, si la hubiera realizado, aunque hubiera sido de modo rápido y somero, indudablemente tal empleado se habría dado cuenta de la diferencia existente con la que contenía la tarjeta... circunstancias que no dejan lugar a dudas acerca de la insuficiencia del engaño utilizado para inducir a error a nadie que se hubiera molestado en realizar la mencionada comprobación, como era obligado por el oficio que estaba desempeñando la persona engañada. *Vide* también SAP Girona 7 de junio de 2001, sec. 3.^a: utilización de tarjeta de crédito de una mujer por un hombre; *cfr.* SAP Girona 17 de junio de 2002, sec. 3.^a

de bienes que se ofrece por el cliente para la obtención de un crédito es cierta ni que los bienes están gravados, disposición del importe de cheques no conformados en oficina distinta a la que se tiene la cuenta corriente contra la que se libra sin verificar si hay fondos (18); descuento de cheques sin pedir conformidad (19), retirada de fondos sin identificar debidamente a la persona que pretende efectuar la operación (20) ...), o una actuación contraria a lo que debería ser el normal comportamiento de un profesional del tráfico jurídico que evalúa mínimamente los riesgos de su actuación (21).

Otro de los ámbitos de operatividad de este elemento, más en el plano dogmático que práctico, es el de las dudas de la propia víctima, cuestión que está íntimamente vinculada con la de la responsabilidad omisiva del sujeto activo, pues en la gran mayoría de casos habrá que analizar en qué medida puede exigirse responsabilidad al sujeto activo por no sacar de esa duda al sujeto pasivo del engaño (22). Si en los casos usuales de estafa el engañado desconoce que el acto de disposición patrimonial es patrimonialmente perjudicial, aquí se trata de decidir si estamos ante un engaño bastante en los casos en que el sujeto pasivo tiene dudas sobre el carácter perjudicial de su acto de disposición patrimonial. Creo, con Pérez del Valle que la posición de garante en la estafa trata de garantizar la evitación de la formación de representaciones equivocadas a la víctima, y no tanto la evitación de un perjuicio patrimonial (23), precisamente porque al encontrarnos ante un delito relacional de autoperjuicio inconsciente, en el ámbito de la imputación objetiva existe un ámbito de operatividad para el principio de autoprotección de la víctima en los términos en que expondremos más

(18) STS 22 de diciembre de 2000. De otra opinión parece la STS 5 de julio de 2001.

(19) STS 1 de julio de 1998.

(20) STS 29 de octubre de 1998. *Vide* también SAP Murcia 9 de septiembre de 2000.

(21) En la SAP Baleares 7 de julio de 2005, sec. 1.^a, se aborda el supuesto de un casino que, para facilitar el juego de clientes habituales de elevadas sumas, admite como medio de pago de las fichas, pagarés y cheques por valor de más de 2.300.000 pesetas sin adoptar cautela comercial alguna. Se declara que «la aceptación de los efectos bancarios en tales hipótesis, obedecerá a una política empresarial agresiva de propiciar el juego asumiendo con ello un riesgo empresarial incompatible con el error causalmente determinado por la simple expedición de unos efectos cambiarios».

(22) Ahora bien, es cierto que puede existir la duda al margen de la conducta del sujeto activo: A se hace pasar por agente inmobiliario y oferta a B un piso inexistente en inmejorables condiciones tanto de pago, como de habitabilidad. B no puede efectuar la compra y, casualmente comenta con su amigo C la oferta que ha dejado perder. C se dirige a A para, en las mismas condiciones propuestas a B, comprar el piso, lo que efectúa realmente. Soy consciente de que este supuesto es realmente de laboratorio, ya que lo normal es que C se dirija a A para confirmar la oferta, de tal modo que al menos existirá responsabilidad omisiva directa por parte de éste, cuando no responsabilidad comisiva si reproduce el engaño pretendido con B.

(23) Cfr. PÉREZ DEL VALLE, «El engaño omisivo en la estafa», *CPC*, 59, 1996, pp. 377 y 390 y ss.

adelante: no merece la protección penal propia de la estafa el sujeto pasivo que, conoedor al menos del riesgo de autoperjuicio que su conducta entraña, opta por la realización de la conducta perjudicial. Es por eso que creo que se puede afirmar que –nuevamente con Pérez del Valle–, en los casos de existencia en el sujeto pasivo de una previa situación de errónea representación de la realidad, en cuya configuración no ha intervenido en modo alguno el sujeto activo, pero a pesar de ello éste actúa con conocimiento de esta situación sin esclarecer ese error, *su no sacar del error confirman dicho error asumiendo las consecuencias del mismo*, siempre que exista obligación de actuar (24). Por su parte, Choclán Montalvo entiende típica sólo la conducta que determina *el nacimiento y no el mantenimiento del error*, a no ser que se trate de situaciones en que exista el deber jurídico de evitar, pues aquí sí que la omisión equivale a causar el error (25). A pesar de lo expuesto, esta solución no es *universalmente* válida, puesto que algunas regulaciones legales contemplan como conducta típica, precisamente, supuestos de mantenimiento de un error previo en el que el sujeto activo no ha intervenido. Serían, por ejemplo, los casos de Colombia que castiga a aquel que obtenga provecho ilícito para sí o para un tercero, con perjuicio ajeno induciendo *o manteniendo a otro en error* por medio de artificios o engaños (art. 246); o de Dinamarca que considera como estafa (*bedrageri*) los casos en que alguien, con la intención de obtener un beneficio propio o ajeno, determine a otro mediante la creación antijurídica *o mantenimiento en un error* a la realización de una acción u omisión eficaz para ocasionar una pérdida patrimonial (§ 279); y también es el supuesto de Méjico que considera que comete el delito de fraude el que engañando a alguien *o aprovechándose del error en que éste se encuentra*, obtenga alguna cosa ajena o alcance un lucro indebido para sí o para otro (art. 152).

Recapitulando, para nuestros Tribunales el análisis eventual de los deberes de autoprotección es un problema estrictamente de la tipicidad de la estafa, y más precisamente del alcance que quepa dar al elemento típico «engaño», siendo que no todo engaño como manifestación errónea de la realidad referida a hechos debe ser considerado un engaño típico, sino aquél que cumpla la nota legal de ser *bastante* para provocar error en otro. En lo que sigue intentaré argumentar cómo estamos realmente ante un problema de imputación objetiva, y del alcance que tenga el patrimonio como bien jurídico-penal.

(24) Cfr. HRUSCHKA, «La conducta de la víctima como clave para un sistema de los delitos patrimoniales que llevan consigo sustracción», *ADPCP*, 1999, p. 465, para quien tampoco hay en estos casos estafa.

(25) Sobre este particular cfr. CHOCLÁN MONTALVO, *El delito de estafa*, Barcelona, 2000, pp. 140 y ss. Acepta este autor la tipicidad en los supuestos en que mantiene el error generado en la esfera de la víctima aumentando relevantemente el riesgo de lesión del bien jurídico e induciendo a la disposición patrimonial. *Ibidem* pp. 151, 155 y ss. Para la doctrina alemana, la conservación de un error como consecuencia de la conducta engañosa también es típica. Al respecto *vide* WESSELS, *Strafrecht, BT 2. Straftaten gegen Vermögenswerte*, 19.^a ed., Heidelberg, 1996, núm. 472.

IV. PECULIARIDADES ESTRUCTURALES DE LA ESTAFA

Mediante la estafa se castigan ataques defraudatorios contra elementos patrimoniales siendo el engaño, al decir de nuestros Tribunales, su elemento esencial (26). La jurisprudencia es unánime cuando considera que los elementos configuradores de la tipicidad objetiva del tipo básico, contemplado en el artículo 248.1 CP, son (27):

– Un engaño precedente o concurrente, calificado como «espina dorsal, factor nuclear, alma y sustancia de la estafa» (28), hoy concebido con una amplia laxitud sin recurrirse, como antaño hacía la propia regulación legal, a farragosas ejemplificaciones casuísticas.

– El engaño ha de ser bastante en el sentido de suficiente y proporcional, debiendo tener la adecuada idoneidad para que en la convivencia social ordinaria actúe como estímulo eficiente del traspaso patrimonial, valorándose esa idoneidad atendiendo tanto a módulos objetivos como en función de las condiciones personales del sujeto afectado y de la totalidad de circunstancias del caso concreto, debiendo excluirse la existencia del engaño en los casos de burdas falacias o apreciables exageraciones que, en ocasiones, constituyen práctica social, pero sin excluir consideraciones subjetivas atinentes a la víctima o perjudicado y sin perder de vista el indudable relativismo que acompaña a todo engaño que surge y se corporiza *intuitu personae* (29).

