

Ilícito civil y negocio jurídico criminalizado: ¿Son posibles criterios objetivos de diferenciación?

Comunicació a la sessió de l'Acadèmia de Jurisprudència i Legislació de Catalunya
de 8 d'abril de 2014

per

M^a JOSÉ MAGALDI PATERNOSTRO

Magistrada Sala Penal Audiència Provincial de Barcelona. Acadèmica Electe de
l'Acadèmia de Jurisprudència i Legislació de Catalunya

SUMARIO.- I.- Introducción. II.- El concepto legal de estafa: naturaleza jurídica y bien jurídico protegido. III.- Aproximación a la estructura típica del delito de estafa. 1.- La conducta típica: el engaño bastante (para inducir a error). a) El engaño objetivo.b) El engaño subjetivo. 2.- La situación de error. 3.- El acto de disposición (en perjuicio propio o de tercero). 4.- El resultado: contenido y alcance del perjuicio típico. 5.- El dolo y el especial motivo de la acción. IV.- Los negocios jurídico criminalizados como paradigma del “moderno” delito de estafa: una propuesta interpretativa para distinguirlos del ilícito civil patrimonial.

I.- Introducción

La cuestión de diferenciar cuando nos hallamos ante un mero ilícito civil patrimonial y cuando ante un negocio jurídico criminalizado (o lo que es lo mismo ante un delito de estafa en el que, como ampulosamente dice la jurisprudencia, “*el negocio es el instrumento o vehículo del fraude*”) ha vuelto a cobrar relevancia a raíz del escándalo que supuso la comercialización y venta de “preferentes” y “subordinadas” en determinadas circunstancias, en el contexto de una situación de crisis económica y a determinados sujetos a los que por sus características no estaban dirigidos estos productos financieros de riesgo o a los que no se informó (o al contrario, se “desinformó”) de la verdadera naturaleza y consecuencias de los negocios que concluían.

Ni que decir tiene - como todos conocemos- que, a excepción de unas pocas querellas que han sido admitidas (para despues se archivadas con argumentos peregrinos o para convertirse en uno mas de los inacabables macroprocesos en curso en Audiencia Nacional abocados en su mayoría a la nada jurídica) ha existido un consenso en que lo que estaban haciendo los jueces civiles

(declarar nulos los contratos) estaba bien hecho y era suficiente, (tal vez precisamente porque lo que estaban haciendo).

Y, desde luego, que su calificación jurídica de los hechos (vicio de consentimiento) y las consecuencias jurídicas de la misma (nulidad con reintegro de las cantidades “invertidas” o “depositadas”) es correcta en Derecho y solventa en buena medida “el conflicto social”, salvo por un pequeño detalle: muchos de estos negocios jurídicos eran igualmente susceptibles de ser calificados como negocios jurídicos criminalizados y, por tanto, como un delito de estafa lo que conllevaba además de las consecuencias civiles antedichas la imposición de una pena , que podría ser una pena de notoria gravedad, según se incoara una causa penal para cada “estafa” o se construyera por conexidad un macroproceso contra el Consejo de Administración de las entidades correspondientes (vid asunto Blesa).

Al margen de las razones extrajurídicas y/o prácticas que hayan determinado el actual enfoque (extraprocesal y procesal) de esta cuestión concreta, (y mediática) la cuestión posee a mi juicio un notable interés jurídico tanto en si misma, como tema jurídico a debate, como en la práctica puesto que la crisis económica por un lado como la imposición de tasas para el acceso a la jurisdicción civil y mercantil por otro, han inundado – e inundarán- la jurisdicción penal de reales o “hipotéticos” negocios jurídico criminalizados con la consiguiente “pena de banquillo” y utilización perversa de la Justicia penal en muchos casos y, desde luego, con un costo no justificado para el Erario Público.

Hallar las soluciones teóricas con propuestas interpretativas razonables y transmitir las al mundo del Foro y de la jurisdicción es una labor aun no llevada a cabo, por lo menos con efectividad, y que entiendo necesaria y que pasa por una rigurosa conformación de los elementos que integran el tipo penal de la estafa, infracción penal demasiadas veces empleada como “salida” útil para solventar negocios jurídicos fallidos y meros incumplimientos contractuales. Y esta es la razón de la comunicación que a tales fines presento y someto a debate de los Ilmos Srs Académicos.

II.- El concepto legal de estafa: naturaleza y bien jurídico protegido

Cualquier aproximación al delito de estafa debe partir del contenido que la doctrina y jurisprudencia han proporcionado al concepto legal que, acuñado en su día por Antón Oneca cobro carta de naturaleza en el CP 1995 (que ninguno o casi ninguno de los presentes estudiamos) en el artículo 248 CP los siguientes términos;

“Comenten estafa los que, con animo de lucro, utilizaren engaño bastante para producir error en otro, induciéndole a realizar un acto de disposición en perjuicio propio o de tercero.

El delito de estafa, como dijo ya en su día Quintano Ripollés cuando la definió como un producto del liberalismo capitalista burgués del siglo XIX, constituye una infracción penal que pertenece indiscutiblemente al derecho penal clásico del que es tributaria su estructuración típica.

Se trata de un *delito de lesión de un bien jurídico de naturaleza individual (el patrimonio) a través del engaño* y sometido a las reglas generales de imputación sobre un modelo de derecho penal tradicional y *no de un delito contra el orden socio económico*. En efecto, en este sentido afirma la doctrina que si bien es cierto que en determinados supuestos, conductas engañosas (de particulares) pueden afectar al orden socio económico al margen de la lesión patrimonial individual , como sucede con la llamada “estafa de subvenciones” (artículo 308CP) y la de “inversiones de capital” (artículo 290CP) estas figuras penales se regulan extramuros del artículo 248CP y se estructuran por lo general como delitos de peligro que tutelan el orden socio económico aunque funcionalmente protejan también un bien de naturaleza individual .

En el delito de estafa, que *se construye sobre los dos pilares del engaño (como medio comisivo) y el perjuicio (como lesión patrimonial)* , el fin de protección de la norma es, pues, siempre la tutela del patrimonio individual frente a ataques al mismo en los que el engaño aparece precisamente como el instrumento apto para la producción (efectiva, en el delito consumado) del perjuicio.

Se trata de una infracción en la que *el engaño-inveracidad se erige como la clave de bóveda de la relevancia penal de la conducta (*

peligrosa ex ante para el bien jurídico) razón por la que debe ser idónea para producir un error en el sujeto pasivo quien , a su vez, efectuará un acto de disposición en perjuicio de si mismo (o de tercero en la estafa en triángulo) , es decir, una conducta que debe traducirse en un engaño- inveracidad “bastante” (objetiva y subjetivamente) para producir el error en el que halle causa el acto de disposición generador de la lesión patrimonial

Es, por su propia estructura, un *delito de “relación” o de “encuentro” en el que el sujeto- víctima , involucrada en un contexto comunicacional viciado en el que no se halla en el mismo plano de igualdad respecto del sujeto activo , en razón de la falsa representación de la realidad a la que éste le ha conducido*, lleva a cabo un acto de disposición (que en condiciones de igualdad no habría llevado a cabo) del que deriva directamente un perjuicio patrimonial, lo que ha permitido a algún autor como Silva Sánchez calificarlo como un particular supuesto de autoría mediata tipificada

Y es, finalmente, un delito contra el patrimonio en cuanto la acción típica *ataca el patrimonio contemplado conjuntamente como unidad económica y no al dominio o a la facultad de disposición de elementos concretos del mismo* (bienes concretos) como acontece en los delitos contra la propiedad (hurto, robo, apropiación indebida o daños) aun cuando, ciertamente, el criterio diferenciador no venga constituido por el objeto de la acción puesto que, en definitiva, tanto en aquél como en estos delitos el ataque se dirige materialmente contra elementos individualizados del patrimonio .

Este criterio viene determinado por el hecho de que mientras que en los delitos contra la propiedad se protege (y quebranta) el señorío del hombre sobre la cosa que caracteriza una relación de dominio (artículo 348 del Código Civil) por lo que no es preciso que al ataque acompañe el perjuicio o menoscabo económico, pudiendo ser objeto del mismo (con relevancia penal) una cosa carente de valor económico objetivamente evaluable (meramente afectivo) pues lo que se prohíbe bajo pena es el expolio –al que hacía mención el código penal de 1822- o expropiación de la misma, en los delitos contra el patrimonio lo que se lesiona es el poder económico del sujeto a lo que responde la exigencia típica del “perjuicio” cuyo único significado posible es el de quebranto económico del sujeto pasivo (el resultado de disminución -no necesariamente con desplazamiento patrimonial de elementos- del

valor conjunto de la unidad económica que constituye su patrimonio)

III.- Aproximación a la estructura típica del delito de estafa

El punto de partida incuestionable es que la estafa en el ámbito penal no constituye un concepto coincidente con el sentido coloquial o vulgar con que se utiliza en el ámbito social, sino que constituye un concepto normativo explicitado “ex lege” con precisión de todos sus elementos típicos esenciales en el artículo 248 del Código Penal vigente:

A tenor de la definición legal, la estafa genérica se configura en nuestro sistema como un *tipo del lesión y de resultado* material. Consecuentemente, el tipo objetivo lo integran: a) La conducta engañosa, objetiva y subjetivamente idónea para causar un error (*desvalor de acción*); y b) Determinante del acto de disposición causante de perjuicio patrimonial (*desvalor de resultado*), directamente imputable éste último a la acción típica conforme las reglas que disciplinan la imputación objetiva.

1.- La conducta típica: el engaño bastante (para inducir a error)

El engaño constituye el instrumento, medio o modo (no violento) del que el sujeto activo, guiado por un lucro ilícito, se vale para conseguir un acto de disposición patrimonial por parte del sujeto pasivo que menoscaba su patrimonio o el de tercero. Y es un medio o instrumento que no requiere, en principio, otra cosa –lo que no es poco- que ser válido (apto o idóneo) para distorsionar, desfigurándola o enmascarándola, la realidad (frente a otro ante el que se despliega o al que se dirige) por lo que, de nuevo en principio, no es susceptible de un ulterior acotación rígida y precisa pudiendo revestir todas las formas o características que la mente humana sea capaz de imaginar y llevar después a la práctica, desde las más simples a las más complejas, muchas veces enmascaradas bajo negocios jurídicos formalmente constituidos.

Así, ha sido definido por la jurisprudencia como aquel “*engaño, precedente o concurrente, espina dorsal, factor nuclear, alma y sustancia de la estafa, fruto del ingenio falaz y maquinador de los que tratan de aprovecharse del patrimonio ajeno*” en STS de 3 de

abril de 2001 y también como *“maniobra torticera o falaz por medio del cual el agente, ocultando la realidad, juega dentro de la apariencia, para ganar la voluntad del perjudicado, haciéndole creer y aceptar lo que no es verdadero, o, en suma, falta de verdad suficiente y bastante para producir el error como conocimiento viciado de la realidad”* en STS de 21 de febrero de 2001.

Pero en verdad y adjetivos al margen , *para afirmar que existe engaño bastará que el sujeto activo logre crear la apariencia de qué lo que sucede para el sujeto al que va dirigido el engaño concuerda con lo que sucede realmente cuando no es así.* En realidad , el proceso es simple. Si, como expresa Silva Sanchez la estafa es un “delito de relación”, ésta se caracteriza porque las condiciones entre las partes que conforman la relación son desiguales y lo son porque existe un distinto conocimiento de la situación por parte de los sujetos “relacionados”, situados, por voluntad del sujeto activo, en planos distintos, de modo que *“mientras el autor aprehende la situación de acuerdo con un conocimiento preciso de la realidad en cuanto que él se encarga de desfigurarla en su comunicación con el disponente, éste se representa equivocadamente la situación ignorando el riesgo de lesión patrimonial que conlleva la disposición en la situación concreta ”*

El debate doctrinal sobre la relevancia a efectos típicos del engaño omisivo ha girado ya desde Antón Oneca alrededor de dos tomas de posición: una primera que reconduce el silencio a los actos concluyentes y por lo tanto a un quehacer contextualizado positivo y una segunda, por la que se inclinaba dicho autor, que reconduce las situaciones creadas alrededor o sobre el silencio a particulares hipótesis de omisión, lo que supone en sede de estafa la reconducción del tema a la estructura típica de la comisión por omisión, como puso también de manifiesto Valle Muñiz

Resulta innegable que en situaciones de relación comunicacional entre los sujetos como acaece en el delito de estafa , el silencio puede poseer en el contexto de la misma un indudable y relevante sentido de significado por lo que resulta equivocado hablar, en estos casos, de realización típica omisiva. Se trata de supuestos en los que “el engaño se concreta en un comportamiento positivo cuya dinámica cristaliza en una multiplicidad de momentos en los que coexisten expresiones positivas manifestadas a través del lenguaje y expresiones negativas –que no omisiones- manifestadas a

través del silencio, es decir, por medios distintos al lenguaje pero que parten todas ellas de un mismo hacer positivo: desfigurar la realidad". Así, el silencio forma parte inescindible de un acto concluyente: el comportamiento engañoso objetivamente idóneo y dirigido a causar error

Desde esta posición, los supuestos omisivos (comisión por omisión) quedarían reducidos a aquellos casos en los que la mera omisión , presupuesta la posición de garante, constituya en si misma el engaño (bastante) para inducir, por el error causado (por la mera omisión) al acto de disposición. Entiendo que tal posibilidad sostenida por un sector doctrinal y jurisprudencial halla difícil encaje en nuestro sistema por un lado porque no creo que pueda afirmarse contundentemente que exista un deber de garantía general derivado de la buena fe en el tráfico o de la lealtad contractual "in genere" cuya infracción sea penalmente sancionables habida cuenta de la redacción del artículo 11 del texto punitivo.; y, por otro lado, al tratarse la estafa de un delito de organización, *la inveracidad (la mentira, el engaño) debe trascender a si misma para producir una ingerencia instrumentalizadora de la libertad del tercero lo que es difícilmente predicable de quien simplemente calla y absolutamente inviable en nuestro sistema respecto de quien "no saca al otro de un error que no ha provocado mediante engaño alguno"*, hecha excepción de las matizaciones que se hacen en el párrafo siguiente.