(26) Sobre el concepto prejurídico de engaño *vide* GUTIÉRREZ FRANCÉS, *Fraude informático y estafa*, Madrid, 1991, p. 341.

(27) Junto a los requisitos objetivos que se examinarán –que deben concurrir diacrónicamente en el orden que se expondrá, y que deben poder ser imputados objetivamente–, el tipo subjetivo requiere del ánimo de lucro como elemento subjetivo del injusto. En la doctrina últimamente *vide* por todos MAGALDI PATERNOSTRO, «Comentario artículo 263 CP», en CÓRDOBA/GARCÍA ARÁN, *Comentarios al Código Penal*, Madrid-Barcelona, 2005, pp. 746 y ss. Se muestra crítico con la formulación legal del tipo de estafa OTTO, *Grundkurs Strafrecht, BT: Die einzelnen Delikte*, 5.^a ed., 1998, Berlín-New York, p. 213 (§ 51, II).

(28) Sobre la caracterización jurisprudencial del engaño, por todos, *vide* CHOC-LÁN MONTALVO, *El delito de estafa*, Barcelona, 2000, pp. 87 y ss.: el engaño debe ser antecedente, causante y bastante.

(29) Son un claro reflejo de esta afirmación las manifestaciones contenidas en la STS 26 de julio de 2000 –Sentencia 1349/2000– cuando afirma que la doctrina jurisprudencial mayoritaria acude a un doble módulo –objetivo y subjetivo– para determinar la eficacia del engaño, debiendo valorarse, a pesar de ello, *intuitu personae* la condición de «bastante» del engaño. Esta resolución va algo más allá y establece expresamente la siguiente regla general que, afirma, sólo debe quebrar en situaciones excepcionales y muy concretas: *el engaño ha de entenderse bastante*

– Originación o producción de un error esencial en el sujeto pasivo de la acción engañosa, desconocedor o con conocimiento deformado o inexacto de la realidad por causa de la insidia, mendacidad, fabulación o artificio del autor, determinante del vicio de voluntad. El error implica un conocimiento viciado de la realidad provocado por el engaño, una contradicción entre lo representado y la realidad (30), aunque en puridad técnica engaño y causación de un error no son equivalentes (31). Esta dinámica requiere que el sujeto pasivo tenga una cierta capacidad de conocer los hechos suministrados ya que, en caso negativo habrá que aceptar la calificación por hurto (32) (en autoría mediata) y no por estafa.

– El error tiene que motivar un acto de disposición patrimonial en el engañado, que puede consistir en un hacer –donar, gravar, comprar, enajenar, prestar un servicio...–, en un mero tolerar o incluso en un omitir, de tal modo que este elemento se define principalmente por el resultado que causa inmediatamente (33). Cabe reputar por tal todo acto por el cual un elemento patrimonial sale de la esfera de dominio de su titular, sin que sea preciso un desplazamiento patrimonial, pues son concebibles supuestos de asunción de una obligación o deuda que disminuya el activo patrimonial (34). La principal función de este elemento se encuentra en su utilidad para delimitar la estafa del hurto, al concebirse ésta como un delito de autoperjuicio inconsciente (35). El disponente tiene que ser el engañado, aunque no es

cuando haya producido sus efectos defraudadores logrando el engañador, mediante el engaño, engrosar su patrimonio de manera ilícita, o lo que es lo mismo, es difícil considerar que el engaño no es bastante cuando se ha consumado la estafa. La excepción a esta regla se producirá cuando nos encontremos ante supuestos de engaños burdos, groseros o esperpénticos (sic).

(30) Así también LACKNER/KÜHL, *Strafgesetzbuch*, § 263, núm. 18.

(31) En este sentido, por todos BOCKELMANN, *Strafrecht BT/1*, p. 69.

(32) Así ANTÓN ONECA, «Estafa», *Nueva Enciclopedia Jurídica*, vol. IX, Barcelona, 1958, p. 65, y CHOCLÁN MONTALVO, *El delito de estafa*, Barcelona, 2000, pp. 49 y 152.

(33) Cfr. PUPPE, *Vermögensverfügung und Vermögensschaden...*, p. 13. En general sobre el alcance de este elemento vide GUTIÉRREZ FRANCÉS, *Fraude informático y estafa*, pp. 436 y ss. y KÜPER, BT, p. 339. Precisamente a partir de este elemento RUIZ MARCO, *La tutela penal del derecho de crédito*, p. 285, destaca el derecho al cumplimiento de la obligación como elemento especialmente protegido en la estafa si se la analiza desde la dimensión del derecho de crédito.

(34) Así por ejemplo CHOCLÁN MONTALVO, *El delito de estafa*, Barcelona, 2000, p. 161.

(35) Vide LACKNER/KÜHL, *Strafgesetzbuch*, § 263, núm. 22. Expone JOECKS, *Zur Vermögensverfügung beim Betrug*, Köln, 1982, p. 46, que la operatividad de este elemento es, en primer lugar, la delimitación de la estafa con el hurto y la apropiación

preciso que el engañado-disponente sea a su vez el perjudicado por el acto de disposición patrimonial, lo que es especialmente relevante en las denominadas «estafas triangulares» –engañado-disponente no es el perjudicado patrimonial– (36) y en la delimitación con el hurto en autoría mediata. Si el disponente es distinto al titular patrimonial, tiene que tener algún poder de disposición jurídicamente relevante sobre el patrimonio. No tiene que bastar la mera posibilidad fáctica de disposición sobre el patrimonio ajeno (37). A este respecto hay que notar cómo existen fundamentalmente dos posturas (38): 1) teoría de la situación, bastando que el engañado tenga una mera relación de detentación fáctica del objeto en cuestión (39); mientras que para 2) la teoría de la autorización jurídica es preciso que exista un poder de disposición en sentido jurídico.

– Nexo causal o relación de causalidad entre el engaño provocado y el perjuicio sufrido, abogando en los últimos tiempos la mejor dogmática por la aplicación de los criterios de la imputación objetiva en este ámbito. El resultado típico de la estafa lo configura la existencia de un perjuicio patrimonial (propio –*scil.* del disponente– o de tercero (40) motivado por el acto de disposición que trae causa del error (41).

La estafa es un tipo que requiere verificar la existencia de una cierta *relación* entre el sujeto activo y el sujeto pasivo, ya que requiere para su realización de la contribución fáctica de la víctima, y por ello se le califica como «delito comunicativo» (42) o como «delito relacional» (43), que presupone un determinado comportamiento del sujeto

indebida. En general, sobre las relaciones entre el hurto y la estafa, por todos *vide* VOGEL, *Betrugsstrafrecht*, vol. II, pp. 904 y ss.

(36) Cfr. ANTÓN ONECA, *Nueva Enciclopedia Jurídica*, vol. IX, Barcelona, 1958, p. 66; OTTO, BT, p. 214; WESSELS/HILLENKAMP, BT/2, núm. 489, p. 197; LACKNER/KÜHL, *Strafgesetzbuch*, § 263 núm. 28; OFFERMANN-BURCKART, *Vermögensverfügungen Dritter im Betrugsatbestand*, Berlín, 1994., *passim*, pero *vide* particularmente pp. 160, 169 y s., 170 y 205 y s.

(37) Sobre ello cfr. GERLAND, *Deutsches Reichsstrafrecht*, 2.^a ed., Berlín y Leipzig, 1932, pp. 636 y ss. cita en este mismo sentido a Binding.

(38) CHOCLÁN MONTALVO, *El delito de estafa*, Barcelona, 2000, p. 162.

(39) Aceptan esta postura WESSELS, BT 2, núm. 499; LACKNER / KÜHL, *Strafgesetzbuch*, 263, núm. 23. Para ANTÓN ONECA, *Estafa*, p. 66, el acto de disposición patrimonial hay que entenderlo en un sentido amplio.

(40) Cfr. LACKNER/KÜHL, *Strafgesetzbuch*, § 263, núm. 28.

(41) Sobre la equiparación entre perjuicio patrimonial e incumplimiento obligatorio *vide* RUIZ MARCO, *La tutela penal del derecho de crédito*, p. 304.

(42) En términos de TIEDEMANN-LK, Berlín-New York, 2000, § 263, núm. 4.