En este punto , comparto la afirmación de Silva Sánchez conforme a la cual sostener en sede de estafa la equivalencia de la omisión en sentido estricto a la causación positiva del tipo , responde a una "reconfiguración drástica del modelo liberal de relaciones entre los particulares" ; pienso que tal entendimiento responde al actual modelo de Estado (protector y paternalista) que reduce al ciudadano a un eterno menor de edad objeto de constante protección en determinadas esferas (a efectos de que no devenga ciudadano adulto , responsable y pensante) obviando algo tan elemental como que "a todo el mundo le corresponde asumir los riesgos no imputables a esferas organizativas ajenas (casus sentit dominus) y aquí resulta precisamente que *el daño en la esfera de la victima no se imputa a un acto de organización ajeno (lo que integraría engaño activo o por actuar concluyente), sino a la no aportación de información por parte de terceros, siendo así que es la propia organización de la victima la que conduce al perjuicio patrimonial.*"

Para ser penalmente relevante, el engaño así definido debe ser “bastante”, esto es, debe ser objetiva y subjetivamente idóneo para generar en el sujeto a quien se dirige el error del que derivará el acto de disposición patrimonial; o lo que es lo mismo, debe cristalizar en un *engaño auténticamente peligroso para el patrimonio de un concreto tercero, peligrosidad a determinar conforme un pronóstico posterior objetivo (valoración “ex post”) según el cual se enjuicia la idoneidad objetiva “ex ante” de un concreto comportamiento para producir un determinado resultado (el perjuicio patrimonial) y la idoneidad subjetiva del mismo , es decir, respecto al sujeto al cual se ha dirigido la conducta engañosa.*

No cualquier engaño, por lo tanto, sino aquel objetivamente suficiente y, a la vez, proporcionado en lo que al sujeto al que se ha dirigido se refiere, para la consecución del fin ilícito propuesto: perjudicar económicamente (para obtener un incremento patrimonial ilícito) a quien ha llevado a cabo (por error imputable a aquél) el acto de disposición patrimonial o a un tercero. De forma que , uno puede sentirse “engañado” o “ estafado” al ver defraudadas sus expectativas sin que objetivamente la conducta pueda ser calificada como idónea para generar error en el ciudadano medio a efectos penales, o incluso existiendo objetivamente engaño, éste, atendidas las circunstancias del sujeto a quien se dirige, puede no ser subjetivamente bastante para concluir que el acto de disposición perjudicial a sus intereses deriva de un error originado por aquél. Es desde esta doble perspectiva, que doctrinal y jurisprudencialmente se habla de engaño objetivo (o engaño abstracto) y de engaño subjetivo (o engaño concreto o individualizado) como exigencias, cuya conjunta concurrencia, permitirán calificar el engaño como bastante y por tanto como engaño típico a efectos de estafa.

Ahora bien, desde mi posición que justifica precisamente las exigencias que asocio a lo que doctrinal y jurisprudencialmente se han denominado “negocios jurídicos criminalizados” , ***el engaño típicamente relevante es algo mas que la vulneración de los deberes de lealtad contractual o del principio de la buena fe en el trafico jurídico-mercantil (que lo es) y algo mas que el dolo-vicio (que también lo es)*** con el que a menudo equipara la jurisprudencia el engaño en una no justificable confusión entre tipo objetivo y tipo subjetivo.

a) El engaño objetivo

Partiendo de lo dicho, cuando se alude a la idoneidad objetiva de la conducta engañosa se está haciendo referencia a aquel engaño que posee en sí mismo una entidad suficiente para inducir a error a cualquier ciudadano-medio situado en la misma posición del sujeto al que se dirige (pero sin tener en cuenta su concreta capacidad personal). Se trata de un engaño que, desfigurándola, crea una apariencia (falsa) de la realidad lo suficientemente perfecta para que con una probabilidad casi rayana en la seguridad no sea susceptible objetivamente de ser advertida por el ciudadano medio.

Solo el engaño que reúna estas condiciones cumplirá la exigencia de idoneidad objetiva porque solo él crea un riesgo (de lesión para el patrimonio ajeno) típicamente relevante y es, por ello, merecedor de reproche penal

El baremo se sitúa, pues, exclusivamente en la peligrosidad de la acción (engañosa). El pronóstico o juicio de peligrosidad (objetiva) de la acción deberá, por un lado, realizarse desde una perspectiva “ex ante” aun cuando se lleve a cabo, por obvias razones, “ex post”; y, por otro, el juicio de idoneidad deberá efectuarse al margen de la capacidad concreta del sujeto concreto y también de la capacidad del sujeto llamado a efectuar el juicio quien deberá ceñirse estrictamente a la capacidad del espectador objetivo “ex ante”, es decir, de esta entelequia o paradigma que convencionalmente llamamos ciudadano medio al que también como ficción se dirige con carácter general por demás el mandato de determinación de las normas penales.