(43) En general, sobre la consideración de la estafa como delito relacional *vide* R. HASSEMER, *Schutzbedürftigkeit des Opfers und Strafrechtsdogmatik (Zugleich ein*

engañado (44). Ello obliga a tomar en consideración la participación de la víctima o del sujeto pasivo en sede de imputación objetiva (45), a los efectos de considerar la operatividad del principio de autorresponsabilidad como concreción del carácter de *ultima ratio* del Derecho penal, sin que con ello pretenda convertirse el juicio de imputación objetiva –de un resultado a una conducta– en un juicio sobre la credulidad o diligencia de los consumidores (46), lo que no se justificaría ni dogmática ni político-criminalmente.

El análisis de la particular relación que media entre sujeto activo y disponente hace que se pueda contemplar la estafa como supuesto de delito de «autoperjuicio patrimonial inconsciente» en la medida en que el disponente desconoce –actúa en error– que su comportamiento es perjudicial para sus propios intereses patrimoniales o los de un tercero ya que el perjudicado puede ser, tanto el disponente como un tercero que tenga algún poder fáctico-jurídico sobre el patrimonio ajeno que dispone (47). En tanto que delito de «autoperjuicio inconsciente» no basta con acreditar la mera relación causal entre el engaño y el acto de disposición patrimonial (48), ya que el engañado-dispo-

Beitrag zur Auslegung des Irrtumsmerkmal, § 263 StGB), Berlín, 1981, pp. 114 y ss. y más recientemente entre nosotros CHOCLÁN MONTALVO, *El delito de estafa*, Barcelona, 2000, p. 115; PÉREZ MANZANO, «Acerca de la imputación objetiva de la estafa», en *LH-Tiedemann*, Madrid, 1995, p. 292; GARCÍA RIVAS, «Estructura jurisprudencial del delito de estafa (Una revisión crítica de sus elementos objetivos)», en Boix Reig (dir.) *Falsedades y estafas (Análisis Jurisprudencial)*, Madrid, 2005, p. 36; MAGALDI PATERNOSTRO, «Comentario artículo 263 CP», en CÓRDOBA/GARCÍA ARÁN, *Comentarios al Código Penal*, Madrid-Barcelona 2005, p. 742, y SILVA SÁNCHEZ, «Las inveracidades de los particulares ante el Derecho penal», en SALVADOR CODERCH / SILVA SÁNCHEZ, *Simulación y deberes de veracidad (Derecho civil y derecho penal: dos estudios de dogmática jurídica)*, Madrid, 1999, p. 99.

(44) Cfr. HRUSCHKA, «La conducta de la víctima como clave para un sistema de los delitos patrimoniales que llevan consigo sustracción», *ADPCP*, 1999, p. 453.

(45) Cfr. PÉREZ MANZANO, «Acerca de la imputación objetiva de la estafa», en *LH-Tiedemann*, Madrid, 1995, pp. 296 y ss., 302 y ss., *Los elementos del tipo de estafa*, Buenos Aires, 1985, pp. 173, 308.

(46) Como crítica NAVARRO CARDOSO, «Algunas consideraciones sobre las estafas colectivas a los consumidores», *PJ*, 50, 1998, p. 181, en los casos en que se estiman restricciones vinculadas al fin de protección de la norma en supuestos de existencia de mecanismos de autoprotección. También GUTIÉRREZ FRANCÉS, *Fraude informático y estafa*, Madrid, 1991, pp. 366 y 388, crítica las tesis que advierten un excesivo énfasis en la diligencia o negligencia de la víctima.

(47) Sobre la estafa como delito de autoperjuicio, tesis mayoritaria en la dogmática alemana, vide RENGIER, *Strafrecht BT I, Vermögensdelikte*, München, 1997, pp. 153 y ss. y todas las referencias contenidas en GERHOLD, *Zweckverfehlung und Vermögensschaden*, Berlín, 1988, p. 18.

(48) Sobre esto vide BACKMANN, *Die Abgrenzung des Betrugs von Diebstahl und Unterschlagung*; Köln y otras, p. 48.

nente precisamente ejecuta un acto de disposición patrimonial en perjuicio propio o de tercero porque desconoce que dicha disposición es gravosa, desconoce que actúa en error (49).

Con el recurso al argumento del autoperjuicio inconsciente se aplica el *principio de autorresponsabilidad de la víctima* de tal manera que se es muy exigente con quien tiene medidas de autoprotección y no las utiliza. Desde este punto de vista puede afirmarse que la estafa tiene elementos que guardan una cierta similitud con la teoría de la *prohibición de regreso* (50).

Pero también sucede que, esta estructura permite concebir la estafa como un supuesto expresamente tipificado de autoría mediata (51): el

(49) Sobre la distinción entre acto de perjuicio inconsciente y acto de disposición inconsciente *vide* BACKMANN, *Die Abgrenzung des Betrugs von Diebstahl und Unterschlagung*; Köln y otras, p. 48, nota 47.

(50) Sobre la relación de estas tesis y la teoría de la «prohibición de regreso», críticamente ELLScheid, «Das Problem der bewußten Selbstschädigung beim Betrug», GA, 1971, p. 165.

(51) *Vide* al respecto KINDHÄUSER, «Betrug als vertypte mittelbare Täterschaft», FS-Günter BEMMANN, Baden-Baden, 1997, pp. 339 y ss., particularmente p. 348, *vide* las consecuencias que de ello se derivan particularmente en pp. 351 y ss.; NK-StGB-Kindhäuser, § 263, núm. 45, vol. II, 2.^a ed., Baden-Baden, 2005; GÖSSEL, BT, § 263, núm. 6; el mismo, «Probleme notwendiger Teilnahme bei Betrug, Steuerhinterziehung und Subventionsbetrug», wistra, 1985, p. 127; MIEHE, *Unbewußte Verfügungen*; Heidelberg, 1987, pp. 54 y ss.; GERHOLD, *Zweckverfehlung und Vermögensschaden*; Berlín, 1988, p. 64 in fine y s; implícitamente también lo asume WEIDEMANN, *Das Kompensationsproblem beim Betrug, (Diss.)*, Bonn, 1972, p. 197. Crítico FRISCH, «Funktion und Inhalt des “Irrtums” im Betrugtatbestand», FS-Bockelmann, München, 1979, pp. 651 y ss. y LACKNER-LK, § 263, núm. 172. Acoge estas tesis críticas también HARTMANN, *Der Problem der Zweckverfehlung beim Betrug*, Frankfurt, 1988, pp. 69 y ss. Cfr. también GRAUL, «Wider die Zweckverfehlungslehre beim Vermögensschaden (Zur teleologischen Reduktion des § 263 StGB bei bewußter Selbstschädigung)», FS-Hans Erich BRANDNER, Köln, 1996, pp. 821 y ss. También hacen mención expresa incidentalmente a la estructura de la autoría mediata CHOCOLÁN MONTALVO, *El delito de estafa*, Barcelona, 2000, p. 151; GÓMEZ BENÍTEZ, «Función y contenido del error en el tipo de estafa», ADPCP, 1985, p. 340; NAGLER-LK, *Leipziger Kommentar*, 6.^a y 7.^a eds., 1951, Berlín, § 263 II.2.c. (p. 441), y HERZBERG, «Bewußte Selbstschädigung beim Betrug», MDR, 1972, p. 95. Últimamente PASTOR MUÑOZ, «El redescubrimiento de la responsabilidad de la víctima en la dogmática de la estafa», en SILVA SÁNCHEZ (dir.), *¿Libertad económica o fraudes punibles?*, Madrid-Barcelona, 2003, pp. 77 y ss., particularmente nota 34; frente a esta autora yo sí creo que la estructura de la autoría mediata tiene alguna consecuencia en la comprensión del comportamiento típico. Por su parte, GONZÁLEZ RUS, en COBO (dir.), PE, I, p. 672, a propósito del dolo, parece reconocer que nos encontramos ante un supuesto especialmente típico de inducción: aquí no se induce a cometer un delito, sino que se induce a realizar un acto de disposición patrimonial que no se sabe gravoso. También alude a la estructura de la inducción MOHRBOTTER, «Grenzen des Vermögensschutzes beim Betrug», GA, 1975, p. 47.

instrumento es el disponente-engañado. Si el disponente conoce el engaño y además conoce los mecanismos jurídicos que tiene para conjurar el perjuicio patrimonial, se le puede equiparar al «instrumento doloso», que en sentido estricto no es instrumento pues actúa con conocimiento de la situación creada y de su valoración. ¿Tiene sentido en estos casos castigar al sujeto activo del engaño por una estafa consumada si efectivamente se produce el perjuicio patrimonial del sujeto pasivo? (52). La mera causalidad entre el engaño del autor y la causación del perjuicio no puede ser suficiente para atribuir responsabilidad por el resultado (53). Pero, en la medida en que la conducta del sujeto activo haya creado el riesgo típico de la estafa, estaría fundamentado el castigo por la tentativa de estafa (54).

La estafa no protege toda causación de un perjuicio patrimonial, sino sólo aquéllas originadas por un engaño que llevan al sujeto pasivo de la conducta mendaz a efectuar un acto de disposición perjudicial. El primer nexo de imputación objetiva que hay que verificar es el de la relación de riesgo entre el engaño y el error. Sólo se castigan en la estafa conductas que presentan una idoneidad intersubjetiva para originar un error que motive una actuación económicamente irracional o, por decirlo en términos legales, el engaño tiene que ser *bastante*. Esta idoneidad intersubjetiva supone que habrá que atender a parámetros tanto objetivos como subjetivos, como reconocen unánimemente doctrina y jurisprudencia (55). El análisis de la conducta del sujeto activo

(52) También entienden que sólo puede hablarse de estafa cuando el autor utiliza al engañado como instrumento y no puede hablarse de tal cuando éste conoce su conducta CRAMER, ..., p. 207; SCHRÖDER, *NJW*, 1962, p. 722, y ELLSCHEID, «Das Problem der bewußten Selbstschädigung beim Betrug», *GA*, 1971, p. 165. Por otra parte, para MOHRBOTTER, «Grenzen des Vermögensschutzes beim Betrug», *GA*, 1975, p. 46, «el que el engañado tenga el pleno conocimiento de su autoperjuicio e incluso la voluntad de ello no excluye la estafa».

(53) En este mismo sentido cfr. también JAKOBS, *GA*, 1997, pp. 553 y ss.

(54) En estos casos de «perjuicio consciente» BINDING había negado la existencia de una estafa consumada por ruptura de nexo causal entre engaño y acto de disposición patrimonial. Críticamente contra las tesis de la ruptura del nexo causal en este ámbito ELLSCHEID, «Das Problem der bewußten Selbstschädigung beim Betrug», *GA*, 1971, p. 163.

(55) A pesar que la jurisprudencia oscile en cuanto al baremo que debe utilizarse en el enjuiciamiento del engaño, aludiendo indistintamente a criterios objetivos, subjetivos o individualizadores o a un criterio mixto objetivo-subjetivo. Sobre ello, por todos, con referencias jurisprudenciales, CHOCLÁN MONTALVO, *El delito de estafa*, Barcelona, 2000, pp. 135 y ss. En opinión de GUTIÉRREZ FRANCÉS, *Fraude informático y estafa*, Madrid, 1991, p. 359, del término legal «bastante» no se deriva la adopción de posiciones objetivas, subjetivas, ni mixtas, para aludir a la entidad del engaño.

tiene que retrotraerse *ex ante facto* conforme a criterios intersubjetivos (objetivo-subjetivos) para establecer la idoneidad de una conducta que provoque un error en otra persona conforme a las circunstancias concretas del sujeto pasivo valoradas objetivamente de tal modo que, conforme a las circunstancias efectivamente conocidas, junto con las reconocibles para el hombre medio en el concreto sector de actividad económica que examinemos, puede afirmarse la existencia de un engaño suficiente para doblegar viciadamente la voluntad del sujeto pasivo del engaño (56).

V. FIN DE PROTECCIÓN DE LA NORMA EN EL DELITO DE ESTAFA

La teoría de la imputación objetiva no es sólo un correctivo de la causalidad, sino una exigencia de la realización típica: es un elemento del tipo (de todo delito) (57). Su sentido normativo sirve, en palabras de Kindhäuser, para ofrecer el parámetro general esperable de la *Normbefolgungsfähigkeit*, esto es, de qué es lo que se puede esperar de un participante en el tráfico (58). Lo esencial en esta categoría es

(56) Incluso QUINTANO RIPOLLÉS, *Tratado de la Parte Especial del Derecho Penal*, t. II, *Infracciones patrimoniales de apoderamiento*; 2.^a ed., puesta al día por C. García Valdés, Madrid, 1977, p. 590, se mostraba partidario de una comprensión que hoy denominaríamos «intersubjetiva» en la medida en que consideraba que la entidad del engaño había que tomarla en consideración a partir de su eficacia operativa.

(57) Destaca ROXIN que el primer cometido de la imputación al tipo objetivo es indicar las circunstancias que hacen de una causación (como límite extremo de la posible imputación) una acción típica. Cfr. ROXIN, «Derecho Penal», *PG*, tomo I, Madrid, 1997, § 11, BI, núm. 38. Sobre la imputación objetiva como requisito (normativo) implícito del tipo que supone atribución jurídica (teleológico-valorativa) de un resultado –imputación objetiva del resultado– a una acción como obra suya, cfr. también LUZON PEÑA, «Curso de DP», *PG*, I, Madrid, 1996, pp. 376 y ss. en los mismos términos que GIMBERNAT ORDEIG, Enrique, «¿Qué es la imputación objetiva?», en *Estudios de Derecho penal*, Madrid, 1990, 3.^a ed., pp. 212 y ss. Este último pone de relieve que el contenido de la imputación objetiva se obtiene del sentido y fin de las prohibiciones (tipificaciones) penales, y de los principios que deben informarlas. «La imputación objetiva es un fantasma que recorre los tipos».

(58) Cfr. KINDHÄUSER, *Strafrecht Besonderer Teil II, Straftaten gegen Vermögensrechte, Teilband 1 Eigentumsdelikte*, Nomos, Baden-Baden, 1998, § 1, núm. 6. En núm. 7 pone de manifiesto el efecto mediato que posee para la dirección de conductas la garantía en las conductas esperadas (expectativas): por una parte se fortalece la confianza jurídica de los ciudadanos en que sus expectativas están protegidas y que

su referencia a valores y a fines (59), cuestión que en el caso del Derecho se traduce en vinculación a la misión que ésta cumple en la sociedad. Por lo tanto, el contenido de la imputación, es decir, los criterios de imputación, son contingentes, relativos y flexibles ya que dependen de los fines que el Derecho persiga *hic et nunc*. En esta línea argumental, los criterios de imputación en los delitos patrimoniales van a depender de la finalidad que se pretenda otorgar a estas figuras delictivas.

La imputación objetiva se puede definir como juicio que, atendiendo a criterios teleológicos-valorativos enmarcados en una visión funcional del Derecho penal, permite atribuir la lesión o puesta en peligro relevante de un bien jurídico (desvalor de resultado) a una conducta realizada por el autor contraria al deber impuesto por la norma jurídico-penal (desvalor de acción). En otros términos, es el juicio que permite atribuir jurídicamente la realización de la parte objetiva del tipo a su ejecución material (60). La imputación objetiva depende de la finalidad de la norma correspondiente al tipo penal respectivo. Es por ello que es particularmente trascendente identificar la finalidad de la norma contenida en el tipo de estafa y, en general, en todos los delitos contra elementos patrimoniales. De este modo, creo que falta en nuestra jurisprudencia y en nuestra doctrina vincular el fundamento de los deberes de autoprotección con el patrimonio como bien jurídico-penal. Y ello sin perjuicio de que evidentemente hay que afirmar que faltará la imputación objetiva de la conducta en los casos de disminución de riesgo, de ausencia de un determinado nivel de riesgo y en casos de riesgos socialmente adecuados o riesgo permitido (61). Del mismo modo, estimo que en este plano puede ser contemplada la denominada «imputación al ámbito de responsabilidad de la víctima» [Cancio Meliá (62)].

sirven como orientaciones de comportamientos; por otro lado, la pena tiene el efecto de disuadir a potenciales autores de vulneración de las normas.

(59) Cfr. únicamente CANCIO MELIÁ, *Líneas básicas de la teoría de la imputación objetiva*, Méjico DF, 2001, p. 16.

(60) Cfr. sobre ello MIR PUIG, *Parte General*, L 10/47ss.

(61) Cfr. por todos MIR PUIG, *Parte General*, L 10/57, y CANCIO MELIÁ, *Líneas básicas de la teoría de la imputación objetiva*, México DF, 2001, p. 73, quien incluye el «principio de confianza» dentro de esta estructura, lo que acepto plenamente. Destaca el dispar tratamiento existente sobre la significación y ubicación sistemática de la adecuación social ROXIN, «Derecho Penal», *PG*, Madrid, 1997, § 11, BI, núm. 55.