Facilmente se percibe que la idoneidad objetiva del engaño gira y se sustenta alrededor de su capacidad ex ante de generar un riesgo de lesión jurídico penalmente relevante para intereses patrimoniales ajenos por lo que, de igual modo y como lógica consecuencia, *su inidoneidad deberá derivar de su incapacidad (objetiva) para integrar el riesgo típico, lo que nos reconduce, a efectos interpretativos, a los postulados de la teoría de la imputación objetiva,* debiendo significarse –como después expondré- que en sede de engaño objetivamente idóneo basta la comprobación de su capacidad “ex ante” para integrar indiciariamente el riesgo típicamente relevante, mientras que la efectividad o la ruptura de la relación de riesgo cobra efectividad en

sede de engaño subjetivamente idóneo cuya concurrencia permitirá afirmar la efectiva creación del riesgo (típicamente relevante) en el caso concreto que se esté examinado. (el engaño, es “bastante” cuando es objetiva y subjetivamente idóneo)

Así, escapan de la necesaria idoneidad objetiva:

a') El engaño *burdo*, esto es, aquél engaño que objetivamente por su zafiedad manifiesta carecer ex ante de cualquier potencial de peligro incluso para el menos avisado y menos cuidadoso de los ciudadanos medios. (riesgo cualitativamente insuficiente) : “no existe el delito cuando el engaño es tosco y burdo e incapaz de sorprender a la generalidad de las personas “ (SSTS de 3 de mayo y de 12 de diciembre de 2000)

b') Los supuestos en que “ex ante” la conducta engañosa no entraña un riesgo cuantitativamente suficiente para suponer un peligro potencial real de lesión para el bien jurídico (supuestos de *riesgo insignificante*) y por ello escapan del ámbito de protección y al fin de la norma. El criterio para determinar la insignificancia del riesgo deberá ser el mismo utilizado para la teoría de la adecuación: el punto de vista del ciudadano medio en el momento de la acción (“ex ante”). Tal sucede en los supuestos de echadores de cartas, mediums, vendedores de crecepelos o píldoras de la eterna juventud etc, en los que, aun cuando el engaño es susceptible de incidir en determinadas personas fantasiosas o crédulas (subjetivamente idóneo) desde la perspectiva del espectador medio “ex ante” la potencialidad lesiva objetiva del mismo para el común de los ciudadanos es objetivamente irrelevante. La conducta constituye en si misma un engaño, pero para conseguir el efecto de engañar (a otro) no distorsiona la realidad de modo típicamente relevante en cuanto que la apariencia de verdad que ofrece no es susceptible objetivamente siquiera de hacer dudar con fundamento al espectador objetivo “ex ante”

c') Los supuestos de *riesgo socialmente adecuado* o de riesgo permitido (o de riesgo tolerado) en cuyo marco y por incidir en actividades esenciales o insitas al desarrollo del tráfico mercantil o constituir practica común socialmente asumida, existe una convención social, a modo de presunción, de que el contratante no sufre engaño alguno, porque, dicho en términos simples “cuenta con ello” (por ejemplo, la publicidad engañosa)

Desde la posición que sostengo , la idoneidad objetiva debe circunscribirse exclusivamente a la comprobación de si la conducta engañosa en si misma podía constituir un riesgo relevante de lesión patrimonial lo que deberá afirmarse siempre que, no tratándose de un engaño burdo, posea la capacidad objetiva de engendrar un riesgo (de lesión) que no integre un riesgo tolerado o adecuado socialmente o que no constituya un riesgo insignificante.

Ello permite entender que la idoneidad objetiva (constatada y afirmada) del engaño opera en cada caso concreto como un indicio de la peligrosidad ex ante de la conducta, necesario pero no suficiente para afirmar su relevancia típica. Indicio que se confirmará (deviniendo el engaño bastante y por tanto típico) solo después de que se lleve a cabo el juicio de la idoneidad subjetiva del mismo y se constate que la conducta engañosa era además peligrosa ex ante en el caso concreto y para el sujeto concreto al que se dirigió haya cristalizado o no ex post dicho peligro en el resultado . De ahí la importancia clave que en la determinación del engaño típico juegan las condiciones, situaciones y capacidades concretas del sujeto al que se dirige como, por otra parte, no podía ser menos en un delito de estructura relacional.

b) El engaño subjetivo

Cumplida la exigencia de idoneidad objetiva, el engaño no reunirá aun las exigencias necesarias para constituir el engaño bastante, único relevante por su peligrosidad a efectos típicos. En efecto, el hecho de tratarse el delito de estafa (por lo menos en su modalidad clásica) de un delito de relación en el que la colaboración de la víctima (instrumentalizada) es indispensable para la causación del daño patrimonial y para la consecución del fin ilícito, lo que condiciona en cierta medida el fin de protección de la norma, exige aun un ulterior juicio: el de la idoneidad subjetiva del engaño en relación al sujeto concreto al que se dirige para (induciéndole a error) motivar directamente el acto de disposición causante del perjuicio patrimonial.

Ahora bien, la referencia del engaño a la subjetividad (al sujeto), no implica que el baremo del que se parta para realizar el juicio de idoneidad sobre el mismo deba atender a criterios subjetivos sino que debe responder a criterios igualmente objetivos y que se integran dentro de los parámetros a los que hacíamos alusión en sede de fijación de la idoneidad objetiva .

La necesidad de este ulterior juicio de idoneidad halla fundamento en el hecho de que el engaño no es un ente abstracto dirigido al aire sino que se proyecta sobre y hacia una persona determinada respecto de la cual (y no respecto a otra) debe desfigurarse la realidad venciendo (causándole error) los mecanismos de autodefensa que el sujeto adopta y está obligado a adoptar en el tráfico para proteger su patrimonio (deber de autoprotegerse también en su esfera económica). Por tal razón, el engaño objetivamente idóneo por conllevar un riesgo de lesión patrimonial solo alcanzará relevancia típica (devendrá “engaño bastante”) si lo era también subjetivamente, esto es, si aparece ex ante como apto para inducir al sujeto concreto al que se dirige, a realizar (por error) el acto de disposición patrimonial, atendidas sus condiciones personales y el cumplimiento por su parte de los deberes de diligencia que le son exigibles (por sus concretas condiciones o por su concreta situación en el tráfico) para salvaguardar su patrimonio contra ataques de esta naturaleza.

En el marco de la exigencia de la idoneidad subjetiva del engaño son distinguibles, a mi entender, dos niveles que, aun referidos ambos a la idoneidad concreta frente a un sujeto concreto, deben ser tratados separadamente porque distinto es su fundamento.

Me refiero, por un lado, a la idoneidad subjetiva del engaño dirigido contra incapaces o personas especialmente vulnerables y, por otro, al engaño dirigido al ciudadano medio o a personas en la situación, condiciones y con circunstancias determinadas en relación con la concreta actividad del tráfico en la que se despliega el engaño, que, deberá sustentarse en el primer caso, en el grado de capacidad del sujeto de hacer frente cognoscitivamente al ataque que supone el engaño y en el segundo en el cumplimiento o no de los deberes de diligencia que alcanzan al sujeto para conjurar (rechazándolo) el peligro que objetivamente entraña.

O dicho de otro modo, la idoneidad (o inidoneidad) subjetiva del engaño (ya objetivamente idóneo en el sentido que lo hemos definido) deberá fundarse en la capacidad (o no) de autodeterminación y en el cumplimiento (o no) de las medidas de cautela que son exigibles en el tráfico a todo ciudadano que en él opera. Ni que decir tiene que la conocida expresión proveniente de la victimodogmática y convertida ya en aforismo, de que “el sistema penal solo protege a quien se protege a si mismo” que ha

cochado carta de naturaleza en la estafa, solo resultará de aplicación en el segundo caso.