(62) Cfr. por ejemplo CANCIO MELIÁ, *Líneas básicas de la teoría de la imputación objetiva*, México DF, 2001, pp. 88 y ss.; ídem, *Conducta de la víctima e imputación objetiva*, Barcelona, 2.ª ed., 2001, *passim*; ídem, «La exclusión de la tipicidad por la responsabilidad de la víctima (Imputación a la víctima)», *Revista de Derecho Penal y Criminología*, 1998-2, pp. 49 y ss.

Actualmente es unánime la comprensión que la estafa protege el patrimonio y no la verdad, la buena fe (63) o la confianza ajena (64), y ello a pesar de la existencia de algunas tesis recientes que vienen a significar un *renacimiento* del derecho a la verdad en este delito (65).

En esta última línea, Kindhäuser ha definido el delito de estafa como un delito que perjudica la libertad patrimonial y que se concreta en un derecho de la víctima a la veracidad que lesiona el autor; esto es, entiende la estafa como un delito contra la libertad que daña al patrimonio (66). Estas tesis tienen antecedentes en Mohrbotter, Ellmer e incluso en Frank (67). Alude Mohrbotter a la disposición que sanciona la estafa como norma de valoración y norma de determinación que obliga a no actuar de mala fe en los negocios jurídicos. Por su parte, Ellmer entiende «el pensamiento de protección de la confianza» como el principal elemento del desvalor de acción en la estafa, lo que no niega supone un *renacimiento del derecho a la verdad*, pero matizando las tesis clásicas. En su

(63) Sobre la importancia que ostenta la buena fe en el ámbito del contrato de seguro, por bien que sin llegar a configurar un bien jurídico-penal autónomo se ha pronunciado SERRANO-PIEDCASAS, *La estafa en el contrato de seguro*, Barcelona, 1991, pp. 95 y ss. y 103. Cfr. también CHOCLÁN MONTALVO, El delito de estafa; Barcelona, 2000, pp. 64 y ss. Por su parte, para GUTIÉRREZ FRANCÉS, Fraude informático y estafa; Madrid, 1991, pp. 244 y ss., la buena fe es un interés adicional al patrimonio pero que no puede considerarse como bien jurídico adicional al patrimonio en la estafa.

(64) Así por ejemplo HEFENDEHL, *Vermögensgefährdung und Expektanzen*, Berlín, 1994, pp. 81 y ss., con ulteriores referencias; SERRANO-PIEDCASAS, *La estafa en el contrato de seguro*, p. 87.

(65) Cfr. referencias contenidas en TIEDEMANN-LK, previo al § 263, núm. 22, y las críticas que dirige a estas tesis en núm. 25, pues en su opinión ni la buena fe ni un pretendido derecho a la verdad no son un bien jurídico inmediatamente protegido mediante la estafa. Crítico también con estas tesis, afirmando tajantemente que «no hay un derecho subjetivo a la veracidad» vide SILVA SÁNCHEZ, «Las inverdades de los particulares ante el Derecho penal», en SALVADOR CODERCH / SILVA SÁNCHEZ, *Simulación y deberes de veracidad (Derecho civil y derecho penal: dos estudios de dogmática jurídica)*, Madrid, 1999, p. 105. Entre nosotros defiende este derecho a la verdad PASTOR MUÑOZ, *La determinación del engaño típico en el delito de estafa*, Madrid-Barcelona, 2004, pp. 217 y ss.

(66) KINDHÄUSER, «Täuschung und Wahrheitsanspruch beim Betrug», *ZStW*, 103 (1991), pp. 398 y ss. Crítico con las tesis de Kindhäuser se muestran GÖSSEL, *Strafrecht BT*, Bd. 2, § 21, núm. 2 y TIEDEMANN-LK, previo al § 263, núm. 25. Recientemente, en sentido similar se ha manifestado PAWLIK, *Das unerlaubte Verhalten beim Betrug*, Köln y otras, 1999, pp. 259 y ss.

(67) Incluso FRANK defendía el «Derecho a la verdad» como bien jurídico protegido en la estafa (cfr. al respecto las referencias doctrinales contenidas en CRAMER, *Schönke/Schröder StGB-Kommentar*, 25.^a ed., München, 1997, § 263, núm. 1). Vide también MOHRBOTTER, «Der Bettel-, Spenden- und Subventionserschleichungsbruch. Ein Beitrag zum modernen Vermögensbegriff», *GA*, 1969, pp. 225 y ss.; matizadamente ídem «Grenzen des Vermögensschutzes beim Betrug», *GA*, 1975, p. 49. ELLMER, *Betrug und Opfermitverantwortung*; Berlín, 1986, pp. 273 y ss.

opinión, la confianza posibilita la reducción de la complejidad social, lo que en el ámbito del tipo de la estafa se concreta en que en desvalor de acción se configura por el abuso de confianza existente cuando el autor haya frustrado la confianza legítima. Así, una condición para la realización del tipo de estafa es que nos encontremos ante un caso de confianza legítima o ante un caso de confianza necesaria, esto es, que la víctima tiene que controlar su obligación de prudencia o asumir las medidas de seguridad cuando éstas sean razonables. En todo caso hay que puntualizar que estas tesis son minoritarias en la doctrina cuando se emiten tan absolutamente, pero un nutrido grupo de autores ponen de relieve cómo los ataques contra el patrimonio constituyen, en mayor o menor medida, un ataque contra la libertad de disposición patrimonial (68).

No se puede obviar en la discusión del bien jurídico-penal en la estafa que la estructura típica de esta infracción requiere de un ejercicio de libertad por parte del engañado y que precisamente ese ejercicio de libertad motivado por error es lo que justifica la propia existencia de este delito. La estafa requiere del disponente-engañado la realización de un acto de autoperjuicio inconsciente sobre cualquiera de los elementos que integran su patrimonio (69), de tal modo que difícilmente puede obviarse la existencia de un ejercicio de libertad de disposición patrimonial. Luego, si esto es así, es obligado considerar que junto al patrimonio como objeto material penalmente protegido en la estafa, existe otro elemento a considerar que es el acto de libertad negocial consistente en la prestación de un consentimiento nulo —en tanto que motivado por un engaño previo— a un acto de disposición patrimonial. Pero de ello no se deriva necesariamente que sea la libertad el *único* bien jurídico-penalmente protegido en la estafa, ni tan siquiera que la libertad —genéricamente considerada— encuentre protección jurídico-penal mediante este tipo.

Acepto, con la doctrina mayoritaria, que el bien jurídico-penalmente protegido mediante la estafa es el patrimonio pero, no puede

(68) Sirvan de momento, sobre esto último, las obras de GEERDS, «Schadensprobleme beim Betrug», *Jura*, 1994, p. 320; ASÚA BATARRITA, «El daño patrimonial en la estafa de prestaciones unilaterales», *ADPCP*, 1992, p. 117; ídem, «Estafa común y fraude de subvenciones: de la protección del patrimonio a la protección de la institución subvencional», en *Hacia un Derecho Penal Económico Europeo: LH-Tiedemann*, Madrid, 1995, p. 139; BAJO FERNÁNDEZ / PÉREZ MANZANO, *Manual de Derecho Penal (PE), Delitos patrimoniales y económicos*, 2.ª ed., Madrid, 1993, cap. VII, núm. 54A; PÉREZ MANZANO, «Acerca de la imputación objetiva de la estafa», en *LH-Tiedemann*, Madrid, 1995, p. 303; GEERDS, *Wirtschaftsstrafrecht und Vermögensschutz*, Lübeck, 1990, p. 128.

(69) Salvo en casos de «estafas triangulares», donde el disponente-engañado no será el perjudicado en la medida en que se trata de un sujeto que, facultado para efectuar un acto de disposición sobre un patrimonio ajeno, no le deparará el perjuicio patrimonial a *su propio* patrimonio.

perderse de vista que la libertad de disposición es un elemento que posee relevancia a la hora de delimitar el propio concepto de patrimonio. En el concreto ámbito de la estafa, en la medida en que el sujeto activo obtenga una ventaja patrimonial aprovechando una situación de la víctima en la que ha configurado su libertad de disposición de forma no-libre –mediante engaño–, cualquier acto de disposición patrimonial que motive dicha ventaja podrá considerarse que ha vulnerado su libertad de autodeterminación en el ámbito económico, pues el acto aparece como no-libre (70). De ello concluyo que, en la estafa, y en los delitos contra el patrimonio en general, la libertad de disposición patrimonial tiene relevancia en el ámbito de protección penal, hasta el punto de dotar de contenido al fin de protección de la norma de los delitos patrimoniales, de tal modo que no se puede afirmar la existencia de una lesión patrimonial sin la existencia asimismo de lesión de la libertad de disposición patrimonial (71).

La Sentencia que aquí comentamos efectúa un correcto planteamiento dogmático de la cuestión, al entender que la cuestión de los deberes de autoprotección de la víctima debe decidirse en el ámbito normativo de la imputación objetiva en relación con el fin de protección de la norma (72). Concretamente, ubica esta problemática en el nivel de la creación del riesgo típicamente relevante (creación de un riesgo no permitido, contemplando también la adecuación social del engaño): el fin de protección de la norma es fundamental para delimitar el ámbito típico de la estafa y llevar a sus justos términos el principio de la función de protección subsidiaria que corresponde al Derecho penal. Conforme a lo anterior se estima que «la estafa protege el patrimonio en la medida en que su titular haya observado el comportamiento exigible en orden a su protección, pero no en el caso en que se haya relajado en la observancia de sus deberes de autotutela primaria. Por tanto, en la medida en que el error que sufre el sujeto pasivo, en atención a las circunstancias del caso particular, las relacio-

(70) PALOMBI, *Diritto penale dell'economia e dell'impresa*, p. 555, también destaca la libertad negocial como una faceta merecedora de tutela penal. Consecuentemente, *ibidem*, pp. 707 y ss., estudia la estafa en el capítulo referido a la tutela de la libertad negocial. Por su parte, la doctrina tradicional francesa entiende que la estafa es un delito contra la autonomía de la voluntad. Sobre esto *vide* WALTER, *Betrugsstrafrecht in Frankreich und Deutschland*, Heidelberg, 1999, p. 239, especialmente las referencias contenidas en nota 3.

(71) En estos términos *vide* BAJO FERNÁNDEZ y PÉREZ MANZANO, *Manual de Derecho Penal (PE), Delitos patrimoniales y económicos*, 2.^a ed., Madrid, 1993, núm. 54 a.

(72) Idénticos fundamentos se leen en la STS 15 de febrero de 2005, del mismo ponente.

nes entre autor y víctima y las circunstancias subjetivas de esta última, resulta evitable con una mínima diligencia y sea exigible su citación, no puede hablarse de engaño bastante y en consecuencia no puede ser imputado el error a la previa conducta engañosa quebrándose la correspondiente relación de riesgo pues «bastante» no es el engaño que puede ser fácilmente evitable, sino aquel que sea idóneo para vencer los mecanismos de defensa puestos por el titular del patrimonio perjudicado. En estos casos el error es producto del comportamiento negligente de la víctima. Por eso se ha podido decir que la constatación de la idoneidad general es un proceso normativo que valora tanto la intensidad del engaño, como las causas, a la hora de establecer la vencibilidad del engaño por parte de la víctima».

Hay que dar la razón a la Sentencia comentada en el sentido de que es discutible que se pueda hablar de la existencia de estafa consumada en los casos en que el engañado tenga en sus manos cualquier medida jurídica que le permita conjurar la situación de peligro creada por el sujeto activo (73). Pero con ello parece que el contenido positivo del bien jurídico-penal patrimonio, o mejor el fin de protección de la norma penal que protege el patrimonio, tiene que tener en cuenta en la interpretación sistemática del tipo el principio de autorresponsabilidad en la protección del patrimonio y la corresponsabilidad de la víctima (74). En este punto hay que recordar que ya tempranamente Binding señaló la operatividad del principio *vigilantibus iura sunt scripta* (75) en el ámbito de la estafa, cuando manifestaba la existencia de intereses encontrados en el tráfico jurídico por parte de los diversos intervinientes, y que precisamente por ello cada uno tiene que proteger los suyos prestando la diligencia necesaria (76). Pero todavía no hemos cuestionado en qué medida le es exigible al sujeto pasivo adoptar dichas medidas de autoprotección, pues parece que la regla general en el ámbito penal ha de ser precisamente la de la inexi-

(73) Sobre ello por todos *vide* las referencias contenidas en OTTO, Grundkurs Strafrecht, BT: *Die einzelnen Delikte*, 5.^a ed., 1998, Berlín-New York, § 51, núm. 77 y la postura de LUIPOLD, *Die Bedeutung von Anfechtungs-, Widerrufs-, Rücktritts- und Gewährleistungsrechten für das Schadensmerkmal des Betrugstatbestandes*; Pfaffenweiler, 1998, p. 208.

(74) En general, sobre este argumento *vide* ELLMER, *Betrug und Opfermitverantwortung*; Berlín, 1986, pp. 237 y ss., vinculándolo con el modelo de hombre de que se parta en una determinada sociedad, lo que le lleva a afirmar (*ibidem*, p. 250) la situación de paridad en que se encuentran autor y víctima.

(75) En general sobre este principio *vide* ELLMER, *Betrug und Opfermitverantwortung*; Berlín, 1986, pp. 28 y ss.

(76) Cfr. BINDING, *Lehrbuch des gemeinen deutschen Strafrechts*, BT, Bd. I, (reimpresión de la 2.^a edición, Leipzig, 1902), 1969, p. 355.

gibilidad (77): el verdadero núcleo gordiano de esta cuestión es, por tanto, el configurar criterios de exigibilidad de dichos mecanismos y el definir sus límites.

No puede olvidarse que nos encontramos ante un ámbito en el que en cierta medida el principio de *ultima* o *extrema ratio* debe entenderse en el marco de las ideas de subsidiariedad y fragmentariedad, debiendo todo ello conjugarse con el principio de «unidad del Ordenamiento jurídico». Si el primer principio obliga en un primer momento al legislador a no recurrir al Derecho penal cuando existan otros medios en el Ordenamiento jurídico menos gravosos para solucionar el conflicto en cuestión, en un segundo momento vincula al intérprete para restringir la operatividad de los tipos penales a los supuestos más graves merecedores de pena (78); el último principio apuntado, por su parte, obliga a considerar la respuesta punitiva dentro del contexto de la totalidad del Ordenamiento jurídico contemplado como un todo orgánico sin ambivalencias normativo-valorativas. Y mediante la conjunción de ambos principios el intérprete tiene que dejar fuera del ámbito de operatividad del tipo –restricción típica– aquellas conductas que no posean una propia antijuricidad material penal. Es lo que sucede, por ejemplo, en los supuestos en que la verificación del resultado típico, la realización del riesgo típico creado por el autor dependa fundamentalmente de la actuación *voluntaria* del sujeto pasivo (vinculación con el principio de autorresponsabilidad de la víctima).

La imputación del resultado faltará en los casos en que el sujeto pasivo del engaño no utiliza los mecanismos de autoprotección que el Ordenamiento jurídico pone a su alcance, pues el Derecho penal de la estafa también tiene que actuar como *ultima ratio* de tal modo que si, existiendo dichos mecanismos la víctima potencial no los articula en su favor para conjurar el peligro creado por la conducta del sujeto pasivo, no parece que el Derecho penal deba proteger a quien no se protege a sí mismo (79). Esta afirmación no supone que, ante toda

(77) Como ha expuesto ROXIN, PG § 14, núm. 20.

(78) Acepta también la operatividad de estos principios en el ámbito de la interpretación típica como criterios de restricción del injusto típico CORCOY BIDASOLO, *Delitos de peligro y protección de bienes jurídico-penales supraindividuales*, Valencia, 1999, p. 21, si bien no se refiere expresamente al principio de unidad del Ordenamiento jurídico (en cierta medida puede considerarse que dicho principio viene implícito en los principios de subsidiariedad y *ultima ratio*).

(79) Cfr. sobre esta cuestión SILVA SÁNCHEZ, «Las inveracidades de los particulares ante el Derecho penal», en Salvador Coderch / Silva Sánchez, *Simulación y deberes de veracidad (Derecho civil y derecho penal: dos estudios de dogmática jurídica)*, Madrid, 1999, pp. 99 y ss.

transacción jurídico-económica el agente económico deba efectuar un pormenorizado y exhaustivo análisis de todos los riesgos posibles que comporta, lo que supondría una paralización del sistema económico y, por ende, social. El grado de diligencia exigible estará indefectiblemente en función de la posición ocupada en el tráfico jurídico (80) y no parece que inicialmente pueda exigirse el mismo nivel de diligencia a un ciudadano cualquiera en una transacción comercial entre particulares, que entre comerciantes o entidades financieras, o entre particulares y entidades financieras.