En efecto, existe acuerdo doctrinal y jurisprudencial en que si el sujeto al que se dirige el engaño carece de la capacidad para comprender el significado y alcance de la conducta engañosa que contra él se dirige para causarle un daño patrimonial a través de conseguir del mismo un acto de disposición, la conducta no constituirá estafa sino un delito de hurto que podrá ser calificado como hurto agravado del artículo 235. 4. del texto punitivo. Se dice que si quien no tiene capacidad para comprender no la tiene para consentir, no la tiene tampoco para que su consentimiento sea viciado, de modo que cuando mediante engaño realiza el acto de disposición patrimonial está en realidad siendo expropiado de los elementos patrimoniales al margen (y por tanto, sin) de un consentimiento que no puede prestar validamente por su incapacidad psíquica derivada de su inmadurez (supuestos de niños) o de una anomalía o deficiencia mental (enfermos mentales o deficientes mentales). En cambio, si la afectación mental (por inmadurez o anomalía) es solo relativa, deberá presumirse la capacidad parcial de comprender y de autodeterminarse patrimonialmente y de realizar, por tanto, un acto de disposición derivado de un consentimiento viciado cobrando virtualidad el delito de estafa; ello sin embargo solo significa que, acreditada la idoneidad objetiva del engaño, entraran en juego los criterios generales derivados del *principio de autoresponsabilidad* a efectos de determinación de si en el caso concreto, para el concreto sujeto al que se dirige y en la actividad de que se trate, dicho engaño por ser subjetivamente idóneo puede calificarse de engaño "bastante" (ya antigua jurisprudencia, SSTS 26 de junio de 1976, de 18 de enero de 1983 y de 4 de abril de 1992).

Respecto del aducido principio de autoresponsabilidad al que venimos haciendo referencia, existe hoy acuerdo doctrinal en que *el tipo penal de la estafa protege el patrimonio en la medida en que su titular haya observado el comportamiento que le es exigible en orden a su protección pero no en el caso en que el sujeto se haya relajado en la observancia de sus deberes de autotutela primarios.*

De manera que, cuando el error que sufre el sujeto pasivo hubiera resultado evitable con una mínima diligencia y esta sea objetivamente exigible en atención a las circunstancias del caso particular, las relaciones entre el autor y víctima y las

circunstancias subjetivas de esta última (es decir, la capacidad individual del sujeto en orden a la evitación del daño) no podrá afirmarse normativamente que el perjuicio patrimonial sufrido fuera directamente imputable a un engaño que , aun existiendo, no era “bastante” y carecía por tanto de relevancia típica. O dicho en otros términos, en este caso el perjuicio no halló causa directa en el riesgo creado por un engaño que con la adopción de las cautelas que objetivamente y “ex ante” eran exigibles al sujeto-victima concreto, hubiera sido evitable y éste hubiera podido y debido evitar. El criterio -ya apuntado en la STS de 21 de septiembre de 1988- cuyo fundamento último enraiza con el principio de “ultima ratio” materialmente contemplado conforme al cual “el derecho penal no debe convertirse en un instrumento de protección penal de aquellos que no se protegen a si mismos” dota , a mi juicio, al engaño típico (“bastante”) de un contenido penal propio -que lo aleja del dolo vicio del artículo 1269- y que permite definirlo, siguiendo a Choclan Montalvo , como aquél (y solo aquél) que “ es capaz de vencer los mecanismos de autoprotección que son exigibles a la victima” “(concreta) , de manera que “si la utilización de los mecanismos de. autoprotección que son exigibles al sujeto pasivo son suficientes para vencer el engaño” (desde el prisma del espectador objetivo ex ante situado en la misma posición de la victima) “el engaño es insuficiente -no bastante- para producir el perjuicio patrimonial en el sentido del tipo de la estafa”

La jurisprudencia se refiere de modo reiterado al engaño típico como un engaño antecedente, bastante y causante en el sentido y con el contenido expuesto en la STS de 22 de febrero de 2001 : “El delito de estafa precisa como elementos esenciales : 1) engaño precedente o concurrente” con exclusión por tanto del denominado dolo subsequens ; 2) dicho engaño ha de ser “bastante para provocar el error” viciando el consentimiento de la victima ; y 3) “con suficiente entidad para provocar el traspaso patrimonial” producido por el “error esencial en que ha sumido al sujeto pasivo desconocedor de la situación real” (SSTS de 23 de abril de 1997 y de 21 de enero de 2002 entre muchas otras)

La jurisprudencia no distingue normalmente de modo expreso entre idoneidad objetiva e idoneidad subjetiva del engaño sino que, al margen de declaraciones generales que tampoco acostumbra a efectuar, acude en los casos concretos a un criterio mixto objetivo-subjetivo , llegando en ocasiones a negar la suficiencia del engaño por falta de acreditación del dolo lo que halla especial

reflejo cuando de negocios jurídicos criminalizados se trata como pondremos de manifiesto con mayor precisión al analizar las particularidades que estas modalidades de estafa presentan. Especialmente indicativa de lo expuesto es la STS de 5 de mayo de 2003 en la que, refiriéndose a la idoneidad subjetiva del engaño, se afirma que “esta compensación del dolo del acusado que engaña con la negligencia de la víctima efectivamente engañada debe aplicarse muy restrictivamente. (en STS de 21 de enero de 2002 “el engaño como componente psicológico de la culpabilidad ,constituye..”)

2. La situación de error

La lógica consecuencia del engaño debe ser proporcionar al sujeto al que se dirige una representación inexacta de la realidad de modo que, situado ante una realidad distorsionada que cree cierta y que es directamente imputable a aquél , lleve a cabo el acto de disposición patrimonial que se traducirá en un perjuicio para el mismo o para un tercero. Solo entonces podrá afirmarse que el engaño (objetivamente idóneo en el sentido propuesto) es “bastante” en cuanto ha logrado colocar al sujeto en un estado psicológico en el que el consentimiento que pueda prestar en el marco de la anómala relación comunicacional establecida se halla viciado.

El error , o mejor dicho la situación de error en la que se sume al sujeto pasivo (del engaño), que debe ser esencial, representa , a mi modo de ver, el nexo o momento de engarce con el acto de disposición y el correlativo perjuicio patrimonial. Quiero decir con ello que no posee autonomía propia mas allá de su función de conectar el engaño que a través de él se ha manifestado como bastante con el acto de disposición que resulta , por lo tanto, directamente imputable a la conducta engañosa.