Parte de la jurisprudencia y de la doctrina que se han pronunciado sobre la no utilización por parte de la víctima potencial de los mecanismos de autoprotección ha ubicado dicha cuestión en sede de engaño, considerando que sólo puede reputarse como *bastante* el engaño idóneo para vencer los mecanismos de defensa puestos por el titular del patrimonio perjudicado (81), de tal modo que puede afirmarse cómo el requisito típico del *engaño bastante* viene a suponer una concreción de la necesidad de protección penal del bien jurídico vinculada a la subsidiariedad (82) y al carácter de *ultima ratio* del Derecho penal (83).

En los casos en que el acto de disposición patrimonial se debe a la propia víctima por existir posibilidades de autoprotección por su parte, no parece justificada la sanción por estafa consumada aunque

(80) Sobre esta cuestión, en general y no vinculada al ámbito de la estafa, por todos cfr. PAREDES CASTAÑÓN, *El riesgo permitido en Derecho Penal (Régimen jurídico-penal de las actividades peligrosas)*, Madrid, 1995, pp. 340 y ss., en particular p. 343.

(81) Así lo entiende también CHOCLÁN MONTALVO, «Engaño bastante y deberes de autoprotección (Una visión de la estafa orientada al fin de protección de la norma)», *AJA*, 398, 8 de julio de 1999. *STS* 22 de junio de 1999 (Ar. 5830): «cuando el sujeto de la disposición patrimonial tuvo la posibilidad de despejar su error de una manera simple y normal en los usos mercantiles, no será de apreciar un engaño bastante en el sentido del tipo». En general, sobre el tratamiento jurisprudencial por todos SILVA SÁNCHEZ, «Las inveracidades de los particulares ante el Derecho penal», en Salvador Coderch / Silva Sánchez, *Simulación y deberes de veracidad (Derecho civil y derecho penal: dos estudios de dogmática jurídica)*, Madrid, 1999, pp. 100 y ss.

(82) En estos términos GÓMEZ BENÍTEZ, «Función y contenido del error en el tipo de estafa», *ADPCP*, 1985, p. 339, adheriéndose a las tesis de AMELUNG, *Irrtum und Zweifel des Getäuschen beim Betrug*, GA, 1977, pp. 1 y ss. *Vide* las críticas a la postura de este último autor en HERZBERG, «Funktion und Bedeutung des Merkmals «Irrtum» in § 263 StGB», GA, 1977, pp. 291 y ss. quien, por su parte, opta por una postura vinculada a la idea del consentimiento defectuoso.

(83) Relativiza el principio victimodogmático de *ultima ratio* en sede de estafa PASTOR MUÑOZ, «El redescubrimiento de la responsabilidad de la víctima en la dogmática de la estafa», en Silva Sánchez (dir.), *¿Libertad económica o fraudes punibles?*, Madrid-Barcelona, 2003, p. 70.

exista una conducta engañosa por parte del sujeto activo (84). Y creo que tiene que ser así a partir del análisis del fin de protección de la norma (85), pues la estafa no puede proteger a quien tiene mecanismos de protección en el ámbito del Derecho civil y/o mercantil mecanismos, siendo *consciente* de ello y deja de ejercer esas medidas de autoprotección (86). De este modo se podría ofrecer una plausible diferenciación entre el injusto civil y el injusto penal a partir del fin de protección de la norma de la estafa, en conexión con los principios de *ultima ratio* y de unidad del Ordenamiento jurídico (87). A similares conclusiones se podría llegar a partir de las tesis de Hefendehl (88), pues también acepta este autor que, en lo que denomina «estadios incipientes» de la puesta en peligro del patrimonio deben bastar los mecanismos de protección civiles, habida cuenta de la existencia de mecanismos de evitación de la situación de perjuicio en manos del potencial perjudicado.

En este mismo orden de cosas no puede olvidarse que ya merkel en su momento se refirió al «criterio o pensamiento del dominio» para establecer la delimitación entre el injusto civil y el penal precisamente refiriéndose a los supuestos en que el afectado tenía mecanismos jurídicos para la defensa de la situación creada (89). Más recientemente y

(84) Por ahora, por todos *vide* BAJO FERNÁNDEZ / PÉREZ MANZANO, *Manual de Derecho Penal (PE), Delitos patrimoniales y económicos*, 2.^a ed., Madrid, 1993, núm. 54b, aceptando el castigo en estos casos por tentativa y en general sobre los deberes de autoprotección de la víctima en el ámbito de la estafa CHOCLÁN MONTALVO, *El delito de estafa*, Barcelona, 2000, pp. 108 y ss.

(85) *Vide* BAJO FERNÁNDEZ / PÉREZ MANZANO, *Manual de Derecho Penal (PE), Delitos patrimoniales y económicos*, 2.^a ed., Madrid, 1993, núm. 25c, relacionando el fin de protección de la norma en la estafa con la participación de la víctima a partir de la consideración de este delito como delito relacional o Beziehungsdelikt. Cfr. también la vinculación del fin de protección de la norma en sede de imputación objetiva con el requisito de engaño bastante efectuado por CHOCLÁN MONTALVO, *Engaño bastante y deberes de autoprotección*.

(86) En sentido similar *vide* CHOCLÁN MONTALVO, *El delito de estafa*, Barcelona, 2000, p. 111, a partir de consideraciones de inexistencia de necesidad y merecimiento de pena. Cfr. también *ibidem*, pp. 120 y ss.

(87) En similares términos BAJO FERNÁNDEZ / PÉREZ MANZANO, *Manual de Derecho Penal (PE), Delitos patrimoniales y económicos*, 2.^a ed., Madrid, 1993, núm. 88a, aunque no efectúan ninguna referencia expresa al criterio de unidad del Ordenamiento jurídico.

(88) Cfr. HEFENDEHL, *Vermögensgefährdung und Exspektanzen*, Berlín, 1994, pp. 138 y ss., con ulteriores referencias, y fundamentando también su construcción en el principio de subsidiariedad del Derecho penal.

(89) *Vide* MERKEL, Krim. *Abhandlungen I*, p. 71. Tomo la referencia de LUI-POLD, *Die Bedeutung von Anfechtungs- ...*, p. 107. A favor de esta argumentación también se pronuncia TIEDEMANN-LK, Berlín-New York 2000, § 263, núm. 175.

de modo convincente, Schünemann ha expuesto los vínculos existentes entre el *principio victimológico* y la necesidad de pena, de tal modo que no parece que pueda afirmarse la existencia de una exigencia o necesidad de protección penal en los supuestos en que la potencial víctima tenga mecanismos de autoprotección posibles y racionales, siempre vinculado a los ámbitos en que la formulación típica de los preceptos en cuestión permitan un espacio para esta interpretación, como es el caso de la estafa (90). Evidentemente este recurso a los deberes de autoprotección de la víctima potencial tiene límites, pues no se puede aceptar la vigencia de un principio de desconfianza en el tráfico jurídico (91) que hiciese inoperativas las interacciones jurídicas y económicas. Asimismo estos límites en todo caso deben tener en cuenta el criterio del riesgo permitido en cuya virtud en cada sector económico y jurídico existirán umbrales diferenciados de ese riesgo (92).

En los valores patrimoniales corresponde al titular del bien jurídico su autoprotección y sólo en casos excepcionales al Estado. Las razones son sencillas: el titular patrimonial tiene especiales medios de autoprotección que convierten su protección en más fácil para el particular que para el Estado a la par que la autorresponsabilidad del titular es parte de su autonomía y la protección estatal estorba su ejercicio (93). O expuesto en otros términos, «el tipo penal de la estafa

(90) Cfr. al respecto SCHÜNEMANN, «Methodologische Prolegomena zur Rechtsfindung im Besondern Teil des Strafrechts», *FS-Bockelmann*, 1979, pp. 130 y ss., en particular *vide* nota 54.

(91) Sobre este argumento cfr. CHOCLÁN MONTALVO, *Engaño bastante y deberes de autoprotección*. En general, sobre la operatividad del principio de confianza en Derecho penal *vide* con aplúsimas referencias doctrinales CORCOY BIDASOLO, *El delito imprudente*, pp. 327 y ss., aludiendo al tráfico viario. Cfr. también CANCIO MELIÁ, *Conducta de la víctima e imputación objetiva en Derecho Penal*, pp. 321 y ss. Obsérvese cómo el ámbito en el que normalmente opera dicho principio de confianza es el de los sectores de actividad en principio lícitos. Por mi parte, me he pronunciado a favor de extender dicho régimen en ámbitos ilícitos como puede ser el de los delitos de tráfico de drogas, a partir fundamentalmente de la interpretación que efectuó del artículo 369.5.º CP. Cfr. GALLEGO SOLER, *Los delitos de tráfico de drogas II*, Barcelona, 1999, pp. 169 y ss.