Desde ninguna perspectiva puedo admitir -por escapar del sentido literal posible- que el mantenimiento del sujeto en un error que no halla causa en un engaño (del sujeto activo) pueda tener acogida en el marco de la infracción penal constitutiva de estafa en nuestro sistema. No se trata tanto de acudir para negar la posible subsunción de tal conducta en el tipo penal de la estafa previsto en el artículo 248 a la exigencia rígida y no correcta en todos los casos de que el engaño sea precedente en sentido empírico o fenoménico o a una criterio periclitado de imputación circunscrito a la causalidad

estricta , sino a criterios de imputación objetiva del riesgo que necesariamente debe generar (y provenir de) la conducta del sujeto activo para la lesión patrimonial que después le será atribuida penalmente y por la que se le exigirá responsabilidad penal a título de estafa .

En contra de lo que sostiene Choclan Montalvo, el sentido del tipo de la estafa en nuestro sistema no permite equiparar creación de riesgo de lesión patrimonial con “aumento, de modo no insignificante, del peligro que ello acontezca”. Otra cosa es que, en determinadas situaciones, el reforzamiento esencial de una situación previa de error (al igual que una situación de duda o de incertidumbre) mediante la realización de actos positivos alcance la entidad objetiva de un engaño que, superponiéndose a aquella situación y aprovechándose de la misma, refuerce de tal manera el error o disipe en sentido negativo la duda que desde la perspectiva del espectador objetivo ex ante pueda afirmarse que sin aquella contribución esencial el acto de disposición patrimonial no se habría efectuado, en cuyo caso cabrá hablar de engaño bastante a efectos típicos porque, efectivamente, el tipo no exige que la conducta engañosa se lleve a cabo sobre un sujeto que tenga previamente un conocimiento exacto, perfecto y sin asomo de duda de la realidad.

3. El acto de disposición (en perjuicio propio o de tercero).

Como venimos afirmando la relación que conecta el engaño típico y el acto de disposición (realizado por error) no puede ser entendida como una mera relación de causalidad sino que debe constatar la presencia de una relación de riesgo; ello significa ,según el módulo de la imputación objetiva , que el acto de disposición debe ser aquel (y solo aquel) cuyo riesgo de realización se creó con el engaño.

Por acto de disposición en el sentido del tipo debe entenderse todo comportamiento del titular del patrimonio (o de quien posee sobre el patrimonio de tercero facultades de disposición) que suponga bien la salida de su esfera de dominio económico de un elemento concreto , bien la asunción de una obligación o una renuncia (o pérdida) de expectativas patrimoniales ciertas pero futuras, bien , finalmente, la realización de una actividad o servicio con valor económico.

La doctrina y la jurisprudencia mayoritariamente equiparan la facultad de disponer a disposición fáctica sobre la cosa, acudiendo esencialmente al instituto del servidor de la posesión . Desde una posición personal del patrimonio, como patrimonio afecto a fines determinados, Choclan Montalvo entiende contrariamente que en sede de estafa si bien no es preciso que la disposición tenga eficacia jurídica en el sentido de que pueden disponer un menor o incapaz si poseen la madurez necesaria para comprender el alcance de sus actos, la disposición es una disposición finalística y por lo tanto el perjuicio debe ser la consecuencia de un ataque a la libertad de disposición, facultad que no posee quien realiza el acto de entrega material pero que no puede utilizar el patrimonio a fines propios por no ser el titular del derecho de disposición Aun no compartiendo la concepción de patrimonio de este autor comparto la consecuencia negativa a la que llega por razones jurídicas atinentes al instituto jurídico-privado de la posesión y a las que expresamente me refiero respecto del servidor de la posesión en la interpretación del tipo previsto en el artículo 368 al que me remito: el sirviente que siendo engañado entrega por error un elemento con valor económico titularidad del dueño, es utilizado como instrumento no doloso del autor mediato que lo es de hurto puesto que la cosa ha sido tomada sin la voluntad del dueño, único que poseía la facultad de disponer.

4. El resultado: contenido y alcance del perjuicio típico

La naturaleza del delito de estafa conduce al necesario entendimiento de que el perjuicio, como resultado típico cuya producción consuma la infracción, debe cristalizar en un perjuicio patrimonial. Sin embargo, el concepto de patrimonio del que partimos obliga, como lógica consecuencia, a afirmar que el perjuicio puede cristalizar tanto en un menoscabo material del patrimonio (esto es, la salida del mismo de un elemento o activo patrimonial) como la asunción de obligaciones o en la frustración de concretas expectativas de contenido patrimonial. en el bien entendido que solo las expectativas que se hallen contractualmente establecidas y delimitadas (por ejemplo la promesa de contrato) tal y como ya apuntara ANTON ONECA pueden integrar el perjuicio típico pues lo contrario supondría otorgar carta de naturaleza como parte integrante del mismo al lucro cesante “in genere” cuyo correcto acomodo se halla en sede de responsabilidad civil.

La jurisprudencia ha afirmado que “ el perjuicio patrimonial en el sentido de disminución del patrimonio causado del sujeto pasivo engañado” el cual “ se produce entre otros supuestos, cuando el patrimonio del sujeto pasivo ha quedado obligado a responder por una relación jurídica cualquiera”

La causación del perjuicio así definido no requiere (ni engloba) el pretendido enriquecimiento o el real beneficio económico del autor, al constituir el primero solo el especial motivo de la acción requerido por el tipo subjetivo y al no constituir el segundo, que en todo caso de producirse confirmará el agotamiento del delito, un elemento del tipo.

También desde una concepción personal del patrimonio puede sostenerse que en las denominadas estafas de prestaciones gratuitas afectas a un fin (estafas de donaciones) existe también perjuicio. En esta línea mantiene Choclan Montalvo que cuando en supuestos tales como la llamada “estafa del mendigo” en las que el engaño frustra el fin perseguido por el autor con el acto de disposición (la limosna), se está lesionando su patrimonio porque se ha incidido mediante (mediante el engaño) en la libertad de disposición del sujeto.

Entiendo, sin embargo, que, incluso desde su posición, no siempre la desviación objetiva del fin de la donación efectuada será equiparable a perjuicio típico sino que ello dependerá de la actitud o posición en la que el que otorga la donación se sitúe ex ante frente al destino de su disposición patrimonial: así, si le es indiferente o duda acerca de la verdad de la situación que se le presenta y por la que realiza el acto de liberalidad , acepta la posibilidad del engaño y, por lo tanto, ni su libertad de disponer sobre su patrimonio resultará atacada ni el hecho de que “el mendigo” sea un “falso mendigo” y no destine el óbolo a satisfacer sus necesidades básicas (sino, por ejemplo, para comprar cocaína) ni supondrá, en buena lógica, un perjuicio típico. Es mas, a mi juicio, la inmensa mayoría de los supuestos paradigmáticos de la llamada “estafa del mendigo” se mueven en la esfera del riesgo tolerado.

Si en cambio, y como he apuntado antes , es relevante a efectos de perjuicio típico la desviación o apartamiento del fin en los supuestos de contraprestación fraudulenta en los cuales la cosa recibida a pesar de que posee intrínsecamente el valor económico

equivalente al precio pagado (la contraprestación) no cumple las condiciones que el sujeto activo le atribuía y que motivaron el acto de disposición que en otro caso no habría realizado (STS de 22 de abril de 1992, caso de “La Colza”)

5. El dolo y el especial motivo de la acción.

Desde una concepción -ya clásica- del dolo como “dolo natural” éste debe abarcar en la estafa el conocimiento (y la voluntad de realización) de los elementos objetivos del tipo que son estrictamente los descritos en la figura penal.

Carecen en consecuencia de fundamento las posiciones favorables a exigir ulteriores motivos de la acción (por demás erróneamente vinculadas al dolo) cristalizadas en una intención de perjudicar, o a dotar de cualificaciones añadidas y superfluas al dolo típico (“dolo específico”, “dolo defraudatorio”) y, desde luego, su equiparación o asimilación al engaño (“engaño, como componente psicológico y doloso de la culpabilidad”) como lo hace la STS de 21 de enero de 2001, puesto que como ha apuntado un sector doctrinal “el delito de estafa no es un delito de daño sino de enriquecimiento” por lo que “querer beneficiarse económicamente de modo ilícito no equivale a querer perjudicar”.

Admitido que la presencia en el tipo subjetivo de una figura penal de un especial motivo de la acción (el ánimo de lucro en la estafa) no constituye obstáculo dogmático para la realización del tipo (objetivo) en dolo eventual, la doctrina entiende factible la comisión de la estafa en dolo eventual.

La jurisprudencia ha expuesto razones concluyentes en favor de la posible comisión de la estafa en dolo eventual en la STS de 23 de abril de 1992 (caso “de la Colza”) que se exponen por su interés y excepcionalidad:

“En la teoría se ha postulado, de una manera generalmente aceptada, la tesis que excluye la compatibilidad de la negligencia y la exigencia de elementos subjetivos del injusto. ..., “Lo cierto es que en la doctrina moderna se sostiene que este elemento subjetivo del tipo impide la incriminación imprudente o que no es posible la comisión culposa, dada la exigencia del ánimo de lucro. En algún caso se apunta que el autor de la estafa pretende enriquecerse y que raramente lo pretende de un modo directo y a veces le es

penoso causarlo, pero ello en ningún caso excluye el ánimo de lucro
“De todos modos, la extensión de esta tesis al dolo eventual no parece en principio convincente, dado que la conciencia de que la acción tiene la probabilidad de engañar no excluye que el autor continúe con ella, motivado, precisamente, por la posibilidad de lograr un beneficio patrimonial. Dicho de otra manera, el ánimo de lucro en si mismo no depende de la existencia del dolo directo”

La conducta engañosa del sujeto, dolosamente realizada, debe estar guiada por un propósito de enriquecimiento (a costa del patrimonio del sujeto engañado o del de un tercero). La exigencia del animo de lucro en el seno del tipo subjetivo del delito de estafa -que no equivale a que el sujeto logre efectivamente su propósito- comporta que la relevancia penal de la conducta se vertebré precisamente alrededor del mismo, de modo que, en puridad lo que se protege bajo pena en el delito de estafa es el propósito de enriquecerse a costa de otros empleando engaños jurídicamente intolerables

IV.- Los negocios jurídico criminalizados como paradigma del “moderno” delito de estafa: una propuesta interpretativa para distinguirlos del ilícito civil patrimonial.

Todos, doctrina y jurisprudencia, coinciden en afirmaciones genéricas tales como que los denominados negocios jurídicos criminalizados poseen en el seno del delito de estafa “especial relevancia, por la dificultad de hallar criterios diferenciales nítidos, generales y concluyentes que permitan diferenciarlos de los ilícitos civiles patrimoniales. .

En ellos -se dice- el ilícito penal aparece caracterizado –frente al mero ilícito civil- por la intención inicial o antecedente de no hacer efectiva la contraprestación o por la conciencia de la imposibilidad de cumplirla, de modo que el contrato aparente es el instrumento del fraude, el cual se vertebró, en consecuencia, alrededor del elemento subjetivo (dolo antecedente o “in contrahendo” y nunca “dolo subsequens”) concretado en la voluntad inicial o concurrente de incumplir la prestación que se deriva del contrato, constituyendo el aparente contrato que se finge concluir el instrumento disimulador o de ocultación del ilícito propósito y en definitiva del fraude (elemento objetivo del engaño).

De manera sigue diciendo la Sala Segunda del Tribunal Supremo, que , el negocio criminalizado “será puerta de la estafa cuando se constituya en una pura ficción al servicio del fraude a través del cual se crea un negocio vacío que encierra realmente una acechancia al patrimonio ajeno” (STS de 24 de marzo de 1992 y 13 de mayo de 1994), estableciéndose la línea divisoria entre la ilicitud penal y la ilicitud civil, en que en la primera el sujeto tiene inicialmente el propósito de obtener la prestación de la otra parte para lucrarse sin dar la contraprestación que le corresponde y a la que venia obligado, mientras que en la segunda el agente obra inicialmente de buena fe, con intención de cumplir las obligaciones contraídas, pero con posterioridad dificultades económicas o de otra índole le impiden el pago o cumplimiento” (STS de 15 y de 20 de julio de 1998) o simplemente incumple “ex post” de modo doloso la obligación contraída (dolo obligacional, regulado en el artículo 1101 del Código Civil)

Este es el esquema simple (y el lenguaje no menos simple) con el que la jurisprudencia del TS fija de manera general las fronteras entre ilícito civil e ilícito penal constitutivo de engaño en el tipo subjetivo, en la esfera psicológica por utilizar una esquema (lo objetivo en la antijuricidad lo subjetivo en la culpabilidad) superado por la doctrina penal española desde hace mas de treinta años, (SSTS 26 de mayo de 1998, de 17 de septiembre de 1999, de 2 de noviembre de 2000, de 3 de abril de 2001 y de 16 de julio de 2001)

Sin embargo, la concurrencia de un dolo antecedente o de dolo “in contrahendo” no basta para delimitar con precisión cuando nos hallamos ante un ilícito civil y cuando ante un ilícito penal cumplidor del tipo de la estafa. Y la razón es simple: mas allá de la referencia expresa a “los medios” (“palabras o maquinaciones insidiosas”) no existe en puridad diferencia sustantiva o cualitativa alguna entre la estructura del dolo penal rector del engaño (en la estafa) y el dolo civil o dolo de vicio definido en el artículo 1269 del Código Civil en los siguientes términos: “hay dolo cuando con palabras o maquinaciones insidiosas de parte de uno de los contratantes, es inducido el otro a celebrar un contrato que, sin ellas, no hubiera hecho”.