(92) Cfr. los ejemplos jurisprudenciales expuestos por CHOCLÁN MONTALVO, *El delito de estafa*, Barcelona, 2000, pp. 121 y ss. En general, *vide* la fundamentación que ofrece PAREDES CASTAÑÓN, *El riesgo permitido en Derecho Penal (Régimen jurídico-penal de las actividades peligrosas)*, Madrid, 1995, pp. 340 y ss.

(93) En este sentido PÉREZ MANZANO, «Acerca de la imputación objetiva de la estafa», en *LH-Tiedemann*, Madrid, 1995, p. 303. A favor de este argumento también se han pronunciado, entre otros, CHOCLÁN MONTALVO, *Engaño bastante y deberes de autoprotección*, *passim*; GONZÁLEZ RUS, en Cobo (dir.) y otros, *Parte Especial I*, p. 661. En contra *vide* ROXIN, *AT § 14, núm. 19 y ss.*; NAVARRO CAR-

protege el patrimonio en la medida en que su titular haya observado el comportamiento exigible en orden a su protección, pero no en el caso en que se haya relajado la observancia de sus deberes de autotutela primaria» (94). De todo ello puede seguirse que, nuevamente parafraseando a Pérez Manzano, el fin de protección de la norma en la estafa se concreta en «la protección patrimonial frente a un determinado tipo de engaños que consiguen, o pueden conseguir, un ejercicio viciado por error de la libertad de disposición patrimonial realizado por la víctima del engaño» (95).

Contra la posición aquí defendida también podría invocarse que el ejercicio de un *derecho* –de rescisión, de revocación...– es en todo caso un derecho para su titular, de tal manera que de su no actuación nunca podría derivarse como consecuencia no contar con la protección que el tipo de la estafa garantiza, pues ello sería poco menos que mutar la consideración del derecho en *deber*. Pero esta interpretación sería extremadamente *formalista*, y confundiría la naturaleza del Derecho Penal como *Ius Puniendi* de titularidad estatal, tratando de ver en él un mero instrumento oficializado de justicia privada, del que serían titulares las potenciales víctimas, comprensión ésta hoy totalmente des- terrada.

La verdadera cuestión problemática de esta materia, como apuntaba Hruschka, radica en elaborar un sistema de reglas que un sujeto racional sigue al actuar en el campo de la economía (96). Es decir, es preciso definir los límites de esta institución puesto que no podemos perder de vista que en todos los supuestos analizados, al menos existe una conducta desplegada por el sujeto activo que él

dos, «Algunas consideraciones sobre las estafas colectivas a los consumidores», *PJ*, 50, 1998, pp. 178 y ss. Estima discursivamente este último autor que aceptar estas tesis implicaría negar la imputación objetiva en el hurto –por estar fuera del ámbito de protección de la norma– el supuesto de sustracción del radiocasette del vehículo cuando el propietario deja abierto el coche un instante para realizar una gestión. No se puede aceptar esta réplica porque la limitación de la imputación objetiva mediante el recurso a las facultades de autoprotección sólo se realiza por la doctrina en los casos como la estafa configurados como delito relacional o delitos de autoperjuicio inconsciente. Nada de ello sucede en el hurto, por lo que no parece de recibo su réplica a estas tesis. Es decir, que al igual que no creo acertado afirmar con carácter general la operatividad del recurso a los mecanismos de autoprotección para aludir a la necesidad de protección penal en todos los delitos patrimoniales, no es válido rebatir esta afirmación con ejemplos vinculados a otras figuras delictivas.

(94) CHOCLÁN MONTALVO, *Engaño bastante y deberes de autoprotección*, III.

(95) PÉREZ MANZANO, «Acerca de la imputación objetiva de la estafa», en *LH-Tiedemann*, Madrid, 1995, pp. 303 in fine y ss.

(96) HRUSCHKA, «La conducta de la víctima como clave para un sistema de los delitos patrimoniales que llevan consigo sustracción», *ADPCP*, 1999, p. 466.

considera objetivamente idónea para ocasionar un perjuicio patrimonial a un tercero.

A estos efectos, alguna resolución judicial ha intentado efectuar el deslinde entre la autoprotección de la víctima y la operatividad del principio de confianza en el ámbito de la estafa. Las SSTS 9 abril 2001 y 26 junio 2000 han afirmado que, en el marco de una relación jurídica basada en la confianza, en el cumplimiento de las obligaciones asumidas por un conocimiento anterior de las partes, no cabe exigir al acreedor verificar la autenticidad de los elementos de pago. Estoy sustancialmente de acuerdo con este postulado, pero en sus propios límites. Es decir, el principio de confianza en la estafa sólo opera en el marco de relaciones jurídicas en el que ya existe un conocimiento previo de las partes. Cuando se están estableciendo relaciones «ex novo» el principio de autoprotección obliga a analizar la diligencia en el comportamiento de la víctima potencial para valorar el engaño como *bastante*: ante conductas negligentes no se puede imputar el resultado típico plenamente al sujeto activo (97).

En la STS 9 mayo 2002 podemos leer que, cuando el sujeto pasivo es un profesional que, en el ejercicio de las funciones propias de su trabajo tiene unos deberes concretos que unas veces vienen impuestos por normas escritas y otras por unos usos mercantiles de relevancia decisiva, si por el incumplimiento de este deber de diligencia se produce el error, puede que el engaño previo no se califique como bastante. Al respecto hay una doctrina reiterada de esta sala, muestra de la cual son las Sentencias del Tribunal Supremo 23 febrero 1996 (RJ 1996/2187), 7 noviembre 1997 (RJ 1997/8348), 22 diciembre 2000 (RJ 2000/10319), 5 julio 2001 (RJ 2001/5960) y 2 noviembre 2001 (RJ 2001/10195) que tiene aplicación cuando el engañado es un empleado de un banco que ha de aprobar una operación de descuento en letras de cambio. Ahora bien, en esta resolución se precisa que «no se encuentra entre los deberes concretos del empleado de banca el investigar si hay o no falsedad en unas aceptaciones de letras de cambio que le vienen firmadas y con unos sellos en el que aparecen imprimidos los nombres respectivos de las empresas inventadas como aceptantes. Puede perfectamente entenderse, como hizo la sentencia recurrida, ajustada a la diligencia exigible a estos trabajadores que tienen que autorizar en un banco una operación de descuento de letras de cambio, el que el empleado correspondiente no llegara a sospechar que pudieran ser falsos unos sellos y firmas puestos en unos documentos presentados por un cliente con el que llevaba años trabajando y con el que tenía concertada una póliza de descuento. Y si no tenía el deber de sospechar, tampoco tenía que practicar

(97) Obviamente quedan fuera de estas argumentaciones los casos de engaños a incapaces o personas especialmente vulnerables. Acojo en este sentido plenamente las atinadas argumentaciones de MAGALDI PATERNOSTRO, Comentario artículo 263 CP, en Córdoba/García Arán, Comentarios al Código Penal, Madrid-Barcelona 2005, p. 754.

investigación alguna sobre esas falsedades que, por su forma de realización, habrían servido para engañar a cualquiera en las mismas circunstancias.»

Por su parte, la SAP Granada 2 diciembre 1999, sec. 2.ª: no es, en principio, previsible que quien dirige una agencia de seguros, aparentemente legítima, se dedique a la falsificación de recibos, emitiéndolos incluso a nombre de personas desconocidas y en nombre de entidades con las que carece de relación comercial, siendo precisamente este engaño el que burla la buena fe del director de la entidad de crédito, que perdió el cargo como consecuencia de confianza depositada en el acusado, y determina el desplazamiento patrimonial. El hecho de que el engaño se prolongase durante unos meses, incluso cuando ya se percibía un importante número de recibos impagados, no excluye su existencia ni su idoneidad, pues aun cuando las devoluciones determinasen una racional sospecha de fraude, las aparentes garantías ofrecidas por el acusado y el lógico deseo de compensar el déficit, explican el mantenimiento de la línea de descuento, hasta el cierre definitivo de la cuenta.