De ello se infiere que el punto distintivo entre uno y otro ilícito no puede limitarse a que el dolo rector del engaño (“las palabras o maquinaciones insidiosas del artículo 1269 CC) sea antecedente (en la estafa) y subsiguiente en el ilícito civil (dolo subsequens)

puesto que, como se desprende del citado artículo, también en la esfera estrictamente civil es posible un dolo antecedente que dará sustento a una acción de anulabilidad del contrato por vicio del consentimiento.

En efecto, y así se desprende del tenor literal del precepto, lo que caracteriza al dolo civil como vicio de la voluntad es, por un lado, el efecto que provoca de inducción a contratar (dolo causam dans contractu); y, por otro, también consiste en el engaño (“palabras o maquinaciones insidiosas”) que utiliza una de las partes contratantes para inducir a la otra parte a celebrar un contrato, engaño que supone una intervención distorsionante esencial en el proceso de la formación de su voluntad contractual. Y así las cosas, el fraude civil, que constituye una vulneración frontal de la buena fe contractual, no se diferencia en esencia del concepto penal del dolo y, en particular, del engaño como maquinación o ardid (distorsión de la realidad) que, guiado por el dolo (natural) debe inducir al error causante de la disposición patrimonial.

Aunque de modo aislado (así, STS de 8 de julio de 1983) se ha sostenido fundadamente que la diferencia es, pues, meramente cuantitativa y, por lo tanto, no puede esgrimirse como criterio único y general para distinguir entre un contrato dolosamente concluido en razón de maquinaciones de una de las partes y un “contrato o negocio jurídico criminalizado” constitutivo de estafa.

El problema de la delimitación entre ilícito civil e ilícito penal no es por tanto un problema de dolo y ni siquiera, a mi entender, sólo o principalmente un problema de tipo subjetivo como se mantiene por un sector doctrinal y jurisprudencial que sustenta que mientras que para la ilicitud civil o dolo civil (dolo vicio) no es relevante el móvil o motivo que guía a la conducta dolosa, el tipo subjetivo de la estafa requiere, además del dolo, un especial motivo de la acción - el ánimo de lucro- lo que al constituir exigencias subjetivas adicionales supone un primer elemento diferenciador (SSTS de 1 de octubre de 1986 y de 27 de marzo de 1989)

La clave diferenciadora debe partir, a mi juicio, de una interpretación del engaño (que como hemos visto no se diferencia esencialmente del dolo vicio del consentimiento definido en el artículo 1269 del Código Civil y que, sin embargo, conforma la conducta típica) vinculada al fin de protección que está llamado a cumplir el tipo penal de la estafa y con la función de protección

subsidiaria (también en sede de perjuicios patrimoniales derivados de un engaño previo) de los bienes jurídicos que está llamado a cumplir el sistema penal.

Pero ello, que exige ya “prima facie” que la conducta constitutiva de estafa encierre un mayor contenido de injusto y una mayor reprochabilidad que la constitutiva de un ilícito civil, (es decir que aparezca como un injusto merecedor de pena) pone también de relieve la imposibilidad de fijar, tampoco en el marco del tipo objetivo, criterios diferenciadores entre ilícito civil y estafa que sean concluyentes y, en consecuencia, que sean susceptibles de proporcionar “nunc et semper” al interprete respuestas generales e inequívocas para todos los supuestos en los que se plantee la disyuntiva fraude civil o estafa .

Ello no es obstáculo -sino al contrario- para la fijación de unas premisas o pautas interpretativas que entendemos necesarias y suficientes para poder otorgar soluciones jurídicas razonables e igualitarias al amplio abanico de supuestos engañosos que la vida social puede presentar. Dichas premisas, que hallan apoyo en el carácter de “ultima ratio” del sistema penal y en la exigencia típica de que el engaño sea “bastante” materialmente interpretada, esto es, dotada de un contenido acorde con el ámbito de protección típica o materia de prohibición, son a mi juicio las siguientes.:

1) En el ámbito de las relaciones contractuales, el ataque al bien jurídico patrimonio, debe ser grave y revelar una especial peligrosidad para merecer la atención del derecho penal (desvalor de acción). No se trata de mentir (ser inveraz) o de engañar en el negocio (deslealtad contractual) , sino que el negocio mismo constituya un engaño, una apariencia de negocio que enmascara en realidad el propósito de un enriquecimiento ilícito a costa del patrimonio de un tercero que sí cree que está concluyendo un negocio jurídico y que por ello lleva a cabo la prestación.

2) Por lo tanto, el engaño deberá traducirse en un “engaño cualificado” que deberá manifestarse externamente revistiendo de apariencia de realidad (inexistente) a los elementos esenciales del negocio jurídico (inexistente) que se pretenda instrumentalizar (engaño) para conseguir el ilícito enriquecimiento a costa de la prestación con contenido patrimonial efectuada por la contraparte.

No basta a mi modo de ver la infracción de los deberes de lealtad y buena fe contractual llevada a cabo aun con dolo antecedente para la cual es suficiente la respuesta jurídico privada , sino que del mismo modo que el código francés exige una “manoeuvre frauduleuse” y el código italiano alude a “artifici o raggiri”, el código español exige para caracterizar la conducta típica, no una simple mentira o cualquier comportamiento engañoso, sino un engaño que sea “bastante”, lo que, para afirmar la presencia de un negocio jurídico criminalizado (y de una estafa en definitiva) deberá traducirse en una especial maquinación , astucia o artificio cristalizados sea en un único acto engañoso , sea en una multiplicidad de conductas, (activas y/o omisivas) que formen parte e integren un único comportamiento engañoso al cual sea imputable el acto de disposición patrimonial/prestación (perjuicio) llevada a cabo por la parte (engañada) inducida a concluir un negocio jurídico en realidad inexistente .

3) El engaño cualificado, esto es, objetivamente bastante, debe serlo también subjetivamente, es decir, debe ser idóneo para vencer los mecanismos de autoprotección exigibles a la víctima concreta de que se trate en las condiciones y circunstancias en que se halle.(a la contraparte en el negocio) Dicha exigencia conduce a excluir de la tutela penal las lesiones patrimoniales que la víctima (la contraparte) hubiera podido evitar mediante la adopción de los mecanismos de autoprotección que le eran exigibles, puesto que el ámbito de protección de la norma de la estafa solo previene ataques inevitables por la víctima o que no le era exigible evitar. (principio de autoresponsabilidad)

En Barcelona a ocho de abril de dos mil catorce.